CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la l'Ecole de droit de la Sorbonne

2020

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION
(droit des contrats – Droit de la concurrence)

LIVRE 1 : SYNTHESE

INTRODUCTION

1. DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : APPARITION ET IDENTIFICATION

A. PRESENTATION

B. CARACTERES DU DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. – Un droit pluriel

2. – Un droit politique

3. – Un droit technique

4. – Un droit spécial

2. DROIT *FRANÇAIS* DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

3. THEORIE DU DROIT DES CONTRATS, NORMES ET FONDEMENTS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES

A. LES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION : NORMES APPLICABLES

B. – FONDEMENTS D'UN DROIT DE LA DISTRIBUTION

4. CONTOURS ET EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE LA DISTRIBUTION

A. – COMPLEXITE ET DIVERSITE DES MODES DE DISTRIBUTION

1. – Les « formes » de distribution

2. – Les formes contractuelles de distribution

B. DIVERSITE DES BIENS DE LA DISTRIBUTION

C. DIVERSITE DES CANAUX DE LA DISTRIBUTION

PREMIERE PARTIE – LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

DEUXIEME PARTIE – LES REGLES COMMUNES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

TITRE 1. – LA CONSTRUCTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre 1. – La qualification des contrats de distribution

Chapitre 2. – Le contenu des contrats de distribution

Section 1. – La formation des contrats de distribution

Section 2. – L'exécution des contrats de distribution

Section 3. – La circulation des contrats de distribution

Section 4. – L'extinction des contrats de distribution

TITRE 2. – LES CONTRAINTES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Chapitre 1. – Les contrats de distribution et le droit de la concurrence
Chapitre 2. – La contrainte internationale : Les contrats internationaux de distribution
Section 1. – La loi applicable aux contrats internationaux de distribution
§ 1. – Le choix par les parties d'une loi applicable
§ 2. – L'absence de choix d'une loi applicable
Section 2. – L'influence du droit de la concurrence et des lois de police
Section 3. – Le droit matériel des contrats internationaux de distribution
Chapitre 3. – La contrainte « sociale » dans les contrats de distribution et le droit social
Chapitre 4. – Les contrats de distribution et le droit de la consommation
Chapitre 5. – Les contrats de distribution et le droit de la propriété industrielle

TROISIEME PARTIE. – LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN RESEAU

TITRE 1. – LES CONTRATS DE SPECIALISATION
Chapitre 1. – Les contrats d'approvisionnement et de fourniture exclusive
Chapitre 2. – Le contrat de distribution sélective
Chapitre 3 – Le contrat de concession exclusive
Chapitre 2 – Les contrats de réitération
TITRE 2. LES CONTRATS DE REITERATION : LE CONTRAT DE FRANCHISE

QUATRIEME PARTIE. – LES ACCORDS DE REGROUPEMENT : LES CONTRATS DE LA GRANDE DISTRIBUTION

TITRE 1. – LES STRUCTURES DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT
TITRE 2. – LES CONTRATS DU REGROUPEMENT A L'ACHAT
Chapitre 1. Les contrats de l'adhérent avec la centrale d'achats
Chapitre 2. – Les contrats du fournisseur avec la centrale d'achat : le contrat de référencement
Chapitre 3. – Les contrats de vente subséquents
TITRE 3. – LE REGROUPEMENT A LA VENTE
Chapitre 1. Les techniques de regroupement
Chapitre 2. Les regroupements spatiaux
TITRE 4. – LA DISTRIBUTION NUMERIQUE

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

CINQUIEME PARTIE. – LES VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICES DE LA DISTRIBUTION

TITRE 1. – LES VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICE ENTRE PRODEUCTEUR ET DISTRIBUTEURS
TITRE 2. – LES VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICE A L'EGARD DES CONSOMMATEURS

SIXIEME PARTIE. – LES CONTRATS DES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

LIVRE 2 : DOCUMENTS

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Averstissement

Cet ensemble est la base d'un cours, à la fois en Master 1 et en Master 2 Droit privé économique à Montpellier. Il, est régulièrement remis à jour (pas toujours). Ce n'est pas un livre publié ou publiable. Il est d'ailleurs incomplet et inachevé.
Je remercie les éventuels lecteurs pour qu'ils excusent les fautes de frappe ou de typographie, les coquilles, et erreurs diverses, pour cette raison.
Il est complété par un ensemble de documents ; là encore souffrant des mêmes défauts.
Il est évident cependant que je revendique un droit d'auteur sur l'ensemble et que je n'autorise pas sa diffusion, autre que pour un usage personnel.
Je vous souhaite une bonne lecture.

D. Mainguy

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Introduction
(NB mise à jour janv. 2020)

1. DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : APPARITION ET IDENTIFICATION

A. PRESENTATION

1 **Droit de la distribution, droit des contrats d'affaires, droit des contrats. –** Combien que le droit français contienne de règles, tant civiles que commerciales, d'origine légale ou jurisprudentielle, elles peinent à permettre d'isoler une branche, ou une discipline permettant à coup sûr d'identifier le secteur de la distribution des produits ou des services ou bien encore celui des contrats « d'affaires », alors même que l'une des caractéristiques du droit français, qu'on les loue ou qu'on les moque, consiste précisément à déterminer une branche du droit par ensembles utiles, du droit des sûretés au droit de la famille, en entomologistes des sciences sociales et juridiques.

Les ensembles « droit des contrats d'affaires » ou « droit de la distribution » ne constituent ainsi pas des disciplines juridiques ou des branches du droit reconnues comme peuvent l'être par exemple le droit de la famille, le droit des biens ou encore le droit administratif. Ils n'en ont ni l'ancienneté, encore que ce critère soit très relatif, c'est-à-dire l'historicité, ni surtout la structure.

Ils sont fondés sur l'observation d'une réalité empirique, le fait que, hors d'ensemble plus connus, comme celui du droit des contrats ou de la concurrence, existent des contrats qui réalisent des opérations économiques particulières qui rendent compte d'une fonction économique, celle d'échange de valeurs ou de distribution de produits ou de services.

Il existe donc des opérations de distribution, qui vont au-delà de la description des actes de commerce dans l'article L. 110-1 du Code de commerce assurées par des opérateurs spécialisés. Par exemple les fonctions de distribution de produits électroménagers supposent l'existence de fabricants de ces produits, de distributeurs, de réparateurs, etc., qui mettent en œuvre des opérations complexes.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Ces ensembles, et notamment celui constitué par ce qu'on désigne comme « droit dela distribution », constituent plutôt un regroupement, assez disparate, mêlant, par exemple, règles et pratiques du droit des contrats, en premier lieu, du droit de la concurrence, de la consommation, du droit social, du droit des procédures collectives, du droit des sociétés, des associations, etc., au gré des besoins de la matière ou des difficultés qui se présentent aux praticiens, voire du tropisme de ses observateurs.

Cette observation est d'autant plus surprenante que l'échange marchand de biens ou de services est l'un des piliers du droit d'une société structurée, avec les règles gouvernant les personnes et les familles, celles intéressant la détermination des biens et la délimitation de la propriété et celles du gouvernement d'un Etat, ce étant observé par les économistes depuis bien longtemps[1]. Des tels échanges existent depuis le néolithique mais la modernité des relations économiques, les exigences formelles de leur constitution, sont à l'origine de cette complexité, justifiant, en retour, une étude spécifique. D'ailleurs les civilistes savent bien que le droit des contrats ou le droit des obligations sont des matières qui s'inscrivent dans la ligne continue de l'histoire du droit occidental.

Sans doute le droit, dans son histoire, connaît un droit des marchands, droit commercial ou droit des affaires comme on se plaira à le désigner[2], comprenant les règles distinguant les commerçants des non-commerçants, celles relatives, éventuellement, aux juges commerciaux, au crédit, aux faillites, aux sociétés, et parfois des règles spécifiant des règles propres aux relations d'affaires comme en matière de transport ou de propriété incorporelle, mais de règles spécifiques aux contrats conclus entre ces mêmes commerçants ou hommes d'affaires, point, si ce ne sont celles, communes, à tous les contrats et toutes les obligations. D'ailleurs, pendant longtemps, on trouvait – on trouve toujours – des propos intéressant les contrats d'affaires, et de distribution, dans les ouvrages de droit commercial, dans la partie consacrée aux opérations commerciales. Le développement de ces opérations a conduit les auteurs d'ouvrages de droit des contrats spéciaux, souvent commercialistes, à consacrer des développements aux « contrats commerciaux ». S'agissant toutefois d'appréhender un corps de règles identifiables, y compris peut-être en consacrant un corps de règles légiférées propres à ces contrats, rien, ou très peu, pendant longtemps.

2 Les explications propres à déterminer les raisons de cette absence, voire de cette défiscience des juristes et partant de la science juridique

1 Cf. J.-B. Say, Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont le forment, se distribuent ou se consomment les richesses, 1803.

2 Comp. D. Mainguy, « *Le raisonnable en droit des affaires »,* in *les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010, p.307.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

sont tout à la fois nombreuses et vagues pour l'expliquer.

On peut évoquer la tendance à la généralisation des règles avant la Révolution française, achevant un long mouvement en ce sens depuis les divisions du droit romain, entre le *jus civile*, le droit des citoyens romains, et le *jus gentium*, le droit des étrangers, auxquels le commerce était permis, distinction très ancienne dont on peut penser, à défaut que d'avoir été intégralement et linéairement transmise, qu'elle a laissé quelques traces durables dans les esprits, ne serait-ce que pour expliquer le mystère de la distinction entre les professions libérales et commerciales. L'article 1105 du Code civil, comme l'article 1107 avant la réforme de 2016, conserve cet esprit en faisant du droit *commun civil des contrats* le *droit commun des contrats d'affaires,* sauf législation spéciale, d'ailleurs rare en l'espèce.

On pourrait aussi insister sur le peu de considération dans lequel l'esprit français tient le commerçant et l'activité commerciale : depuis l'Eglise qui proscrivait pendant longtemps le profit, la noblesse qui considérait le commerce comme cause de déchéance, hormis le commerce maritime devenu international, à la différence, capitale, d'avec les pays d'essence protestante qui promouvaient au contraire le commerce sous toutes ses formes. Sauf peut-être au XIXème siècle et notamment de Louis Philippe à Napoléon III, l'activité de commerçant était une activité secondaire, pour ne pas dire vile.

Une autre explication pourrait reposer sur une série de coïncidences : le fait que le Code civil ait entrepris, via ses rédacteurs en 1804, d'envisager toutes les branches du droit sur une base raisonnée, englobant obligations, contrats et responsabilité, avant que le Code de commerce ne soit à son tour codifié, pour ne saisir que les restes, le fait que les premiers commentateurs aient imprimé cette tendance à suivre les Codes puis que la doctrine, dont la notion émerge au début du XXème siècle, ait cherché à son tour à organiser le droit dans des théories générales, traités et manuels qui, pour ceux traitant du droit civil, explicitaient le droit des contrats tel qu'il résultait de leur promotion dans le Code civil, au dépens des règles du Code de commerce, alors en jachère, etc.

Peu importe au final, si ce n'est que le besoin d'isoler des règles, spécifiques ou non, à un droit des contrats d'affaires ou de la distribution, n'est apparu que dans la seconde moitié du XXème siècle. A bien des égards d'ailleurs, la réforme du droit des contrats de 2016, traduit une forme d'intégration de certains problèmes directement posés à l'occasion de difficultés rencontrées dans la formation, l'exécution ou la rupture de contrats de distribution, que ces questions soient, bien ou mal, traitées par des règles particulières, aujourd'hui, dans le Code de commerce notamment.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

3 En effet, l'environnement, à défaut de délimitation bien déterminée, d'un droit des contarts d'affaires ou de la distribution est précisément fondé sur des considérations économiques assez précises. Par exemple la notion de distribution est qualifiée comme *« l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et consommateurs professionnels ou non professionnels »* ([3]).

Une brève explication de texte s'impose, s'agissant de ces *fonctions* macroéconomiques. La *production* est l'acte de création de biens ou de services, qui suppose ou bien la production totale de ceux-ci, ou bien l'acquisition de biens ou de services servant à réaliser le produit final. La *consommation* est un acte d'utilisation de ces biens et services, quels qu'ils soient, utilisation dans un but privé ou professionnel, à titre d'usage ou de destruction, indépendant du sens consumériste du terme. Elle l'acte final de la chaîne, celui par lequel un utilisateur final, qui peut être un consommateur au sens moderne, détruit le produit ou le service par sa consommation, quitte à le réintroduire dans la chaîne sous la forme d'un bien d'occasion.

La *distribution*, l'acte de distribution, est, ainsi, un acte intermédiaire assurant la circulation de biens ou de services *entre* les acteurs de la production et ceux de la consommation. Cette fonction de distribution est relativement nouvelle, comparée aux deux premières. Il convient, en effet, que le besoin économique d'une telle fonction apparaisse.

Or, si le commerce est une fonction économique ancienne qui plonge ses racines dans la nuit de l'histoire, il se distingue de la fonction de distribution.

Les commerçants, les marchands, assurent une forme de fonction de distribution, dans la mesure où ils promeuvent une fonction d'intermédiation entre production et consommation, une fonction de sélection des produits, détachée de la fonction de production et de celle de consommation : le marchand achète pour revendre. Cependant, l'apparition d'une fonction *autonome* de distribution se justifie plus particulièrement en situation d'abondance des produits et des services et sans doute aussi en situation de sophistication de ceux-ci.

4 **Fonctions de la distribution.** De ce point de vue, une véritable spécificité des *fonctions de la distribution* se développe avec une production industrielle de produits fabriqués en série, en grand nombre, sophistiqués, ce qui commença en Europe à la fin du XIXème siècle, mais aussi avec une consommation de masse, ce qui se réalise plus

3 N. et D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 9ème éd. 2017, n°6.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

singulièrement après la fin de la seconde guerre mondiale.

Les fonctions de la distribution sont multiples. La distribution assure ainsi une logique d'anticipation, d'écoulement des stocks, de financement, de sélection des marchandises, de merchandisation directe avec la clientèle, etc., qui peuvent être regroupés en plusieurs ensembles : C'est ainsi que la distribution assure une *fonction logistique*, une fonction de stockage, de conservation et de transport qui suppose donc la gestion de l'obsolescence des produits, notamment les produits frais, mais également la gestion des flux de livraison. Aujourd'hui, dans la grande distribution, des « plateformes d'éclatement » régionales, racourcissent les délais de livraison des points de vente, Amazon rêve de pouvoir livrer en une heure, etc. : la sciende la logistique, militaire au départ, est ainsi placée au service de ces fonctions.

La distribution assume une fonction essentielle, qui est celle d'assumer des *sélections*, des *arbitrages*, des choix des produits parmi tous ceux, existants ou potentiels que la production pourrait proposer, en fonction de l'estimation de ce que les consommateurs pourraient préférer. Autrefois cette fonction était assumée par présentation, par les producteurs, de ces produits, y compris en masse, ce que la fonction de « référencement » dans la grande distribution illustre. Un hypermarché propose entre 50.000 et 100.000, voire davantage, références de produits et chaque année, entre 1.000 et 2.000 références nouvelles de produits sont proposées, ceci simplement dans le domaine des centrales de référencement généralistes ; il faut ajouter la distribution de tous les autres produits (bricolage, outillage, jouets, jardinage, vêtements, sport, informatique, TV/hi-fi, etc).

Or, la place disponible pour les distributeurs n'est pas extensible : il lui faut assurer une sélection, créant ainsi une forte concurrence sur le marché du référencement, sur les « linéaires »[4]. Aujourd'hui, cette fonction est plus globale, elle ressemble aux logiques « d'arbitrage » au sens où l'on emploie ce terme dans les milieux financiers, c'est-à-dire un ajustement de l'offre et de la demande, par l'identification des produits ou services sélectionnés pour satisfaire le marché et éventuellement des logiques de spéculation. Ainsi, la fonction de sélection ne se réalise plus par simple réception et choix des produits proposés par les producteurs, mais, bien en amont, par la recherche sur les lieux de production des produits idoines, fabriqués selon des cahiers des charges précis et définis par la distribution. C'est le cas des produits de la mode, mais également de l'industrie agroalimentaire, du mobilier, etc. La distribution n'effectue alors plus simplement des choix : elle oriente voire détemine l'offre des

4 Constitutifs, d'ailleurs, d'une « ressource rare » : déc. Cons. Conc. 04-D-13 8 janv. 2006, Cass. com. 6 déc. 2005, D. 2006, act. P. 64, obs. E. Chevrier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

producteurs, soit parce qu'elle fait fabriquer des produits dits « MDD » « à marque de distributeur », voire sans marque, soit parce qu'elle intègre verticalement, des fonctions de production : Déclathlon est le premier fabricant de vélos, Ikéa de meubles, Intermarché le premier pêcheur français, etc.

C'est ainsi, également, que des formes de spéculation, soit sur des marchés de matière première (bois, céréales, etc.) soit par des jeux contractueles et fiscaux visant à localiser des profits dans des pays à fiscalité favorables, soit par la délocalisation des fonctions d'achat, en Irlande par exemple, ou par le jeu des prix de transfert.

Une fonction plus classique *d'orientation de la demande*, de publicité ou de marketing, visant à attirer le consommateur en résulte : les sciences du marketing, du management, de manière à singulariser non plus simplement les produits vendus par le distributeur, mais le distributeur lui-même, notamment par l'adjonction de services complémentaires proposés aux consommateurs (promotion, information, garanties et service après vente, financiers : crédit et assurance etc.).

5 Dans cette situation, qui est celle que nous connaissons depuis quelques dizaines d'années, disons depuis les années 1950, la distribution est même devenue relativement indépendante de la production et de la consommation, même si on peut apporter bien des bémols à cette affirmation.

Cette indépendance s'est manifestée par l'écran constitué entre la fonction de consommation et la fonction de production qui, désormais, s'ignorent mutuellement sauf rares exceptions : il existe des « magasins d'usine » où les consommateurs peuvent acheter moins cher, des modes ou des besoins d'économie incitent régulièrement à tisser des liens directs entre producteurs agricoles et agriculteurs ou artisans, sans que cela pèse durablement et de manière conséquente sur le secteur.

En outre, certaines techniques de distribution assurent ainsi une valeur ajoutée médiate indépendante de celle, immédiate, liée à la valorisation marchande d'un produit, comme la grande distribution le démontre : la fonction de distribution de la grande distribution, alimentaire par exemple se distingue du commerce alimentaire en ce qu'elle ajoute, à la simple fonction de diffusion de produits de marque des producteurs au consommateur, la logique de collection des produits, des produits à marque propre, des services (parking, service après vente, promotions, etc.), des financements propres, etc.

La force de certains distributeurs est telle d'ailleurs que, par voie de concentration verticale, certains parviennent à intégrer des usines de production : ainsi le groupe Intermarché est le premier pêcheur de France, le groupe Décathlon le premier fabricant de cycles, de tentes ou

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de matériels de randonnée, le Groupe Ikea à un producteur de meubles, etc.

Enfin, la distribution en vient à assurer un écran, presque complet et général entre la production et la consommation, complet en ce que presque plus aucun liens directs ne se réalisent, sinon par la publicité, et général parce que, en outre, bien des secteurs d'activité ne sont plus efficaces s'ils ne sont pas intégrés dans un réseau ou une logique de distribution uniforme, renvoyant l'idée même d'un « petit commerce » à l'histoire du droit et du commerce[5].

Or, le combat entre le « petit commerce » et le « grand commerce », les « grandes surfaces » ou la distribution organisée a alimenté le débat des trentes dernières années, soit pour tenter de préserver l'existence de ce petit commerce, avec la question du « prix du livre » par exemple, ou bien la réglementation des conditions de l'attribution de surfaces commerciales à travers la notion d'« urbanisme commercial ». Aujourd'hui, un débat assez voisin se réalise avec le développement du commerce électronique, concurrent tout à la fois de ce qui pourrait demeurer de « petit commerce » et du grand commerce traditionnel.

Dès lors, c'est un véritable « capitalisme de la distribution », ou, par un oxymore, une « industrie de la distribution » qui se développe, à travers des groupes de distribution dont les plus visibles ou connus sont ceux de la grande distribution ou des réseaux de distribution, qui dispose d'une véritable fonction d'intégration : les distributeurs intègrent des producteurs, des producteurs intègrent des distributeurs, par contrat ou par voie capitalistique.

B. CARACTERES DU DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. – Un droit pluriel

6 C'est dans ce contexte qu'est apparu et qu'a été défriché un « *droit de la distribution* », dans les années 1970 sous l'impulsion de Jean-Marc Mousseron[6] puis Didier Ferrier et faisant aujourd'hui l'objet de très

5 G. Parléani, Le « petit commerce » au début du XXIe siècle, in Droit et actualité : Études J. Béguin, litec, 2005, p. 621.

6 Cf. J.-M. Mousseron et alii, Droit de la distribution, Litec, 1975; D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec,5ème éd. 2010 ; J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ, 1999 ; R. Bout, M. Bruschi, S. Poiloit-Perruzzeto et M. Luby, Droit économique, éd. Lamy; F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, Droit de la distribution, LGDJ, 2ème éd. 2019, N. Dissaux et R. Loir, Droit de la distribution, Montchrétien, 2017, N. et D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 8è éd., 2017 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, Dalloz, 2017 ; L. Vogel (dir.) Code de la distribution, Lawlex, 2006. et v. Le contrat-cadre, sous la dir. de A. Sayag, t. 1, Exploration comparative, t. 2,

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

nombreuses études, après que Jean Hémard ait tenté, dans les années 1950 et 1960, de promouvoir les contrats commerciaux, mais essentiellement sous la forme d'une « commercialisation » des contrats civils[7]. Le droit de la distribution apparaît alors comme un droit de l'activité professionnelle, un droit économique, plus qu'une branche classique du droit des affaires, dont les composantes empruntent au droit des obligations et des contrats, au droit de la responsabilité, au droit pénal, au droit des sociétés, au droit de la concurrence, au droit de la consommation, au droit social, etc., selon les problèmes posés aux distributeurs.

Cet aspect économique de la matière ne doit pas être négligé. Les juristes français connaissent assez peu une matière très étudiée en Europe et aux Etats-Unis, l'analyse économique du droit, trop rapidement assimilée à une analyse libérale du droit et qui serait uniquement fondée sur la logique de marché, rencontre de l'offre et de la demande, qui, pourtant, est essentielle pour la compréhension des phénomènes économiques comme l'est la distribution et, plus spécialement, les contrats de distribution.

C'est ainsi que le droit de la distribution attire fréquemment l'attention du législateur lorsqu'il s'agit de réguler tel ou tel aspect de la distribution mais, surtout, qu'il est un droit de praticiens.

2. – Un droit politique

7 Le droit de la distribution est par ailleurs un droit dont l'objet est, directement, ou indirectement, source de conflits.

La question se pose ainsi de savoir si les règles du droit de la distribution se voient, ou non, assiger des objectifs particuliers, comme la protection du commerce libre ou la protection des parties faibles.

Plusieurs grandes politiques publiques se sont ainsi succédées ou concurrencées.

- Protection de la grande distribution : c'est assez discret mais très clair après la seconde guère mondiale : prohibition du refus de vente, des prix minimum imposés, pour favoriser l'émergence de la grande distribution, avec, en retour, la guerre des prix entre grandes enseignes de distribution et, au final, délocalisation et désindustrialisation.

- Protection du « petit commerce » y compris des « petits distributeurs », avec, la régulation des autorisations d'urbanisme ou d'aménagement commercial, entamée par la « loi Royer » du 27

La distribution, CREDA, Litec, 1995 ; L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995 ; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat- cadre par delà les paradoxes, RTD com. 1996, p. 179.

7 J. Hémard, *Contrats commerciaux*, 2 t., 1953, 1957.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

décembre 1973 (C. com., art. L. 750-1 s.), et ce y compris pour lutter contre la désertification rurale, ou à travers la protection du repos domical.

L'autre défi souvent associé à certaines règles du droit de la distribution est celle de la régulation des prix et notamment, la « protection du pouvoir d'achat » des consommateurs, et ce au-delà des techniques de protection des consommateurs eux-mêmes.

Enfin, un autre de ces objectifs serait la promotion de tel autre objectif, la promotion de la production française, ou encore du commerce équitable, etc.

Le caractère politique de ce droit se manifeste également dans ses « non dits ».

Par exemple, il est sidérant d'observer la place considérable du droit de la distribution dans le débat juridique, du moins judiciaire, et la place congrue qui lui est laissée dans les Codes, le Code de commerce notamment, ce qui, dans un pays ultralégaliste est signifiant : rien sur la la définition de quelques contrats ou quelques clauses, rien ou presque sur les contrats de la grande distribution, sinon par de brèves incises, très générale (C. civ., art. 1111-1) ou hyperprécises (C. com., art. L. 341-1 et 2), ici ou là.

3. – Un droit technique

8 L'étude du droit de la distribution sera l'occasion de mesurer la difficulté de l'accès aux règles précises du droit de la distribution, notamment à travers l'observation des évolutions jurisprudentielles, mais encore à travers des sources plus diverses que sont, par exemple, celle du droit européen ou de la soft law, particulièrement en droit de la concurrence.

4. Un droit spécial

9 L'un des outils principaux du droit de la distribution est le contrat, le contrat de distribution, né des efforts des distributeurs pour asseoir leur indépendance, leur fonction et de l'ingénierie des praticiens pour faire vivre les intérêts en présence.

Certains de ces contrats sont aujourd'hui très connus : contrats de franchise, contrat de concession exclusive, dans le domaine automobile notamment, contrat d'approvisionnement exclusif, etc., Cette liste de contrats, globalement non réglementée et essentiellement connue par leur diffusion par les praticiens, leur étude par la doctrine et le volume de décisions de jurisprudence les concernant, ne doit pas occulter le très grand nombre d'autres contrats de la distribution, les contrats de la

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

grande distribution, les contrats conclus avec ceux qu'on appelle les intermédiaires du commerce, agents commerciaux, VRP ou courtiers, les contrats de distribution électronique, etc.

C'est ainsi, alors, qu'émerge, assez timidement cependant, un « droit des contrats d'affaires » ([8]) qui n'est plus nécessairement ancré sur les contraintes et attentes des relations de la distribution, mais plus globalement des relations contractuelles d'affaires, par un mariage, et donc une connaissance, heureuse, entre ces règles du droit des contrats d'affaires, telles qu'initiées par le droit de la distribution et celles du droit des contrats internationaux ([9]).

Il est clair, alors, que les règles des contrats d'affaires en général forment une sorte de droit commun dont les règles du droit de la distribution pourront être considérées comme une spécificité, mais une spécificité nécessaire en ce que la plupart des contrats d'affaires touchent à l'approvisionnement en matière première ou en produits finis et, réciproquement, en la fourniture de produits ou de services.

C'est-à-dire que nous tenons ici les contrats de distribution pour des contrats tout à la fois importants et à bien des égards exemplaires des contrats d'affaires.

Ces contrats de distribution doivent alors être envisagés au sens large et non restreint aux seules relations entre un producteur et un distributeur. En effet, les notions mêmes de « producteur » ou de « distributeur » sont assez foules tant sur le plan économique que juridique : tel producteur, disons un industriel, concluant avec un producteur d'amont des contrats d'approvisionnement et est alors traité comme un distributeur, tel distributeur ayant des relations d'aval avec d'autres distributeur qui le considère comme un « producteur », etc. Les termes sont assez commodes pour se substituer à ceux, plus usuels et juridiquement plus vulgaire de « vendeur » et « acheteur ».

Aussi bien considèrera-t-on, outre les contrats de distribution proprement dits, les contrats entre industriels, touchant à leur approvisionnement ou à leurs signes distinctifs, aux recherches communes, aux *joint venture*, à tous ces « montages juridiques » qui font le délice des rédacteurs de contrat ([10]), et ce indépendamment de leur

8 F.-X. Testu, Contrats d'affaires, Dalloz, 2010, J. Mestre et alii, Les principales clauses des contrats d'affaires, PUAM, 2011, J.M. Mousseron et alii, Technique contractuelle, Ed F. Lefebvre, 5 è éd. par J. Raynard, P. Mousseron et J.-B. Seube, 2011, V. Cadoret, Réflexions sur les contrats d'affaires, Th. Dr ; Montpellier, 2010.

9 Cf. J.M. Mousseron, J Raynard, R. Fabre et J.-L. Pierre, Droit du commerce international, Litec, 4è éd., 2012, J. Béguin et M. Menjucq (dir.), Traité de droit du commerce international, Litec, 2è éd., 2011.

10 D. Porrachia, La réception juridiques des montages conçus par les professionnels du droit, PUAM 1998 ; J.-Ph. Dom, les montages en droit des sociétés, thèse Bordeaux, 1996.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

nature interne ou internationale, tant la distinction tend, outre la question de l'application de règles particulière à l'aspect international de leur traitement, à se dissiper, eu égard au fait pour les affaires, un contrat doit être efficace, bien rédigé, et qu'il ne doit pas moins l'être étant interne.

10 **Les contrats de production**. Les contrats de production sont le deuxième temps de la considération des contrats d'affaires, avec, sans doute les contrats de financement, eux-mêmes à distinguer des contrats usuels de prêt au contenu largement encadrés par les règles modernes.
Ces contrats imposent souvent la création de groupements : filiales communes, fusions, organisation ou restructuration d'un groupe de sociétés.
Ces opérations justifient également des financements, interne parfois externe, par le recours à l'emprunt ou une forme déclinée de celui-ci, ou bien par recours aux marchés financiers, mais aussi à travers des logiques d'optimisation fiscale des activités choisies. Des contrats permettent d'organiser des logiques d'investissements lourds, de mesure stricte de la concurrence et des débouchés, de longue durée, de rationalisation des approvisionnements, des circuits de distribution, de recherche en commun, d'exportation ou d'importation. Pas plus que les contrats de distribution, les contrats de production ne forment pas une catégorie homogène de contrats[11] mais des contrats intégralement soumis à la liberté contractuelle. Souvent internationaux : ils forment la partie contractuelle de la « mondialisation » de l'économie. Ces contrats de production peuvent assurer un rapprochement entre entreprises : la pratique contractuelle évoque des contrats de *joint venture*, des contrats et opérations « d'entreprise commune »[12], des contrats et des clauses complexes choisies en fonction des impératifs des parties et des effets que les contrats cherchent à promouvoir : transfert de personnel, de technologie, financement d'une recherche commune, exploitation des résultats de celle-ci, fabrication commune, promotion commune.

11 **Les contrats d'affaires.** Le monde des affaires, de l'économie et des contrats qui y nouent des relations ne se résume cependant pas aux techniques de distribution, même si ces techniques comptent parmi les éléments importants de ces contrats. Toutes les étapes qui conduisent

11 S. Paget, La coproduction, Thèse Montpellier, 2005, D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjucq (dir.), Traité de droit du commerce international, Litec, 2005, nos 1081 s ; Contrats spéciaux, Dalloz, 8ème éd. 2014, n°444 s.
12 N. David, Les entreprises conjointes, quelques problèmes pratiques, JDI 1988. 37 ; K. Langefeld-Wirth, Les joints ventures internationales, éd. GLN-Joly, 1992 ; M. Vivant, Le joint-venture ou parlez-vous franglais, Cah. dr. ent. 1979/5, p. 1.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'une matière première à un produit fini offert à la vente sur les linéaires des grandes surfaces ou à proposer un service élaboré (du service artisanal à la fourniture d'une liaison Internet à haut débit) sont organisés par des processus techniques, des logiques sociales, financières mais aussi par une série de contrats de nature différents. Certains de ces contrats sont des contrats connus, décrits par le Code civil, des contrats spéciaux ; bien d'autres sont des contrats échappant à la standardisation : contrats de financement, contrats de construction, contrats de transfert de technologie, contrats de licence de brevet, marque, etc., contrats de consortium, de « joint venture », etc.

Dans toutes ces hypothèses, on passe de la catégorie des contrats usuels, pour lesquels des règles simples, connues, déterminées, sont posées comme soutien des stipulations conventionnelles ou comme règles supplétives, vers celle des « grands contrats » ou des contrats d'affaires, dans lesquels les intérêts en jeu sont extraordinairement complexes, où les modèles contractuels sont différents des contrats simples à somme nulle, comme le contrat d'échange ou le contrat de vente, mais fondés sur des « jeux » à somme non nulle et impliquant une coopération à information asymétrique, bref, la situation la plus difficile : chaque contractant risque de gagner ou de perdre plus que l'autre, ce qui suppose qu'ils s'organisent et coopèrent, et alors qu'ils ne disposent pas des mêmes informations au même moment ou ne les gèrent pas de la même façon ([13]).

Le support juridique de ces types de contrats est alors beaucoup moins assuré et simplement établi sur la base des règles du Code civil, qui sont censées valoir pour tout contrat mais qui n'ont évidemment pas été prévues pour ce type de contrats, de sorte que s'applique toute la masse du droit jurisprudentiel et l'érudition qu'elle implique. Ces contrats organisent alors une « opération juridique » définie comme un ensemble de « conventions » ou de « clauses » organisant elles-mêmes un ensemble d'effets et d'obligations. Ils se fondent enfin souvent sur des considérations dépassant les enjeux et les mécanismes traditionnels du droit interne.

Deux considérations méritent ainsi attention. En premier, ces contrats sont souvent prévus pour être traités, en cas de litige, par arbitrage, et non par un juge étatique, et souvent sur la base d'une « amiable composition », plus souple qu'une décision « en droit ». En second, ces contrats sont souvent des contrats internationaux dont la prise en compte suppose la maîtrise des règles de droit international privé, de droit du

13 E. McKaye et St. Rousseau, Analyse économique du droit, Dalloz, 2008, D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2008, no 55 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

commerce international ([14]) et de droit comparé, notamment de droit anglo-américain.

12 **Fonction des contrats d'affaires et de distribution : la Règle du jeu.** La rédaction d'un contrat d'affaires présente deux intérêts majeurs, sous la tutelle de l'article 1103 du Code civil selon lequel le contrat régulièrement conclu est, pour les parties, une *norme juridique.* Il est bien évident

Le premier intérêt repose sur l'intérêt qu'on les parties de cerner les relations entre elles, voire l'une contre l'autre. Le contrat en effet contient tout une série d'effets, dont des obligations qui seront d'autant plus précises que les parties auront pris soin d'en dégager les conditions et modalités d'exécution, dans toutes leurs dimensions ([15]), qu'il s'agisse des conditions de fond ou de forme, des éléments de déclanchement, de développement et de dénouement de la clause ou du contrat, de sa durée, etc. Si en effet, le droit français présente cet intérêt de prévoir un système de règles supplétives ayant pur objet de déterminer le contenu minimal du contrat en l'absence de précision, il est clair que, dans bon nombre de situations, pour ne pas dire toutes, cet ensemble supplétif est insatisfaisant et incomplet. Les parties doivent également savoir (cf. infra) que le contrat qu'elles auront conclu, aussi complet semblerait-il se présenter, ne le sera point pour la raison, d'une part, que bien des stipulations dépendront d'un jugement opéré par la suite et que, par ailleurs, que des effets et des obligations s'imposent aux parties, en droit français tout au moins, indépendamment des stipulations des parties, lesquelles effets et obligations dépendent, comme précédemment, de l'état du droit en vigueur au jour où la question sera jugée. Il reste que, pour l'essentiel, le contrat fait effectivement la loi des parties. En ce sens le contrat est une règle du jeu et une garantie. Il est une règle du jeu, notamment pour les contrats les plus complexes et, pas davantage qu'un jeu réel ne supporte une règle dont les termes ne soient pas clairs et susceptibles de trop d'interprétations, le souvenir du jeu de Monopoly s'imposant ici, pas davantage le contrat ne tire quelque intérêt de l'imprécision, de la médiocrité ou du flou. Si toutefois les parties envisageaient de s'écarter de la règle initiale, et pour autant que celle-ci soit claire, que cela ne serait pas très grave : unilatéral et toléré, il s'agirait d'une simple tolérance, bilatérale et accepté il s'agirait d'un avenant.

Le second intérêt s'impose contre les tiers : les tiers contractants, les

14 D. Mainguy, Les opérations du commerce international, *in* J. Béguin et M. Menjucq (dir.), Traité de droit du commerce international, Litec, 2ème éd., 2011, no 1081 s.
15 Et, à cet effet, J.-M. Mousseron, J. Raynard, P. Mouseron et J.-B. Seube, Technique contractuelle, op. cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

associés, les financiers, le juge, etc. tous les tiers qui peuvent avoir intérêt à connaître le contrat et lui donner un sens : la force de la précision de la règle du jeu rendra, alors, bien moins improbables les interprétations imprévisibles.

2. DROIT *FRANÇAIS* DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

13 Droit spécial de la distribution. La loi « *Macron »* a inséré dans le Code de commerce un Titre IV dans le Livre III du Code de commerce intitulé « *Des réseaux de distribution »*, instaurant deux articles, L. 341-1 et 2, laissant entendu qu'il existerait un « droit des contrats de distribution », lui-même inclus dansun ensemble cohérent et légal de « droit de la distribution ». Cette perception est largement fausse. Ce livre III du Code de commerce est lui-même intitulé *« de certaines formes de vente et des clauses d'exclusivité »* et envisage, pêle-mêle, la réglementation des soldes et des ventes en liquidation (titre I), des ventes aux enchères publiques (titre II), des « réseaux de distribution » déjà vus et « des clauses d'exclusivité » (titre III) qui comporte trois articles, L. 330-1 à 3, qui traite de la durée des clauses d'excusivité (C. com., art. L. 330-1 et 2) et de l'information précontractuelle due dans certaines contrats de distribution (C. com., art. L. 330-3), d'importance majeure sans doute mais peu consistants. Il faut alors puiser dans les règles du droit de la concurrence, les articles L. 441-1 et suivants ou le fameux article L. 442-6 pour trouver des règles plus importantes en nombre et traitant de question d'importance, comme les conditions de la négociation commerciale, du déséquilibre significatif, de la rupture brutale de contrats, etc., sans toutefois proposr des règles générales spéciales aux contrats de distribution. C('est en ce sens que les règles du droit de la distribution sont faites d'emprunts au droit commun des contrats ou de la concurrence pour permettre de développer des outils propice à solutionner les problèmes spécifiques posés par ces contrats.

14 Business Contract Law et Droit des contrats d'affaires. La mode, ou bien est-ce un courant puissant, est à l'autodénigrement et à la promotion de tout ce qui est anglais ou, mieux, américain, y compris en matière juridique et, mieux en droit des affaires. *« Estoppel », « Breach of Contract », « Non Disclosure clause », « Draft », « Memorandum of undestansding »,* etc., on n'aurait de cesse de compter les expressions anglo-américaines qu'il faut absolument employer pour paraître « in » dans le monde contractuel des affaires. Au-delà du ridicule et du jargon, il est évident que cette mode correspond également à un phénomène d'attraction de la puissance économique américaine et de l'usage d'une nouvelle *lingua franca* dans laquelle le français décroît, plus que de

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'internationalisation du droit des affaires qui, à bien des égards, l'atoujours été : le droit des affaires a toujours été, depuis le Moyen âge au moins, un droit des grands commerçants cherchant à s'affranchir es frontières juridiques. Il semble donc que ce n'est pas le facteur « international » des affaires qui imprime au droit anglo-américain sa marque, mais bien plus le fait que les Etats-Unis d'Amérique, nouvelle Rome, impriment, du fait de leur puissance, une attraction militaire, culturelle, financière, économique, et juridique, presque naturelle. Or, chacun sait qu'une langue, et notamment une langue technique, véhicule des notions qui dépassent et de loin le simple enjeu de compréhension réciproque. Evoquer un « contract », ou la « Contract Law », ce n'est pas évoquer un contrat ou le droit des contrats, car derrière ces termes sont remorqués des notions, des concepts, des institutions, des réflexes, des raisonnements propres et qui peuvent être, d'un pays à l'autre, très différents et, seraient-ils semblables ou voisins, fondés sur un système de normes et de valeurs radicalement différentes.

Ce n'est pas le lieu pour vanter la qualité du droit français des contrats, sauf à présenter quelques éléments pour sinon contraindre les convertis du moins rassurer les sceptiques.

Le droit français des contrats se fonde, comme on l'a dit sur un système de droit écrit, c'est-à-dire préécrit, en sorte que très souvent existe en droit français un régime supplétif des contrats, par hypothèse moins satisfaisant qu'un régime négocié et choisi, mais qui a le mérite d'exister. Or, ce régime supplétif est celui représenté par les normes applicables au droit français des contrats, c'est-à-dire, pour l'essentiel des normes jurisprudentielles, des normes résultant de l'interprétation réalisée par la Cour de cassation. On peut donc considérer que le droit français des contrats est, pour beaucoup, un droit jurisprudentiel des contrats, supplétif ou impératif selon les cas, bien plus qu'un droit *légal*, si on veut bien admettre que les hypothèses dans lesquelles un juge applique une règle légale non interprétée sont rarissimes. Tout autre est le réflexe, ou la croyance, que le juge et les juristes appliquent la loi alors qu'ils sont en réalité plongés dans les recueils de jurisprudence.

Le droit anglo-américain des contrats se fonde tout à la fois sur la *Common Law* laquelle repose sur la règle du précédent, dont les acquis sont éventuellement codifiés et sur l'institution de l'*Equity*. Le principe de la Common Law consiste donc à juger comme cela a déjà été fait, ce qui explique que les avocats, face à une question quelconque, se perdent dans les recueils de jurisprudence, à la recherche éperdue d'un précédent qui s'imposerait au juge, l'autre, au contraire, et dans certaines situations, cherchant au contraire soit à démontrer que le précédent invoqué n'en est pas un, soit à s'inscrire dans l'un des cas d'*Equity*.

Les deux systèmes, *Common Law* et *Equity*, ont été fondés au Moyen-

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

âge. Les juges appliquaient des bribes de droit romain et des usages locaux et, ont commencé d'appliquer la règle du précédent ou *stare decisis* pour éviter une dispersion des solutions. La *Common Law* est ainsi moins un ensemble de règles coutumières que l'application de ce principe. En l'absence de précédent, le juge devait s'en remettre au droit romain du Code de Justinien et à défaut suivre son propre sens de la justice. Le système de l'*Equity* intervient de manière parallèle au système de *Common Law*, sur la base d'un recours à la Cour du roi, ignorant la règle du précédent et se fondant sur des principes de bon sens, et non sur le formalisme de la *Common Law*.

En droit des contrats, l'*Equity* valait notamment pour le système de l'*injunction relief,* une sorte de référé, pour les hypothèses, rares, de *specific performance* qui tendrait à ressembler à notre exécution forcée en nature, et enfin le sort des résolutions contractuelles. Aujourd'hui, les deux systèmes de juridiction sont rassemblés et l'*Equity* a imprégné quelques manières de raisonner en droit anglais, comme en matière de *remedies* à une inexécution d'un contrat. L'ensemble ne permet guère le dessein d'une théorie générale du contrat puisqu'il y existe que des contrats nommés et des actions, comme en droit romain ; peut-être aussi n'est pas une manière de penser anglo-américaine, ou un moindre besoin, alors que l'idée, vraie ou fausse, selon laquelle le droit français, ou un *droit continental* reposerait entièrement sur le droit légal préalable semble s'y prêter davantage.

A tout le moins, le droit français des contrats n'est pas, répétons-le, un droit légal, ou un droit de professeurs, mais bien un droit jurisprudentiel, qui présente alors cette qualité, voire cet avantage, d'être un droit jurisprudentiel *non fondé sur la règle du précédent* en sorte que la cour de cassation, ou les juges du fond sont parfaitement libres de proposer une solution différente de celle par laquelle on a l'habitude, ou on pense avoir l'habitude, de juger. La différence est donc capitale entre les deux systèmes et, à tout prendre, peut-être bien plus en faveur du droit de type continental qu'on ne veut bien le croire, reposant, tout à la fois sur un système légal préétabli sur une interprétation, susceptible de revirements de jurisprudence, autorévoquable donc. En outre, les droits américain comme anglais connaissent des lois en matière de contrat, notamment le *US Uniform Commercial Code* et l'*Unfair Contract Terms Act* anglais de 1977. Enfin, il faudrait être absolument certain qu'il existe une différence de taille entre le juge élu américain qui décide parfois selon des règles de son propre sens de la justice et le tribunal de commerce français qui agit, à bien des égards selon le même critère.

Si différence il devait y avoir, ce serait donc davantage dans l'appétit des juristes, confondus, français, à considérer que s'appliquent des règles, générales et préalables, qu'il suffit de mettre en situation concrète.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

3. THEORIE DU DROIT DES CONTRATS, NORMES ET FONDEMENTS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES

A. LES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION : NORMES APPLICABLES

15 **Les contrats, les contrats d'affaires.** Parmi toutes les règles du droit des contrats, quelques-unes se détachent, moins par leur force normative particulière ou la capacité de ses interprètes à dégager des explications complexes, mais par leur caractère immuable, comme s'ils avaient précédé le Code civil et son interprétation et aussi par l'usage exagéré qu'en fait la Cour de cassation chaque fois qu'elle doit fonder une solution qui, précisément, ne trouve pas sa place dans ces textes législatifs : articles 1134, 1147, 1382, 1384 du Code civil, dans l'ancienne désignation, et aujourd'hui, articles 1103, 1194, etc. du Code civil. L'un d'entre eux, l'article 1134, frappe par la puissance des termes et des notions qu'il dégage :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Rien n'a fondamentalement changé avec la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 sinon que l'ancien article 1134 du Code civil a été coupé en deux, l'article 1103 pour le premier alinéa, 1193 pour le deuxième et l'article 1104 pour le troisième, avec l'ajout, dans l'article 1102 de la règle fondant le principe de la liberté contractuelle.

L'article 1103 du Code civil dispose, dans des « disposions préliminaires » que : *« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».* L'article 1193 reprend de manière rafraichie que : *« Les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».* L'article 1104 que : *« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Ces dispositions sont d'ordre public ».* Enfin, rappelons le texte de l'article 1102 : *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».*

On ne compte plus les interprétations et interrogations suscitées par ce(s) texte(s) qui réajuste(nt), en plus long, la formule médiévale *pacta*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

sunt servanda : les contrats sont-elles des « normes », s'imposent-elles aux tiers et dans quelles conditions, peuvent-être être révoquées, que signifie donc cette « bonne foi » dans l'exécution ainsi mise en valeur, etc.

Les principales difficultés d'interprétation et de résolution des cas complexes posées en droit des contrats sont ici résumées. La circonférence de la norme contractuelle dans les rapports entre les parties d'une part et dans ceux entre les parties et les tiers ensuite pose la question de la violation, par un tiers, du contenu d'un contrat, comme c'est le cas de la vente, par un contractant non autorisé, de produits réservés contractuellement à un réseau de distributeurs. La question de la possibilité pour une partie de mettre fin à un contrat, de le résilier, semble contrariée par l'article 1193, quand bien même une partie n'aurait plus d'intérêt à son exécution. Enfin la « bonne foi » ainsi exigée dans l'exécution du contrat pose une question redoutable : être de « bonne foi », est-ce, à l'anglaise, exécuter le contrat à la lettre sans rien y retrancher ou surtout ajouter à ce que les parties ont décidé, ou au contraire, est-ce se soumettre à des obligations « inhérentes » au contrat, celles-là même qu'une conception judiciaire et indéterminée, pour ne pas dire aléatoire, de la bonne foi imposerait ? Nul ne songera à limiter la portée de ces propos qui ont une importance capitale depuis une trentaine d'année, à l'heure de la promotion des obligations de sécurité, d'information par exemple que les parties n'auraient pas songé à insérer et auxquelles pourtant elles doivent se soumettre voire la résolution du problème majeur dit de « l'imprévision » ou de la gestion du changement de circonstances économiques.

16 **Contours et interprétation des normes applicables au droit des contrats d'affaires.** Une chose semble certaine, quoi qu'il n'en soit pas explicitement disposé dans la loi : le contrat s'exprime sous les auspices de la liberté, la fameuse liberté contractuelle qui se décline en une liberté de conclure un contrat, la liberté de ne pas conclure un contrat et la liberté de déterminer le contenu du contrat à conclure, l'ensemble étant, depuis le début du XXème siècle, soumis à une somme de contraintes légales croissantes comme autant d'exceptions, justifiées ici par la protection du salarié, du consommateur, du concurrent, du patient, de l'environnement, etc., ou bien là par des exigences propres au décideur public, comme c'est le cas, par exemple des règles du droit pénal, dit « des affaires », du droit de la concurrence ou encore du droit de l'urbanisme.

Liberté/contrainte, le couple est trop classique pour n'être point ignoré et repose intégralement sur la permission ou l'interdiction posée par la loi. Les choses seraient ainsi très simple, voire simplistes, à n'envisager

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

que la contemplation lascive de la loi : tel contrat, telle clause est autorisée ou interdite, selon que la loi, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le Code civil, n'en dit mot, et donc autorise, si l'on admet que le principe de liberté contractuelle peut s'interpréter comme une règle générale de validation de tout ce qui est interdit, ou au contraire pose des conditions, des limites, voire des interdits, l'ensemble sous le respect bien compris de l'interprétation stricte des exceptions.

Quelque juriste un tant soit peu observateur de la vie du droit des contrats objectera que cette simplicité n'est pas de mise en droit des contrats, voire en droit tout entier.

En effet, les règles du droit des contrats respectent le fonctionnement ordinaire des règles juridiques : elles sont posées, sans doute par le législateur, mais le législateur, n'étant di Dieu ni Diable, est incapable de poser des règles parfaites, complètes et sans obscurité.

D'une part, le *besoin de droit* s'exprime difficilement en amont : il est très difficile pour ne pas dire utopique d'imaginer un législateur capable d'envisager des règles qui seraient capables de traiter, à coup sûr et sans omission, toutes les situations qui pourront, ensuite, se présenter. Le besoin de droit s'exprime en revanche pleinement en aval de la législation, sur le fondement de questions qui émergent, aléatoirement et de manière imprévisible, en pratique et qui justifient un contentieux ou un besoin de règles ou du fait des règles existantes qui justifient soit des effets pervers de la norme soit un contournement de celles-ci.

Il en résulte que toutes les règles juridiques, dont celles des contrats, mais surtout celles des contrats pour ce qu'elles sont ordinairement usitées, sont obscures, incomplètes ou absentes. Il en résulte également que les règles juridiques se présentent comme de simples *énoncés normatifs*, des énoncés à interpréter, en présence d'une règle obscure, imparfaite ou absente. Il suffit de prendre pour exemple la *clause de non concurrence* pour se rendre compte de la difficulté : aucune norme législative ne fixe de règle quelconque et ces règles sont apparues au gré des litiges dans un sens qui crée, des normes juridiques contraignantes établissant des conditions posées comme des normes impératives.

Cet exercice d'interprétation s'effectue dans au moins trois directions ou par au moins trois types de personnes.

a) Les contractants en premier, dont on supposera ici qu'ils sont normalement avisés du droit des contrats ou bien conseillés par un juriste connaisseur de ces règles, utilisent la liberté contractuelle qui leur est assurée par la rédaction du contrat ou de parties d'un contrat par des clauses qu'ils auront négociées. Certaines de ces clauses sont bien

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

connues des spécialistes[16], d'autres sont même envisagées ou réglementées par la loi, comme les clauses limitatives de responsabilité, mais d'autres sont d'une sophistication extrême et/ou tout à fait inconnues du législateur.

En outre, les techniques de rédaction de ces contrats obéissent à des contraintes liées aux *usages* ou aux *pratiques* d'un secteur, empruntant des dénominations, des méthodes, des techniques qui correpondent, ou non, à la réalité du droit applicable.

Or, le contractant, à l'aube de la signature d'un contrat, d'affaires, et qui donc revêt une importance particulière pour lui, réalise en principe au moins un « test de validité », éprouvant la validité de la clause susceptible de prêter à discussion et peut-être réalisera-t-il une « opinion juridique » sur cette clause pour s'assurer plus encore de cette validité.

La principale difficulté est que le « test de validité » ainsi réalisé, et en admettant qu'il soit réalisé par un juriste omniscient capable d'émettre un jugement certain sur cette validité, s'effectue sur la base du droit actuel c'est-à-dire sur la base de l'interprétation existante, sur les normes applicables réellement, tandis que la clause sera jugée sur la base du droit futur, celui qui sera le résultat de l'interprétation actuelle du jour de l'appréciation judiciaire de la clause.

Or l'histoire du droit des contrats pullule d'exemples d'interprétations mouvantes, voire contradictoires, de clauses, de contrats, d'institutions contractuelles, comme l'exemple fameux des clauses de non-concurrence l'a montré. Le contractant qui prévoit, aujourd'hui, une clause de non concurrence dans un contrat la validera au regard des critères actuels du droit de la concurrence ou du droit des contrats et s'interrogera par exemple sur l'exigence d'une contrepartie financière dans cette clause (dans un contrat d'affaires), et répondra sans doute par la négative, alors que la clause, pour sa validité même, sera jugée valide sur le fondement du droit applicable au jour du jugement, jour qui peut être très lointain et pour lequel la question de savoir si la rémunération de cette clause sera exigée est inconnaissable. Or, cette norme future potentielle, sans doute jurisprudentielle, sera par nature une norme impérative et donc applicable immédiatement, même aux contrats en cours.

Le « test de validité », qui paraissait si imparable se heurte ainsi aux réalités de l'évolution dans le temps des normes juridiques.

b) Les « commentateurs », en second, disons la doctrine, livrent une interprétation abstraite des énoncés législatifs ou judiciaires, par la voie de traités, manuels, articles ou commentaires de décisions de justice ou de lois nouvelles et il n'est que de feuilleter ces documents majeurs pour

16 J.M. Mousseron et alii, Technique contractuelle, Ed F. Lefebvre, 5 è éd. par J. Raynard, P. Mousseron et J.-B. Seube, 2011, W. Dross, Clausier, 2è éd. Litec, J. Mestre et alii, Principales clauses des contrats d'affaires, PUAM, 2010.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

identifier des différences, sensibles, offertes par ces interprétations scientifiques.

La tendance, depuis plus d'un siècle, en droit français est de se rattacher à l'existence d'une *théorie générale du contrat, ou des obligations*, laquelle contiendrait tous les principes nécessaires à l'interprétation, voire à la réglementation, du contrat et donc toutes les potentialités d'évolution du droit, ici des contrats.

A y regarder de plus près, d'un point de vue normatif, il y a lieu de douter de la normativité de cette « théorie ». En effet, le cadre normatif du droit des contrats se situe dans la loi, qui propose des *énoncés normatifs*, et dans la jurisprudence qui détermine le sens actuel de ces énoncés, par des *interprétations* qui forment, réellement et en attendant une autre interprétation, les normes applicables au droit des contrats.

Or, la théorie générale des contrats, à supposer qu'elle existe, n'est pas d'origine légale pas plus qu'elle n'est posée par le juge : il s'agit d'un ensemble de postulats et d'interprétations possibles, disons *scientifiques*, dans tous les cas, forts nombreux, où un doute quant à l'interprétation d'une norme demeure. Poser donc que la théorie générale des contrats règle de manière cohérente le droit des contrats est, du point de vue de la normativité des règles, insensé ([17]). Tout juste peut-on considérer qu'il s'agit d'une proposition ou d'un ensemble de propositions d'interprétations, aux contours vagues ou précis selon les cas, et visant à assurer les « consommateurs de droit des contrats » de la relative stabilité et prévisibilité du droit des contrats dans le temps.

Or, si cet ouvrage prétend être tout à la fois concret et réaliste, il ne peut se fonder sur une base normative erronée. Sans entrer dans les détails d'une analyse des normes, il apparaît cependant que la prétention de la doctrine à baliser le droit des contrats n'est pas normativement fondée, celle-ci relevant de la loi d'une part, et du juge, troisième acteur, d'autre part.

c) Le troisième acteur, de loin, le plus important encore que son action ne puisse ignorer, d'une manière immesurable, l'action des deux premiers, est le juge est plus exactement l'ensemble des juges divisés en *juges du fond*, ceux qui traitent le fond du litige, arbitres ou juges étatiques, et le *juge souverain*, celui dont les décisions, et donc dont l'interprétation, ne peut pas être remise en cause par un juge supérieur, assimilé, pour l'essentiel, à la Cour de cassation. Cette distinction ne recoupe qu'apparemment la distinction processuelle entre *juge du fond* et *Cour de cassation.*

Par exemple, la Cour d'appel est considérée comme en charge de l'*interprétation souveraine* d'un grand nombre de situations, les faits, le

17 Comp. cependant, F.-X. Testu, Contrats d'affaires, Dalloz, 2012, n°00.03.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

quantum de l'indemnisation, etc., ce qui en fait, du point de la théorie du droit, sauf d'une part à considérer que ces question laissées à l'interprétation souveraine des juges du fond ne font pas une norme juridique, et à ce que la Cour de cassation reprenne le contrôle de tel ou tel point, un ensemble de cours souveraines concurrente de la Cour de cassation, mais encore de la Cour de Justice de l'Union européenne, voire du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel.

Or, dans toutes les situations de litiges, le juge est confronté à deux contraintes. La première est l'exigence d'un choix entre les propositions de solutions émanant des parties, par hypothèse totalement distinctes. La seconde est l'exigence d'une décision motivée, qui implique donc que ce choix soit juridiquement fondé.

Il s'ensuit, selon des critères propres au juge du fond, une tendance soit à suivre les propositions existant de la Cour de cassation, soit celles de la doctrine, soit d'emprunter des chemins nouveaux : le juge peut être féal, fidèle ou rebelle. L'interprétation rendue ne sera cependant une norme juridique qu'en bout de chaîne, lorsque le juge souverain aura rendu une décision susceptible d'aucun recours : il livre alors une interprétation *authentique* ; celle-ci est la norme juridique applicable au cas particulier ([18]). Si l'on reprend l'exemple de la clause de non concurrence, il en résulte que le test de validité réalisé par les parties sera lui-même validé ou invalidé en fonction de la norme juridique du jour de la décision, ce qui est parfois confondu avec une question de rétroactivité de la norme jurisprudentielle ([19]).

Nous dirons donc, pour déterminer le contenu de la norme applicable au droit des contrats que celle-ci est la norme existant au jour où un juge doit se prononcer sur le contrat ; que cette norme juridique est la norme interprétée résultant des décisions de la Cour de cassation.

Ce dont il résulte que la norme juridique de droit des contrats est la norme interprétée, c'est-à-dire pour résumer, la jurisprudence de la Cour de cassation (dont les décisions supposent elles-mêmes de nouvelles interprétations) ; que cette norme est elle-même le résultat d'une interprétation, libre, par le juge, des énoncés à sa disposition, textes de lois, jurisprudence antérieure, etc.

Il est clair que cette présentation s'inscrit dans une description *réaliste* du droit[20] et s'oppose ce faisant à la conception jusnaturaliste. Comme elle est le plus souvent celle, revendiquée ou subsumée, des juristes de droit privé, une explication s'impose. La *description* positiviste propose de qualifier les normes de manière certaine, et, contrairement, à la méthode jusnaturaliste, sans aucune référence aux valeurs comme

18 Cf. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP, 2011, éd. G,
19 D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, préc.
20 Pour une rapide bibliographie :

technique de qualification de ces normes. La méthode jusnaturaliste procède un peu de la même manière positiviste d'ailleurs, mais un jugement de validité : mais où les positivistes considèrent qu'une norme juridique est telle si elle est conforme à une norme juridique supérieure valide (la loi et la constitution par exemple), la méthode naturaliste considèrent qu'une norme est juridique si elle est conforme à une règle naturelle supérieure, ce qui permet de qualifier et disqualifier normes celles qui répondent ou méconnaissent les commandements naturels. Outre la difficulté à cerner ces droits naturels, s'ajoute celle d'y dénicher des *règles* précises. On voit bien le lien entre le commandement divin « tu ne tueras point » et le droit pénal par exemple, mais dans bien des domaines, celui des contrats par exemple, le lien entre la règle naturelle et la norme juridique est plus difficile, les directives générales du type *équité, morale* ou *justice* étant insuffisant. Il faut donc en passer par un *aruspice* qui est capable de décrypter la loi divine, la *doctrine sociale de l'église* par exemple. En outre, il n'existe pas *un* droit naturel mais *des droits naturels*, concurrents et irréductibles, le droit de la Nature, le(s) droit(s) Divins(s), le droit de la Raison, le droit tiré du comportement général ou encore les lois du marché.

Ce dont il résulte que celui qui invoque *le* droit naturel doit, d'une part, établir auquel il se réfère et d'autre part expliquer le lien réalisé entre le commandement supérieur et la norme juridique souhaitée.

La confusion entre les deux méthodes, positiviste et naturaliste peut, très largement être démêlée. La méthode positiviste se contente de *décrire* le champ des normes juridiques : elle ne prétend aucunement *prescrire* un comportement. N'a aucun sens, par exemple, le fait de commander une solution parce que celle-ci a toujours existé par exemple. Autre est situation dans laquelle le juriste se situe dans l'action, celle de conseiller, de défendre, de légiférer ou de juger. En ce cas, le juriste doit formuler des propositions concrètes et, éventuellement, les soutenir par référence à une conception morale ou naturelle. Par exemple, le fait de soumettre, ou non, la validité d'une clause de non concurrence à une contrepartie financière dépendra, le jour où la question se (re)posera, ou bien d'une conception morale visant à assurer une compensation au débiteur de l'obligation, ou bien encore à organiser un nouvel équilibre dans les relations entre les parties, souvent un fournisseur et un distributeur, ou bien d'une conception économique faisant par exemple de la clause le prolongement d'un contrat qui la prenait déjà en compte, ou bien encore d'une conception morale inverse selon laquelle celui qui s'est engagé l'a fait en connaissance de cause. On pourrait multiplier les exemples à l'infini, par exemple sur le terrain de l'obligation

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'information[21]. Or, le juge (souverain) qui tranchera le fera certainement en fonction des arguments présentés et en fonction de ses propres opinions pour proposer une décision qui *sera la norme*. C'est en cela que la norme juridique tient compte de la morale ou de la justice, et donc que la discussion en droit, et notamment en droit des contrats voit s'affronter des courants majeurs, soit moraux, soit sociaux, soit économiques, mais que la description de ce qu'est la norme ne peut en aucun cas en tenir compte : elle peut être juste ou injuste selon les uns ou les autres sans cesser d'autre une norme[22].

d) Reste à mesurer le sort de cette « norme » : rien n'interdit de conclure un contrat illicite ou à la validité douteuse voire discutable, du moins pas directement (sinon par la mise en œuvre de règles de responsabilité, civile, disciplinaire ou pénale du rédacteur). Une telle prise de risque est un choix de gestion ou d'habitude. Choix de gestion lorsque les risques et le coût du risque encourrus est inférieur au bénéfice attendu de la transgression. Habitude assumée lorsque des usages impliquent, imposent même d'insérer telle clause dans un contrat.

17 Principes « Unidroit » ? Principes pour un droit européen des contrats (PEDC).L'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié en 1994 des « principes relatifs aux contrats du commerce international » en 1994, ensuite complétés en 2004 ([23]). Leur objectif est de proposer, par une forme de concrétisation de la *lex mercatoria* dont les principes Unidroit se réclament, une unification des règles matérielles en matière de commerce international, par une technique alternative aux procédés traditionnels, conventions

21 Cf. M. Fabre-Magnan, L'obligation d'information, LGDJ, 1991.

22*« la Justice est une propriété possible, mais non nécessaire, d'un ordre social »* : H. Kelsen, *Qu'est-ce que la Justice ?,* préf. V. Lasserre, éd. Markus Haller, 2012. Adde D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 6ème éd., 2013, n°81.

23JCP 1995, III, 67399. V. J.-P. Béraudo, « Les Principes d'unidroit relatifs au droit du commerce international », JCP 1995, I, 3842 ; F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des principes unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie », RRJ 1996, p. 933, M. J. Bonell , « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Toward a New Lex Mercatoria ? », RDAI 1997, p. 161, B. Fauvarque-Causson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », RIDC 1998, p. 463, J. Huet, Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle lex mercatoria ?, Les petites affiches, 10 nov. 1995, p. 6, C. Kessedjian, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit, Rev. crit. DIP 1995, p. 641, C. Larroumet, La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international, JCP 1997, I, 4011, D. Mazeaud, A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

internationales ou lois-types. L'initiative permet de proposer un ensemble de règles directement accessibles, bien plus que la *lex mercatoria* classiquement entendue, mythique, discutée et difficile d'accès. Elle s'inscrit ainsi dans un processus de codification voire de *restatement* à l'américaine, rejoignant en cela l'enseignement de Lambert, ce comparatiste qui estimait que le but du droit comparé était de parvenir à un droit commun ([24]).

Ces « Principes » résultent d'une initiative privée : ils ne bénéficient d'aucun caractère obligatoire malgré leur présentation mais leur autorité et indéniable, dans le champ de l'arbitrage international tout au moins. On y trouve un ensemble cohérent et construit de règles applicables aux contrats internationaux de leur formation à leur extinction, s'appuyant sur des techniques propres à la pratique des contrats internationaux telles que la recherche d'un certain équilibre contractuel, ainsi les « avantages excessifs » sont sanctionnés, et à l'inverse, promues les obligations implicites qui découlent de la nature et du but du contrat, des pratiques établies entre les parties et des usages, de la bonne foi, de ce qui est raisonnable.

L'interêt est alors multiple, bien que ces Principes, comme les Principes pour un droit européen des contrats ne disposent pas de l'appui d'une institution publique de telle manière qu'ils demeurent dans le champ des codifications savantes. Ils sont ainsi une source non négligeable d'appui à des raisonnements, en matière d'arbitrage mais aussi, quoique rarement, par des juridictions étatiques ([25]). Surtout, ils révèlent la possibilité, non expressément formulée, de l'hypothèse d'un droit mondial des contrats, comme réponse à la relative anarchie de la mondialisation des échanges.

Les « Principes pour un droit européen des contrats » (PEDC : *Principes pour un Droit européen des Contrats* ou PECL : *Principlesof European Contract Law*) se présentent comme un ensemble de règles concurrentes des Principes Unidroit ». Elaborés sur la férule du Pr. Ole Lando et d'universitaires reconnus des différents Etats membres, ces principes ([26]) érigent un système très voisin de celui proposé par les « Principes Unidroit ». Ils ont été publiés en trois phases, en 1995, 1998

24 E. Lambert, La fonction du droit civil comparé. Etudes de droit commun législatif, 1ère série, LGDJ, 1903.

25Cf. les résultats d'une recherche : P. Deumier, L'utilisation par la pratique des conditions d'origine doctrinale, *D*. 2008, Chr. p. 494.

26 Cf. C. Priéto (dir.) Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, dont une excellente introduction, « Une culture contractuelle commune en Europe » par C. Priéto, p. 18 ; Regards croisés avec le droit français, Dr. et Patrimoine, avril 2003, p. 39 s. ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

et 2002 pour enfin présenter un visage complet. On retrouve fort logiquement les mêmes objectifs que pour les principes Unidroit, mais dans un contexte européen largement revendiqué. En effet, le Parlement européen a aujourd'hui repris le flambeau universitaire de départ pour promouvoir un futur Code européen des obligations. On retrouve les principes de liberté contractuelle, de bonne foi, l'usage de standards juridiques comme le « raisonnable » ou le « proportionné », comme dans les « Principes Unidroit » quoique les PEDC soient encore plus développés que les « Principes Unidroit », 200 articles environs, structurés en 17 chapitres, intéressant un droit matériel des obligations et des contrats, éventuellement internationaux.

Les « Principes pour un droit européen des contrats » signalent une « communautarisation » du droit des contrats internationaux, déjà largement entamée avec le Convention de Rome, mais qui s'installe, ici, dans le droit matériel des contrats ([27]) que les autorités communautaires ont repris à leur compte depuis le début des années 2000 avec, aujourd'hui, non un objectif clair mais, fin 2004, la constitution d'un « Cadre commun de référence » (CCR) dont l'objet est de rassembler les textes existants afin d'améliorer la qualité et la cohérence de l'acquis communautaire ([28]).

Le projet s'élargit cependant dans une perspective plus vaste de « Code civil européen » voire plus modestement de « Code européen des contrats et des obligations », vœu relayé par les institutions communautaires ([29]). On observera simplement que les deux formules ne

27 C. Jamin, Un droit européen des contrats ?, in Le droit privé européen, Economica, 1998, p. 40, D. Tallon, Vers un droit européen du contrat ?, Mélanges A. Colomer, p. 485, G. Alpa, Les nouvelles frontières du droit des contrats, RIDC 1998, p. 1015, G. Rouhette, La codification du droit des contrats, Droits, 1996, p. 113.

28 COM 2004 (651), final, 11 oct. 2004, COM 2006, 744 final. Adde, D. Blanc, La longue marche vers un droit européen des contrats, D. 2007, Chron. 1615, C. Aubert de Vincelles et J. Rochfeld (dir.), L'acquis communautaire, les sanctions de l'inexécution du contrat, Economica, 2006 ; A. Tenenbaum (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 6, 2008, G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé européen, vol. 7, 2008.

29 V. R. Schultz, Le droit privé européen, RIDC 1995, p. 7, D. Tallon, Vers un droit européen des contrats art. cit., P. Legrand, Sens et non sens d'un Code civil européen, RIDC 1996, p. 779, J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, RIDC 1998, p. 7, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Le droit privé européen, Economica, 1998, C. Witz, Plaidoyer pour un Code européen des obligations, D. 2000, p. 79, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, 2001, A, Chamboderon, La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, JDI 2001, p. 5, N. Charbit, L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

sont pas équivalentes. Les « Principes » instituent un corps de règles souples et non normatives de règles intéressant les contrats internationaux où un « Code » des contrats, qui pourtant prend sa racine dans les « Principes », intéresserait tous les contrats, intégrant les contrats intereuropéens. Deux formules sont proposées par les autorités communautaires dans un document intitulé « plan d'action » et diffusé début 2003, soit pour imposer l'application de ces règles de façon automatique, sauf clause d'*exclusio juris*, comme à propos de la CVIM (formule « d'opt out »), soit pour les présenter de façon facultative, via une clause d'electio juris, comme dans les formules traditionnelles du droit international privé (formule « d'opt in »).

Cette question n'est ni nouvelle ni consensuelle. Déjà, en 1928, un projet de Code civil franco-italien, dans la ligne de la pensée d'Edouard Lambert, un comparatiste auquel la question de l'unification des droits était chère, s'était heurté à l'incompréhension des juristes français, peut-être, mais aussi, à l'idée d'unifier le droit français avec celui de l'Italie de Mussolini.

De même, mais pour d'autres raisons, l'unification projetée et la perspective d'un droit européen des contrats ne fait pas l'objet d'un consensus en doctrine, loin s'en faut. La communauté des juristes est en effet divisée entre partisans ([30]) et adversaires ([31]) d'un tel projet.

18 Réforme du droit français des contrats de 2016. – Le droit français des obligations, des contrats, de la responsabilité est-il obsolète, ou au contraire équilibré, efficace ? Un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* avait ainsi considéré le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde. L'enjeu est fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français… si le droit français est aussi épouvantable que ce rapport l'estime, alors il faut en changer très vite.

---

commission européenne relative au droit européen des contrats, JCP 2002, I, 100, Ph. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, JCP 2002, I, 110, G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, p. 351, Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, D. 2002, p. 2202, B. Fauvarque-Causson, Faut-il un Code civil européen ?, RTD civ. 2002, p. 463.

30 Cf. not. D. Mazeaud, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ?, Mélanges X. Blanc-Jouvan, 2005, p.309 ; Ch. Jamin, Vers un droit européen des contrats ? Rev. jur. com. 2006, p. 94.

31 Cf. not. Y. Lequette, Vers un Code civil européen ?, Pouvoirs, 2004, n°107, p. 97, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, art. cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Certes, la méthode utilisée par le rapport est critiquable ([32]) mais le constat posé par ce rapport ne peut être nié. Si l'on envisage le droit français des obligations dans son entièreté, avec les yeux d'un juriste français, c'est un droit globalement équilibré, doté de principes forts, pertinents, pérennes qui répond sans aucune peine ni aucune gène apparente à la plupart des difficultés qui se posent.

D'un autre côté, les sources du droit des obligations sont multiples, pour l'essentiel les règles telles que posées par le Code civil et le couple doctrine-jurisprudence. Or, le premier est globalement obsolète : bien des questions qu'il traite mériteraient une réforme profonde, bien des articles du Code civil reposent sur une conception du contrat totalement dépassée. Tout se présente dans le Code civil, de 1804, de manière très simple, le droit des obligations est le droit commun applicable à tous les contrats (C. civ., art. 1107) sauf les réglementations particulières, ce qu'on appelle les contrats spéciaux ([33]), mais l'ensemble reste fondé sur un modèle, celui de la vente, contrat à exécution rapide, pour ne pas dire instantanée, alors que les besoins du droit des contrats d'aujourd'hui repose sur les contrats de longue durée.

Or, et c'est précisément là le problème, le Code civil a été rédigé pour traiter des contrats usuels d'un propriétaire terrien, bon père de famille de 1804, alors que les questions qui se posent aujourd'hui sont celles des contrats de masse, les contrats de consommation, qui disposent d'un Code à cet effet, et surtout des contrats d'affaires, les contrats de longue durée. D'une part le Code civil est muet sur la question de la gestion du temps dans le contrat mais surtout guère utile pour traiter les grandes questions qui se pose à leur égard, assis sur une conception morale du droit alors que les contrats d'affaires ont besoin d'un droit pratique, économique.

Par conséquent, l'ensemble des grandes questions posées aujourd'hui en droit des contrats ne peuvent assurément trouver leur source dans le Code civil : la proportionnalité, la cohérence contractuelle, l'économie du contrat, les clauses déséquilibrées, le jeu de l'action directe, la négociation du contrat, la cession de contrat, les causes et les effets de l'extinction du contrat, etc. Rien dans le Code civil et c'est donc dans les règles jurisprudentielles qu'il faut rechercher, avec l'aide de la doctrine qui l'explique, l'organise, la met en œuvre. On avouera que ce n'est guère engageant pour un juriste étranger et ça ne l'est souvent pas davantage pour les juristes français eux-mêmes. Nulle trahison dans cette

32 Et V. la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sous la houlette de M. Grimaldi et D. Mazeaud : Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports doing business de la banque mondiale, Soc. Leg comp. 2006.

33 Cf. D. Mainguy, Contrats spéciaux, Dalloz, 8è éd. 2012.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

déconsidération du Code civil, bien au contraire, le vœu que le Code se régénère et redevienne cet outil d'interprétation formidable qu'il a été.

Quant au droit de la responsabilité, c'est encore pire, il s'est construit entièrement à côté du Code civil, par le travail massif de la jurisprudence.

C'est dans cet esprit qu'un groupe de travail dirigé par le Professeur P. Catala en 2005 s'est rassemblé de manière à proposer un rapport prenant la forme d'un avant-projet de loi de réforme du droit des obligations (et de la prescription) ([34]) dont on peut critiquer tel ou tel point, discuter tel autre, mais dont on doit souligner l'audace et l'opportunité alors que la loi du 17 juin 2008 a repris la partie consacrée à la réforme de la prescription.

Dans le même temps, un projet, concurrent, élaboré par la Chancellerie avait été présenté en 2008 ([35]), et un troisième, de l'Académie des sciences morales et politiques réalisé sous la direction de F. Terré ([36]). Enfin, tout récemment, la question s'est posée fin 2013 d'une réforme globale du droit des contrats et des obligations par voie d'ordonnance.

34>**document LXX.** V. P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006 ; Bref aperçu sur l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription, D. 2006, Chr. p. 535 ; B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud, L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel, LPA 2006, n°146, p.3 ; La réforme du droit des contrats : projets et perspectives, RDC 2006, p. 3 (pour la partie concernant la réforme du droit des contrats), et L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité, RDC 2007, p. 3, adde Ph. Malaurie, Avant-projet de loi de réforme du droit de la prescription en droit civil, Defrénois, 2006, p. 230, A. Bénabent, Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive, D. 2007, Chr. 1800 (pour la partie de la réforme du droit de la prescription).

35 Cf. Not. D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : Haro, en Hérault, sur le projet, D. 2008, Chr. p. 2675, R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, Première impressions, JCP, 2998, I, 190, Ph. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, JCP 2008, I, 204, M. Fabre-Magnan (Entretien), Réforme du droit des contrats : un très bon projet, JCP, éd. G, 2008, I, 199 ; C. Larroumet, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, D. 2008, Chr. p. 2441 ; O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, D. 2008, Chr., p. 2607, A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008, Chr., p. 2609; Ph. Malinvaud, Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le s*toemp* bruxellois aux légumes, D. 2008, Point de vue, 2551, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC 2009-1 , D. Mainguy, Défense, critiques et illustration du projet de réforme de droit des contrats, D. 2009, Chr., p. 308.

36 F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009. Comp. D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009, Chr., p. 1364.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

19 **Réforme du droit français des contrats de 2016 et contrats de distribution. –** La réforme de 2016 propose une forme de synthèse en tenant compte de l'évolution des opérations contractuelles traitées par les règles du droit des contrats, et donc de la jurisprudence, fondées surles règles du droit civil des contrats, mais nourrie par le contentieux des contrats spéciaux et notamment des contrats d'affaires et de distribution. Deux logiques s'opposent. La première est le rappel du classique enjeu de *sécurité juridique* appliqué au contrat : *pacte sunt servanda*, les contrats, quels qu'ils soient sont obligatoires. Il suffit donc qu'un contrat soit, loyalement, négocié et formé pour qu'il doive être exécuté. L'introduction de l'adjectif « loyal » introduit cependant un bémol dans la formule qui répond à une logique de *justice contractuelle* ou de *loyauté*, voire d'équilibre contractuel. Ces deux logiques sont parfois contradictoires : dès lors qu'un contrat est formé, il doit être exécuté, quitte, pour celui qui conteste les conditions de sa formation oul'existence d'un déséquilibre, d'une irrégularité, à le contester. Il semble donc qu'un hiérarchie soit consacrée, mais mantenue : les contrats sont obligatoires et doivent être exécutés, mais une contestation, *a posteriori*, fondée sur un défaut de *justice contractuelle* soit possible. Une autre considération est possible cependant si on admet que la place laissée aux *contrats d'adhésion* est une source d'interprétation nouvelle des contrats d'affaires. En l'état, l'article 1110 du Code civil propose une distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion dans des termes peu diserts : *« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».*

L'exégèse de ce texte permet de nombreses interprétations, à trancher par la Cour de cassation mais elle pemet de proposer deux logiques majoritaires et contradictoires. La première consiste à minimiser le poids des contrats d'adhésion, résumés à peu de choses près aux contrats de masse, sur le modèle des contrats de consommation. Les contrats sont de gré à gré dès lors qu'une négociation est envisagées, voire dès lors qu'un projet de contrat est simplement « négociable ». Cette catégorie rassemble la majorité des contrats d'affaires, les contrats d'adhésion étant l'ensemble des contrats conclus sur la base de « conditions générales », loesquelles snt à rapprocher des conditiosn de mise en œuvre de l'article 1119 du Code civil. Une seconde permet au contraire de considérer que les « conditions générales » d'un contrat sont les éléments essentiels d'un contrat qui, dès lors qu'ils sont rédigés à l'avance par un contractant, déterminent un contrat d'adhésion. Les contrats de gré à gré seraient alors les contrats conclus, librement, sur tous les points, entre les parties. On voit ici se forger une dictinction qui dépasse celle, très familière au

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

droit de la distribution, entre les contrats de dépendance, les *contrats structurellement déséquilibrés* ([37]), et les autres. Il suffirait de constater que les éléments essentiels d'un contrat sont prérédigés, peu important que des éléments soient effectivement négociés ou négociables, pour qu'ils intègrent cette catégorie.

Cette distinction est majeure dans la mesure où le régime des contrats d'adhésion propose une véritableme révolution dans l'approche du contrat. En effet, sous l'empire du Code civil de 1804, la jurisprudence avait développé une jurisprudence importante visant à rééquilibrer certains contrats, éliminer des clauses déraisonnables, etc., en interprétant de manière très volontaire les règles en matière de cause (C. civ., ex-art. 1131) ou d'exécution loyale des contrats (C. civ., ex. art.1134, al. 3) par exemple, ces innovations ayant cependant vocation à s'appliquer à tous les contrats, u compris les contrats véritablement de gré à gré, ce qui était sans doute inopportun. Désormais cependant, les contrats d'adhésion disposent d'un régime propre dont rend compte par exemple l'article 1171 du Code civil et l'élimination des clauses abusives, ou l'article 1190 du Code civil (*« dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé »*), et bien d'autres.

B. – FONDEMENTS D'UN DROIT DE LA DISTRIBUTION

20 Evoquer les « fondements » du droit français des contrats affaires permet, en général d'envisager deux questions, celle de savoir pourquoi, c'est-à-dire pourquelles raisons juridiques, un contrat est obligatoire et celle de mesurer, si c'est possible, les fondements politiques et philosophiques du droit des contrats.

La première est la question de savoir **pourquoi les contractants doivent respecter un contrat** et les **réponses** qu'on peut lui fournir.

1. Le respect des contrats

a) La doctrine de l'*autonomie de la volonté*

21 La doctrine de l'autonomie de la volonté[38] a longtemps été privilégiée comme fondement majeur sinon unique, comme si l'idée fondatrice de la modernité en politique, selon laquelle l'homme, libre par lui-même, égal à l'autre, et autonome est légitime pour conférer, par la seule expression abstraite de sa volonté de conclure un *contrat social*,

37 Th. Revet, « Les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, 1217 ; F. Chénédé, « Les contrats d'adhésion », D. 2015, p. 1226.
38 D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2009, n°56.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

pouvait également se décliner dans le champ des échanges économiques.

22 Le principe de l'autonomie de la volonté est en effet un principe politique. *L'auto-nomos* est la possibilité pour toute personne de se donner des règles à elle-même. Elle dépasse alors la logique pré-moderne selon laquelle la norme qu'une personne subit dépend d'un autre, Dieu, la Nature, le Roi, avec des liaisons bien entendu, le roi de droit divin est un droit *juste* qui dispose *justement* de ses sujets ([39]). Au contraire, la modernité politique propose de délier la soumission aux lois de l'autorité du chef pour renverser la perspective : le chef, roi, empereur, président, représentant, ne l'est que par délégation de la communauté des hommes libres et autonomes qui leur donne mandat de formuler les règles *justes.* Le principe de l'autonomie de la volonté était donc une reformulation du principe de justice ou de légitimité de la norme.

L'idée a longtemps prévalu, notamment grâce à – ou à cause de – la thèse d'Emile Gounot, en 1912, *« Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé »* ([40]), supposément comme héritage kantien, Kant n'ayant jamais eu l'idée de s'intéresser au droit sans son aspect technique d'une quelconque façon ([41]). Sa déclinaison, très pauvre ([42]), dans le droit des contrats s'explique par l'engouement généralisé pour les idées de la Révolution française exprimées dans le Code civil, d'autant que l'ordre juridique ainsi créé n'avait rien de terriblement subversif, bien au contraire. Dès lors, l'autonomie de la volonté comme explication rationnelle et technique de légitimation du caractère obligatoire du contrat convenait parfaitement., notamment en ce qu'il justifie que le contrat soit, par nature en quelque sorte un outil de justice sociale et économique, mieux une technique d'agencement optimale des règles de droit, notamment en droit des contrats alors que les zones de turbulences, dans les relations de travail, entre assureur et assurés, entre producteurs et agents, commençaient à poindre. Ce faisant le libéralisme politique qu'organisait le principe politique de l'autonomie de la volonté se transformait en un libéralisme économique fondé sur un principe juridique de l'autonomie de la volonté.

---

39 Par exemple pour des juristes comme Domat, prémoderne, *« Etre libre c'est se conformer aux comandements de Dieu, qui se sont substituées, dans la doctrine chrétienne, à l'ordre de la nature »* (J.-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1er du Code civil, RTDciv. 2001, p. 265, sp. n°4).

40V. aujourd'hui : V. Ranouil, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Trav. univ. Paris II) 1980, D. Terré-Fornacciari, L'autonomie de la volonté, Rev. sc. morales et pol. 1995.255 ; E. Putman, Kant et la théorie du contrat, RRJ, 1996, p. 685.

41 Comp. E. Kant, Métaphysique des mœurs, ère Partie, Doctrine du droit, Vrin, 1993.

42 Cf. C. Jamin, Une brève histoire politique de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil, RTDciv. 2002, p. 901.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Les logiques politiques sont bien connues : *« tout ce qui est contractuel est juste »* selon le mot du philosophe libéral Fouillée à la fin du XIXème siècle et Loisel écrivait également: « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain »*. Mais, *« entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère »* ajoutait cependant Lacordaire, comme prémisses à l'interventionnisme juridique du XXème siècle.

La « doctrine de l'autonomie de la volonté » repose en effet sur plusieurs postulats fondamentaux, directement projetés des préceptes de base de la philosophie individualiste : « *Tous les contractants sont égaux entre eux »* parce que l'homme, sujet de l'activité juridique, est considéré comme un personnage abstrait, un *homo juridicus.* Montrant bien les idées de l'époque, le philosophe libéral Fouillée écrivait dans *L'idée moderne du droit*: *« La philosophie du XVIIIème siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, considéré comme divin en lui-même et par lui-même »* : idéalisme inverse de celui de Platon, donc. Deux idées découlaient de ce point de départ. En premier, une conception abstraite des relations sociales, fondée sur l'idée de pleine égalité des individus : tout individu est un souverain et les souverains sont, par définition, égaux entre eux. Il suit que toute obligation ne peut reposer que sur la volonté de l'obligé et que cette volonté de l'obligé souverain est une volonté indépendante et libre. Au plan politique cela donne, en suivant les pas de John Locke : *« Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes »*. Ensuite, une conception optimiste des relations sociales. Présentant le résultat de ces relations, Rousseau écrivait que *« le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être »*. Il en découle une croyance en l'automatisme des agencements optimaux découlant de cette conception abstraite et optimiste des relations interindividuelles, le libéralisme traditionnel se développe à partir de l'idée que l'accord optimal est obtenu par la confrontation de volontés d'égales puissances en toute liberté, en dehors, surtout, de toute intervention du groupe, de l'organisation collective. Au plan économique, cela donne les thèses du libéralisme économique, fondées sur l'ajustement automatique de l'offre et de la demande, hostiles à toute intervention des pouvoirs publics dans les relations économiques : *« laisser faire, laisser passer... »,* laisser contracter : la « main invisible » d'Adam Smith ici contractualisée. L'ensemble fonde un système juridique composé d'institutions considérées comme justes, mais tout cela est très éloigné des principes fondant le droit des contrats.

Définitivement, ce que les juristes nomment « doctrine juridique de

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'autonomie de la volonté » synthétise un concept très simple qui peut se rattacher au positivisme, à la sociologie, à un certain idéalisme, et de ce point de vue peut sembler un dénominateur commun : le respect de la parole donnée, *pacta sunt servanda* et dont résulte quelques « principes » du droit des contrats, dits parfois « principes directeurs » du droit des contrats : le principe de la liberté contractuelle, le principe du consensualisme, le principe de la force obligatoire du contrat, le principe de l'effet relatif du contrat.A s'en tenir à une lecture rapide des textes du Code civil, ce dernier paraît avoir intégré sans réserve la doctrine de l'autonomie de la volonté : les articles 1102, 1103 et 1193 par exemple semblent en effet décliner ses préceptes, reprenant ceux de l'acienne version du Code civil.

A y regarder de plus près, cependant, les rédacteurs du Code civil se sont montrés plus prudents qu'il n'y semble. C'est ainsi que l'article 1103, al. 1er ne confère pas la primauté à la volonté : les contrats *légalement formés* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, de sorte que la volonté n'est productive d'obligation que pour autant que la loi l'autorise. Le contrat n'est donc pas obligatoire par les seules vertus de la rencontre des volontés qui le forme, mais par l'effet de la norme : la force obligatoire naît donc de la loi, du droit, qui lui accorde suffisamment de valeur pour quelle résulte, *en principe,* de la volonté.

Par ailleurs, le Code civil a envisagé tout une série de garde-fous : la théorie des vices du consentement, de l'objet ou de la cause, du but aujourd'hui, pour *« désabstraire »* le consentement et les volontés qui le forment et assurer un contrôle de la conformité à l'ordre public, et peut-être surtout, l'application de la *bonne foi* dans les contrats, posées par l'article 1104 du Code civil, remaniant l'ex-article 1134, al. 3, pourtant très récemment exhumé.

D'ailleurs, comment pourrait-on concilier, à défaut, les deux affirmations traditionnelles en matière de droit des obligations : le droit des obligations doit tout entier au droit romain, qui ignore l'autonomie de la volonté et le droit des obligations repose sur l'autonomie de la volonté ? Le Code civil a, en réalité, réussi une synthèse de toutes ces influences.

23 Les critiques à la liberté contractuelle reine s'accumulant, et les réponses parvenant par voie d'autorité, sous les coups de boutoir du législateur permettait de douter que la *justice*, contractuelle à tout le moins, ne s'incarne simplement dans le principe de liberté contractuelle, avec ou sans contrainte. La philosophie individualiste du XVIIIème siècle a en effet été contestée sur le fondement des évolutions résultant de la conscience de contraintes sociales, économiques, financières, etc., tout aussi importante que la liberté. Les concepts fondamentaux sur lesquels

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

elle avait été construite se sont révélés à certains égards inexacts et insuffisants. A l'homme abstrait, défini par le seul raisonnement ou la pure imagination, au Robinson, à l'*homo economicus*, à l'*homo juridicus* des XVIIIè et XIXè siècles, se substitue la vision d'un homme réel, dans un contexte social, économique, familial. L'optimisme des XVIIIè et XIXème siècles se nuance et meurt entre 1940 et 1945. Malgré l'intrusion récente de schémas philosophiques propres à convaincre de l'aggravation de notre condition humaine (la fin de l'histoire, la condition humaine face aux neuro-sciences, la question de la destruction potentielle de notre milieu naturel, etc.), la mentalité collective reste marquée par la croyance en un monde terrestre meilleur, la croyance en un progrès sans fin (à tous les sens du terme, d'ailleurs). Toutefois, un doute s'installe sur l'automatisme des ajustements optimaux. La faveur pour un certain interventionnisme succède à la révérence des automatismes naturels ([43]). Au plan économique, on ne croit plus à l'automatisme parfait des équilibres économiques et le schéma concurrentiel pur apparaît comme une représentation idéale, sans lien direct avec la réalité. L'interventionnisme pesant de l'Etat et ses résultats éloquents liés au totalitarisme communiste ont certes provoqué un retour au libéralisme, mais à un libéralisme réaliste fort éloigné du « laissez-faire, laissez-passer ». Le clivage passe entre libéraux qui, fidèles à une certaine filiation rousseauiste, considèrent que la liberté dépend des individus de sorte que l'ordre juridique est par nature spontané, et ceux qui considèrent que l'Etat est le garant des libertés publiques : il les construit, les proclame et les met en œuvre, par l'intervention des lois, elles-mêmes constitutionnellement contrôlées, et des juges : le système français repose tout entier sur cette logique.

Les postulats sur lesquels était construite la « doctrine de l'autonomie de la volonté » se sont affaissés sous des considérations bien connues : le droit du travail nie la liberté contractuelle plus qu'il la valorise, les contrats de masse révèlent l'inégalité économique entre les parties, et les dangers liés à certains produits, les nouvelles technologies, des machines à l'ordinateur, montrent les gouffres d'ignorance de certains contractants, etc.

24 Il convient en outre d'observer le bouleversement que propose, ou pourrait proposer la conception qu'insullfe le nouvel article 1110 avec la notion de « contrat d'adhésion » qui, par hypothèse fait « contrat » quelque chose qui n'est le produit que d'une seule volonté réelle, et de l'adhésion à celle-ci. A bien des égards si la portée de l'article 1110 du Code civil est réelle, c'est-à-dire non limitée à des formes de contrats de

43 Comp. Cependant, F. Hayeck, Droit, législation, liberté, Puf, Quadrige.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

masse comme les contrats de consommation, alors pourrait résulter une conceptiçon dualiset du contrat, une conception fondée traditionnellement sur les contrats de gré à gré, ou pourrait régner pleinement le principe de la force obligatoire du contrat produit de deux volontés réelles (et sans doute égales), et une autre sur les contrats d'adhésion, impliquant alors une mise en œuvre plus souples de la règle, tempérée soit par des règles imératives, soit par la possibilité offerte au juge de donner aux concepts de bonne foi ou de « but » un impact qui ne rebondirait pas sur les contrats de gré à gré (comp. infra, n°).

b) La conformité à la norme juridique.

25 Contre ce principe, devenu de *droit naturel*, et soit dépassé soit trop pauvre pour expliquer les ressorts de l'évolution du droit des contrats, apparaissaient d'autres explications, dont la critique positiviste reposant simplement sur le critère de *l'obéissance à la loi*, ou plus exactement de *l'obéissance à la norme*, entendons alors de la norme nouvelle, la norme sociale, la norme impérative.

La norme juridique de l'article 1103 du Code civil et de toutes les normes qui permettent d'obtenir l'exécution, en nature ou par équivalent peu importe, d'un contrat, justifie, à elle seule, le caractère obligatoire du contrat, norme dérivée, privée et relative[44]. Dans la conception kelsénienne de l'Etat de droit, c'est la norme valide et elle seule qui *prescrit* et confère une autorité à une norme dérivée sa propre normativité. Si le contrat est obligatoire, ce n'est donc pas parce qu'il est l'expression d'une liberté utopique, mais bien parce qu'une norme, l'article 1134 du Code civil tel qu'appliqué et interprété par les juges, lui confère cette autorité.

Une critique de cette position est souvent réalisée par les jusnaturalistes qui limitent la « loi » de l'article 1103 du Code civil à l'idée de contrainte, et l'oppose à toute idée de justice ou de morale[45], par une confusion entre la « loi » et la « norme juridique ». Or, la méthode normativiste n'ignore pas la morale ; elle tient simplement que les normes sont qualifiées telles indépendamment de tout jugement moral. Une norme est norme parce qu'elle est valide, peu important qu'elle soit morale ou non. On peut constater par exemple que l'article 1103 du Code

44 G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Th. dr. Paris I, 1965, La force obligatoire du contrat, in D. Tallon et D. Harris (dir.), Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p. 27. Adde H. Battifol, Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ, 1979, p. 359, pour qui les contractants sont *« hissés à la dignité de législateurs ».*

45 Cf. Pour une considération à la fois jusnaturaliste et historique : J.-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1er du Code civil, RTDciv. 2001, p. 265.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

civil est interprété avec comme contrepoint une interprétation de l'article 1104 et la référence à la « *bonne foi* » que certains considèrent comme « morale ». La « loi » de l'article 1103 du Code civil serait donc la contrainte du contrat, sa lettre au moment de la conclusion du contrat en tant que règle juridique interpartes, la loi en tant qu'elle est applicable au contrat, tel qu'elle existe au moment de la conclusion du contrat ou telle qu'elle existera aujour où le juge se prononcera (y compris par un revirement de juridspudence s'appliquant tout à la fois à la norme et à ce contrat objet de l'arrêt) : il convient de lire l'article 1103 de la manière suivante, « *les contrats formés conformément aux normes juridiques en vigeur tiennent lieu de règle obligatoire à ceux qui les ont faits* ».

La difficulté réelle de ce fondement tient au fait que les normes contractuelles reposent pour beaucoup sur des habitudes, des standards juridiques, comme la faute, la bonne foi, le caractère raisonnable ou légitime ou loyal ou encore proportionné, etc. de tel mécanisme. Or ces standards, dont les caractères généraux sont posés par la Cour de cassation sont appréciés par les juges du fond souvent de manière souveraine, ce qui laisse une grande part à une certaine liberté d'appréciation du juge du fond, faisant ainsi échapper des notions fondamentales à la logique normativiste d'obligatoireté et de validité des normes juridiques.

26 L'opposition en ces deux fondements est radicale. L'idée de l'autonomie de la volonté réalise pleinement la conception selon laquelle la liberté des hommes, par exemple de contracter, est naturelle et qu'elle est supérieure aux lois, de sorte que les limitations à cette liberté sont soit impossibles soit très restreintes et c'est cette supériorité, associée au principe de l'effet obligatoire qui résulte de l'engagement librement consenti, qui réalisent l'idéal de Justice. On aurait d'ailleurs tort de penser que cette conception est ancienne, voire dépassée, dans la mesure où elle correspond au contraire à l'idée assez moderne et présente du libéralisme maximaliste qui considère que les lois contraingnantes ne se justifient que dans des situations exceptionnelles, le contrat, la coopération assurant une forme d'autorégulation des marchés.

L'idée selon laquelle le contrat est obligatoire parce qu'il est conforme à la loi est au contraire le résultat d'une conception libérale distincte, selon laquelle les libertés n'existent pas simplement à l'état naturel, ou comme idée, mais parce qu'une loi, une norme juridique pus largement, la proclame et en garantit l'exercice.

Entre ces deux fondements, celui de l'autonomie de la volonté *a priori* indépendante de toute norme supérieure, et la soumission la norme supérieure, le droit français se rattache, par tradition philosophique mais également par conviction, à la seconde, quand bien même un certain

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

nombre de stituation juridique assure la discussion de la plénitude de ce fondement.

C'est le cas par exemple le champ international, où l'on observe, certes des contraintes, mais souvent trop complexes ou trop longues pour sérieusement et utilement expliquer le caractère obligatoire ou spontanée de la norme contractuelle.

Dans le champ international en effet, les normes juridiques applicables, outre les règles nationales ou internationales ordinaires organisant la solution des conflits de lois ou de juridictions, coexistent avec des normes « douces » et des méthodes de régulation alternatives. Les « Principes généraux du commerce international », les « Principes Unidroit », ou les Principes pour un droit européen des contrats » formulent des « règles » de source privée souvent respectées, notamment par les arbitres internationaux.

De même, les contrats internationaux sont soumis à un système juridique qui peut être une loi nationale. Toutefois, les parties sont libres de choisir n'importe quelle loi nationale à leur contrat interntional, même sans aucun rapport avec les parties ou l'objet du contrat. De même, les parties peuvent choisir que le contrat ne sera rattaché à aucune loi nationale mais à un systèle non étatique comme les Principes Unidroit, voire les Principes généraux du droit du commerce internation, informulés, ou la mythique *Lex mercatoria.* Enfin, les parties peuvent choisir de soumettre le litige éventuel qui pourrait survenir à une juridiction non étatique, un tribunal arbitral qui, dans l'arbitrage internationan est considéré comme ne disposant pas de « for », c'est-à-dire de système juridique national de rattachement.

Cette situation, moins exceptionnelle qu'on pourrait le penser, surtout face au développement des échanges internationaux, fonde l'idée que le contrat, international au moins, ou l'arbitrage international (qui repose sur un fondement contractuel) échappent à la contrainte étatique ou nationale et donc au fondement positiviste.

Si tel était le cas en droit français des contrats, il devrait en résulter que le caractère obligatoire du contrat ne s'explique pas, ou en tout cas entièrement et il faudrait alors délimiter les frontières de cette exception autonomiste, par la soumission du contrat à la norme juridique étatique, ou bien au contraire que le principe de l'autonomie de la volonté, universel, connaît une ou des exceptions nationales, voire qu'existe un autre fondement.

27 L'idée de la *confiance légitime* qui animerait les contractants pourrait ainsi expliquer ou « co-expliquer » la raison du respect des contrats et de la soumission aux règles du commerce international.

Elle correspond alors à une forme de justification *sociologique* et

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

psychologique du comportement contractuel : pourquoi respecter un contrat ? Parce que la parole est engagée d'une part part que la violation de celle-ci pourrait être couteuse (ce qui renvoie à la conception économique) et surtout produirait un effet d'éviction du groupe social.

Cela se conçoit entre « grands commerçants », peu nombreux et finalement très liés par des intérêts voisins sinon communs, à supposer cependant que tous respectent les conditions pour qu'une telle confiance légitime prospère, mais sans doute moins dans une logique de prolifération des acteurs du commerce international.

En toute hypothèse, la conception positiviste permet d'expliquer l'impression de liberté naturelle qu'inspire le fonctionnement du droit des contrats internationaux. Si en effet on admet qu'un contrat soumis aux Principes Unidroit ou aux Principes généraux du commerce international, ce n'est pas parce que les parties se vouent une confiance légitime (réelle ou feinte), ni parce que les contractants disposent d'une liberté totale qui leur permet ainsi de s'abstraire de toute référence à une loi nationale quelconque, mais bien parce qu'une norme de rattachement, la norme française par exemple valide cette possibilité, ce qui avait été admis dans un arrêt de la Cour de cassation en 1990.

De même, si les arbitres internationaux peuvent se référer à ces mêmes principes, plutôt qu'à telle ou telle loi nationale, ce n'est pas en raison du caractère anational ou supranational de l'institution arbitrale mais bien parce que au cas où l'une des parties à l'arbitrage ne se soumettrait pas spontanément à la sentence arbitrale ou qu'elle considérerait que la sentence est afectée d'un vice quelconque, qu'elle dispose de la possibilité d'obtenir l'exequatur de la sentence ou de son annulation et que la décision d'exequatur ou le rejet de l'annulation dans ces conditions valide, ou habilite, le choix réalisé par les parties. Il suffirait donc qu'une loi nationale ne retienne pas la possibilité de se référer à une loi autre que nationale pour que la liberté, tout du moins à l'égard de cette loi nationale, s'évanouisse, et il suffirait que toutes les lois nationales ne rejettent pour qu'elle disparaisse : c'est donc bien par rattachement, par conformité, à un système normatif national qui proclame cette liberté que celle-ci existe.

b) Le mystère des fondements des règles du droit des contrats.

28 Il est bien entendu très difficile de les débusquer, sauf à s'en tenir à quelques généralités ou quelques grandes logiques en concurrence et rares, d'ailleurs sont ceux qui se risquent à réaliser cette description[46].

46 Cf. Th. Génicon, Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? in la place du juriste face à la norme, Dalloz, 2012, p.85.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Deux logiques principales se confrontent, lesquelles ne sont d'ailleurs ni uniformes ni univoques.

29 **i)** Le premier de ces fondements, plus familier aux juristes français, est le **fondement *moral*** qui se dégage des règles du droit des contrats.

Les exemples sont considérables à travers des instituions juridiques comme celle de *bonne foi,* de *faute,* d'adjectifs utilisés à foison *légitime*, *loyal*, *abusif, proportionné, raisonnable, dérisoire,* etc., mais encore des mécanismes juridiques, comme les vices du consentement, la cause, la technique de la résolution judiciaire, l'extension de la responsabilité contractuelle, etc. marquent les éléments relevant d'une *analyse morale minimaliste*, et selon laquelle à l'instar de l'un des livres phare de Ripert, *La règle morale en droit civil*, l'ensemble des règles, entendons des règles légiférées, des règles du Code civil et notamment des règles du droit des contrats, est déjà imprégné de morale, par référence à la tradition chrétienne qui a confectionné ces règles au cours du temps, reprise par la modernité de la Raison. Dès lors, point n'est besoin d'ajouter de la morale dans l'interprétation et surtout de « surmoraliser » l'interprétation des règles déjà morales du Code civil. Il n'est donc pas besoin d'assurer le contrôle des clauses déséquilibrées, ou de permettre au juge l'identification d'obligations « inhérentes » au contrat et non prévue par la lettre de celui-ci, par une interprétation volontariste et alors considérée comme exagérée, de l'article 1104, ex-1134, al. 3 du Code civil notamment.

Or, cette conception est confrontée à une autre analyse morale qui au contraire considère que, au contraire, le fondement du droit des contrats repose sur une morale adaptée à son temps, par exemple à celui des contrats issus de rapports de force déséquilibré, dans les rapports de droit du droit, de consommation, d'affaires parfois, et les derniers développements du *solidarisme contractuel* initié depuis le début des années 1990 ([47]) sont une illustration brillante et plutôt efficace d'une telle analyse morale, que nous dirons *analyse morale maximaliste*.

L'opposition entre les deux est très forte. Les tenants de l'analyse morale maximalistes tiennent les seconds pour les zélateurs d'une conception larmoyante, iréniste du contrat, d'une conception sociale, voire socialiste du contrat, tandis que ceux-ci tiennet les premiers pour les tenants d'une conception individualiste, économique voire « libérale » du contrat, ce sens libéral étant alors associé à sa caricature, la figure d'un ultralibéralisme pourtant assez absent dans la pensée juridique française.

47 Cf. D. Mainguy et J ;-L. Respaud, Droit de obligations, Ellipses, 2009, n°66.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Or la question du fondement libéral du droit des contrats ne fait pas de doute et correspond d'ailleurs à la réponse à la première question : le droit français, libéral, fonde l'obligatoireté du contrat sur la norme, libérale, qui le régit.

On peut penser cependant que l'analyse économique du droit ou des contrats est d'une part très peu usitée en France ou plus exactement chez les juristes français et surtout que l'analyse ici présentée comme *morale minimaliste* est très éloignée des méthodes et des concepts utilisés par l'analyse économique, de sorte que l'adjectif « individualiste », qui demeure moral, est préférable, ou à tout le moins celui ici présenté, d'*analyse morale minimaliste.* D'ailleurs les tenants de l'*analyse morale minimaliste* ne réclament pas la suppression de la notion de « faute », de « bonne foi », d'abus, de la théorie des ices du consentement ou encore de la cause, mais une interprétation de ces concepts selon l'analyse « classique » de ceux-ci, contre la forme de contamination qui résulte de décisions qui sont fondés sur des contrats particuliers mais ont vocation à s'appliquer à tous les contrats.

Quant à l'autre, l'*analyse morale maximaliste* n'est qu'apparemment sociale. En effet, ce n'est pas un contractant en tant que faiant partie d'un groupe déterminé, ou d'une classe sociale, sauf pour ce qui relève du droit du travail, que cette analyse propose des solutions particulières, mais en tant que contractant, au singulier, et fondées sur un renforcement des concepts classiques voire le développement de concepts nouveaux, le renforcement des pouvoirs du juge, etc. et qui s'inscrivent aujourd'hui derrière une perspective, celle du solidarisme contractuel ([48]).

Ce dernier, ouvertement fondé sur un concept d'équilibre dans le contrat, voire de justice morale, sans toutefois que les ressorts profonds, véritable engagement pieux ou vague notion moraliste, en soient véritablement révélés, ou plus exactement de redécouverte d'un équilibre qui aurait été perdu. Question de cycle sans doute, largement promu ou critiqué sous l'Ancien Régime, au début du XXème siècle ([49]) et retrouvé dans le courant des années 1990 et 2000et qui correspond et accompagne la montée en puissance des contrats d'affaires et les transformations que cela emporte ([50]) où le sens de la « coopération » dans le contrat interroge

48 Cf. D. Mazeaud, La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité, Mélanges F. Terré, 1999, p. 603.

49 R. Demogue, Traité des obligations en général, t.6, 1932, p. 3. Sa formule a fait florès : *« les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union ».*

50 C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p. 357.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la compréhension des juristes ([51]). Au-delà de la signification politique du « mouvement solidariste », dont on a pu dire qu'il était d'inspiration tantôt morale, tantôt sociale, il révèle que les modifications du droit des contrats, sous l'influence de celles du droit des contrats d'affaires inspire une analyse morale ([52]) ou éthique ([53]) faisant naître des notions comme

51*« Le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confèrent la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité. Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre »* : D. Mazeaud, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, *D*. 2002, p.2841. Adde D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003, p. 285 ; La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité, Mélanges F. Terré, 1999, p. 603, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in , in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit., p.57, Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime, Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p.235, La politique contractuelle de la cour de cassation, Mélanges Ph. Jestaz, 200-, p. 371 ; C. Jamin, Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 c. civ., in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 46 ; Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, Mélanges F. Terré, 1999, p. 125, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, 2001, p. 442 ; Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 c. civ. », D. 2002, Chron. p. 901, Quelle nouvelle crise du contrat, in La nouvelle crise du contrat, 2003, p. 7, Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit., p.1600 Et enfin, pour clore le débat, Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, Mélanges P. Didier, 2008, p. 247 et D. Mazeaud, La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises, Mélanges J. Hauser, 2012, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905.

52 Comp. Ph. Le Tourneau visant une « *obligation de se soucier de la situation de l'autre partie »* (Ph. Le Tourneau, La bonne foi*, Rep. Civ. Dalloz,* 1995, n°44 ; Adde : C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997.357) ou A. Seriaux vantant le contrat comme un « *haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre », (…) « la bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »* (A. Sériaux, Droit des obligations,Puf, coll. « Dr. fond. », n°55). Ou un « *Aidez-vous les uns les autres »* (D. Mazeaud, Rapport de synthèse au 94ème congrès des notaires*,* in Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Defrénois 1998, art. 36874).

53 T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Ethique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p. 207

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

celles de proportionnalité ([54]),de l'économie du contrat ([55]), de déséquilibre contractuel ([56]), de cohérence contractuelle ([57]), etc.

Il n'en résulte pas que le droit des contrats soit une sorte de catéchisme efficace, mais simplement que, en droit des contrats, le fondement moral peut être considéré comme une explication majeure de ses règles sans toutefois que ce fondement soit unique. A défaut, on n'expliquerait difficilement l'application stricte de la force obligatoire du contrat, la théorie de l'imprévision, etc.

30 **ii)** L'autre fondement possible, plus anlgo-américain, voire très américain est le fondement ***économique*** du contrat, envisagé comme concurrent d'un fondement moral.

Il s'agit ici d'une logique envisagée du point de l'*efficacité* de la norme contractuelle, substituée à l'analyse morale envisagée du point de vue de la *justice* de la norme. Or, l'analyse économique du contrat – même si le pluriel s'imposerait – se présente comme un concurrent de l'analyse morale, présentée comme l'analyse « juridique », où le critère de l'efficacité devient la technique de validation de la norme juridique.

L'analyse économique se fonde en effet sur un traitement de la crise de l'interprétation mais à travers une grille d'explication propre, celle de la méthode économique qui, depuis les années 1960, s'inscrit dans le mouvement de l'*Analyse économique du droit*, le mouvement *Law and Economics*.

Celui-ci aboutit à considérer que le système de *common law*et plus spécifiquement le droit américain est un système juridique efficace, à la différence des systèmes de *civil law* (dont le modèle est le modèle français). Principalement posée par Posner[58], la formule selon laquelle le droit américain de *common law* est efficace se fonde sur l'observation de décisions judiciaires, à la suite de l'article fameux de Ronald Coase ([59]), qui chercheraient à identifier des solutions économiquement efficaces, et non des solutions juridiquement assises, ou plus exactement de la

54 S. Pech-Le Gac, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000.
55 S. Pimont, L'économie du contrat, Dalloz, 2003.
56 V. Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, PUAM, 2000, L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002.
57 D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.
58 R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1992.
59R. H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44, E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, p. 183 s. Comp. D. Mainguy, « Le problème posé par le théorème de Coase. Le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental », *in*E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (dir.), *L'impact de la norme environnementale en milieu contraint. Exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoire Éditions, 2012, p. 108.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

méthode juridique, laquelle serait essentiellement formelle, déductive et autocentrée, une méthode digne du « néolithique » pour reprendre le mot clef d'une très vieille controverse ([60]). La critique se fonde notamment sur la méthode du *syllogisme juridique* et de la déduction permettant, à partir de faits identifiés et d'une règle de droit supposée claire et complète, d'en tirer une conséquence prévisible. Il en résulterait le fait que la méthode juridique permettrait en toutes circonstances de déterminer une solution « vraie ». Au-delà de la caricature, la méthode juridique serait ainsi systématiquement moins cohérente, moins réaliste, moins rationnelle, que la méthode économique ([61]). On retrouve là une querelle, de doctrine américaine, entre la méthode du *Law in books* qui serait la nôtre ou « pire », celle des Allemandsou des Suisses, et celle du *Law in action*, de la sociologie, du réalisme américain, dont procède par exemple le mouvement *Law and Economics*. Mais à bien des égards, c'est également celle qui opposa, au « moment 1900 », la méthode dite traditionnelle et ensuite considérée comme exégétique, et la méthode dite moderne, vite muselée cependant. Un exemple souvent cité par les économistes du droit est celui de la méthode du juge Hand dite « test de Hand » ([62]) qui compare dommage et prévention avec celle des coûts respectifs des dommages en fonction des mesures de prévention et du coût total des mesures de prévention. Par exemple pour expliquer une, dans un litige dans lequel un bateau s'était détaché et avait causé des dommages, le juge avait pris en considération la probabilité que le bateau se détache (P), la gravité du préjudice (L) et le coût des précautions possibles (B) : il y a faute si les mesures préventives B effectivement prises sont inférieures au produit P x L, système très simple à mettre en œuvre mais détaché de considérations fondées sur un standard moral.

Le droit américain de *common law*est donc efficace, selon Posner, en tant qu'il mime le marché et ne cherche pas à le contraindre, par des références qui seraient, alors, inefficaces. On reconnaît là les éléments de base de la démonstration de la philosophie économique libérale, dite parfois ultralibérale. Notons également que les références efficaces de l'*analyse économique* du droit sont bien entendu distinctes des références inefficaces de l'analyse concurrente et qui est l'analyse continentale, alors résumée en une *analyse morale* du droit, la morale pouvant être ici

60 A. Tunc, « Sortir du néolithique », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1956, no 4, *D.* 1957. Chron. 71 et *in* A. Tunc, *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, SLC, 1991, p. 65. Il écrivait par exemple : « Quand les problèmes politiques et sociaux menacent le monde et la France, nous ne pouvons plus cantonner nos étudiants dans "le droit des juristes". Si un doute était possible d'ailleurs, il serait de notre devoir d'éducateurs de donner à nos étudiants une formation trop large plutôt que trop étroite. »

61V., B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009, p. 24 s.

62*United States v. Carroll Towing Co.* 159F.2d 169, 173.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

tout ce qu'on veut, la morale sociale, la morale chrétienne, la morale républicaine, mais pas la référence à l'efficacité économique – la « morale économique » étant alors une oxymore –.

Ce libéralisme de référence de l'analyse économique correspond à une considération élémentaire, celle selon laquelle le bonheur est à identifier dans le bien-être économique, la satisfaction des besoins à partir de ressources rares, de sorte que l'*agent économique* est conduit à réaliser toute une série de choix, guidés par la *maximisation de ses richesses*. Il en résulte que le contrat social, de nature constitutionnelle, qui fonde cette relation entre les hommes sur la base des principes de liberté, ne saurait être affecté par des contraintes quelconques, et certainement pas par une simple loi qui viendrait, pour des raisons *morales* et non fondée sur une logique d'efficacité, modifier l'équilibre naturel que le contrat promet.

Le libéralisme de type continental, ou français, à l'inverse, établit une considération bien plus sceptique à l'endroit de la liberté, en sorte que les droits et libertés n'existent pas de manière « naturelle » ou spontanée, mais à partir du moment où ilssont posés par la loi. C'est la loi qui établit les droits et liberté, garantit leur exercice, et établit une sorte de « défenseuruniversel » de ces droits, par le biais d'un fonctionnaire d'autorité, préfet, recteur, procureur. Dès lors, ces droits et libertés sont par nature réglementés et lourdement réglementés. D'ailleurs le droit de l'Union européenne, dont nul ne songerait à discuter le caractère libéral, est un droit archi-réglementé.

Si, alors, la différence repose sur deux conceptions philosophiques du libéralisme, qu'en tirer pour l'affirmation selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » ?

Dans l'esprit des spécialistes d'analyse économique du droit, cette formule est un constat, une description. Elle signifie simplement que les scientifiques ont constaté et souvent vérifié que le droit américain de *common law* est efficace, dans la tradition *réaliste* américaine presque séculaire. Elle s'oppose ce faisant à la dogmatique juridique, de type continental ou américain d'ailleurs, et notamment française, qui supposerait que les normes juridiques pourraient toujours être identifiées sur la base d'une déduction fondée sur les principes de la logique formelle. La formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » tracerait donc une frontière entre le droit américain de *common law* et le reste, le droit américain qui ne serait pas de *common law* et surtout la cible, le droit continental, français, de *civil law*, qui ne serait pas efficace, discours entendu par exemple dans les universités québécoises. Il faudrait cependant vérifier que les règles françaises sont fondées sur unetelle méthode décrite comme « juridique » mais c'est ainsi que l'analyse économique du droit l'identifie pour la

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

décrire, la caricaturer et au final l'écarter, et vérifier, empiriquement, s'il est vrai, ou non, que *tout* le droit américain de*common law*est efficaceet que toutle droit français de droit civil n'est pas efficace. On peut surtout observer que cette méthode propose une confusion majeure, entre la description positiviste des normes, qui sont normes indépendamment de toute valeur, et qui est pourtant le postulat de départ de l'analyse économique, et la description jusnaturaliste des normes qu'elle promeut finalement, par recours à une valeur, celle de l'efficacité, quand bien même elle se serait substituée à celle de morale.

Si cependant la formule selon laquelle « le droit américain de *common law*est efficace » repose sur une considération de type philosophique, et donc non scientifique, elle pourrait être considérée comme signifiant que le droit américain de *common law doit être* efficace, c'est-à-dire que, constatant qu'il est possible que le droit américain de *common law*soit efficace lorsqu'il correspond aux principes de l'analyse économique du droit, telle doit être la direction et la méthode suivie. La formule bascule alors du domaine de la simple description du droit positif, vers une logique de prescription.

On pourrait même considérer que la formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » présente une plus grande vigueur dans la logique de prescription et qu'elle signifie « le droit américain de *common law* doit être efficacepour être juste », en sorte que le modèle de l'efficacité économique ainsi promu masque en réalité un standard de légitimité, de Justice, concurrent d'autres référents, d'autres valeurs, et notamment celles promues par le droit français de droit civil, à supposer que ce soit d'ailleurs exact, et que le meilleur moyen de parvenir à contourner l'inéluctable conflit de valeurs qui résulterait d'une présentation du droit américain de*common law* en termes de valeurs, est précisément de s'affranchir des valeurs et de l'analyse axiologique, plus exactement l'analyse morale, vers une logique d'efficacité, fondée sur des considérations de calcul mathématique, dont on se rend compte de la portée ésotérique en ouvrant n'importe quel ouvrage d'économie ou d'analyse économique du droit.

31 **iii)** un troisième fondement possible est le ***fondement sociologique***, en mesure de contredire ou concurrencer les autres.

En effet, une chose est une situation juridique *légale¸morale* ou *utile* et une autre est une situation juridique *habituelle*, disons d'usage.

Or bien des situations juridiques ou contractuelles, par exemple dans le secteur des affaires et de la distribution, correspondent à des hypothèses dans lesquelles se répètent des pratiques simplement parce qu'elles sont considérées comme nécessaires ou obligatoires. Les exemples sont nombreux, des clauses de non concurrence aux promesses

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de contracter, etc., de situations juridiques qu'il est très difficile de renverser, notamment lorsque la seule contrainte est le risque d'unprocès, souvent bien lointain au moment où le choix de telle situation se présente.

4. CONTOURS ET EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE LA DISTRIBUTION

32 **Description des contrats d'affaires**. Il n'est pas aisé de déterminé ce qu'est un contrat d'affaires ([63]), cette détermination procédant davantage par description, intuitive ou empirique, que par définition. Les raisons en ont déjà été dites ; elles sont corollaires des raisons de l'observation de l'absence d'un droit des contrats d'affaires.

A. BREVE HISTOIRE DE LA DISTRIBUTION

33 A bien des égards, la « distribution » n'a pas d'histoire ou bien elle existe depuis toujours, si on l'assimile au « commerce ».

Toutefois, les économistes envisagent trois tyes d'agents, ceux qui relèvent de la production, de la distribution et de la consommation, où la distribution est saisie comme une activité de service d'intermédiare chargé d'aider à la commercialisation des produits et services de la production, vers la consommation.

C'est alors essentiellement à la fin de la seconde guerre mondiale que la distribution a pris son essor, parce que la « consommation de masse » est apparue, même si la spécialisation du commerce avait commencé dès le milieu du XIXè avec les « grands magasins » dont le Bon Marché d'Alexandre Boucicaut (1852) qui réinvente le marché traditionnel : rassemblement des offres dans un point de vente aménagé, nombreuses références, services associés, affichage des prix, prix attractifs, etc.

La distribution s'émancipe cependant avec la « grande distribution » et les magasins en « libre service » ; de grande ou petite surface, peu importe, avec des références en nombre considérables, des prix peu élevés, un parking, des stocks, etc. L'idée ici est, pour des commerçants, de se rassembler pour acheter en masse et bénéficier des tarifs les plus bas possible des producteurs, selon diverses techniques juridiques.

L'essor et le succès sont considérables, emportant une menace de disparition du « petit commerce indépendant », lui-même succombant à la vague de la franchise, jusqu'aux années 2000, mais connaît un certain déclin, relatif, avec l'apparition du e-commerce notamment, mais aussi

63 Comp. V. Cadoret, refléexsions sur les contrats d'affaires, Th. Droit Montpellier, 2011.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

une certaine lassitude des consommateurs, une recherche d'authenticité, de circuits-courts[64], etc.[65], visant à « mieux consommer ».

La consommation alternative permet la création de nouveaux réseaux et la recherche, pour la grande distribution, de nouvelles méthodes de distribution, supposant d'ailleurs de prendre en compte l'agriculteur, souvent ignoré, intégré ou méprisé jusque là.

L'« ubérisation » de l'économie a eu aussi une influence, sur la clientèle des taxis, des hôtels, y compris via des pratiques largement susceptibles de critique, par exemple lorsque l'argument était le prix, contre les services, dont la modération est devenue plus relative[66] et emportant des réactions juridiques, visant à contraindre les loueurs de meublés par exemple ou à requalifier des contrats comme ceux des livreurs d'une plateforme.

B. – COMPLEXITE ET DIVERSITE DES MODES DE DISTRIBUTION

1. Les « formes » de distribution

34 Les opérations de distribution, on parle souvent aussi des « formes de la distribution » sont souvent présentées comme complexes et diverses.

Pourtant toutes s'articulent autour d'une fonction économique finalement simple : sélectionner des produits ou des services, les « acheter » à des « producteurs », et les « revendre » ([67]) à des « consommateurs », qu'ils soient des consommateurs au sens du droit de la consommation ou des professionnels utilisateurs terminaux, industriels ou eux-mêmes revendeurs. En ce sens, l'acte de distribution n'est jamais que la version moderne de l'acte de commerce type.

Cependant, si le modèle économique de la distribution est ainsi brossé, il peut emprunter des voies parfois très différentes : la distribution des services se rapproche parfois d'une logique d'achat revente, comme an matière voyages, mais elle est très souvent une production d'un service par le distributeur selon les consignes du « fournisseur » comme le

64 Comp. S. Grandvillemain, « Le système AMAP : zone de non droit ? » JCP E, 2015, 1279.

65 Com. Les crises de la grande distribution, Rev. française socio-éco 2016, n°16, p. 19.

66 « L'ubérisation : l'appréhension par le droit d'un ephéonmène numérique », D. IP :IT, 2017, p. 132, P. Van Cleynenbreigel, « Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative », RTDeur. 2017, p. 697.

67D. Ferrier, L'achat pour revendre : un contrat méconnu, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy 2009, p. 179 ; D. Mainguy, La revente, Litec, 1996.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

modèle de la franchise le propose.

Dans d'autres situations, les opérations de distributions associent de nombreux opérateurs distincts, comme dans les relations de la grande distribution. D'ailleurs, ces relatiosn entretiennent une certaine ambiguité dans les fonctions de chacun : le distributeur qui fait fabriquer des produits à « marque de distributeur » n'est-il pas un concurrent des producteurs ? Le distributeur qui propose tout une série de services, location de véhicule, carte de paiement, agence de voyages, financement, assurance, installation, etc. est-il encore un « vendeur » de produits ? Le mouvement d'intégration de fonctions est ainsi un élément de brouillage.

De même, le mouvement de « succursalisation », par opposition à l'indépendance des points de vente, transformant un ensemble de distributeurs, indépendants, commerçants, chefs, d'entreprise, etc., en une masse énorme de points de vente, dirigés par des salariés, dans une logique d'uniformité et de rentabilité propose une alternative à la distribution traditonnellement entendue.

35 **L'intermédiation commerciale.** La logique d'intermédiation commerciale est tout à la fois commune et spéciale à toutes les opérations de distribution[68].

Ainsi, et de manière commune, le distributeur est, par nature un intermédiaire du commerce : il se contente d'acheter un produit fini et de le revendre, assumant les fonctions du distributeur (stocker, sélectionner, etc.), très souvent sans rien y changer ou de manière finalement mineure : adjonction d'un service, comme une garantie, la présentation du produit, son installation, sa comparaison avec d'autres, etc., ou adjonction d'un autre produit, présentation d'une gamme de produits, etc. De manière spéciale, l'intermédiaire du commerce peut aussi être spécifié comme celui, précisément, qui n'achète ni ne revend, mais se présente comme un mandataire. D'où une confusion sur les modèles juridiques applicables aux formes de la distribution. On y trouvera ainsi des modèles fondés sur la figure du mandat et d'autre sur la figure de l'achat pour revendre. On trouvera des réseaux de distribution, organisés autour d'une marque, réalisés par des distributeurs, ou bien par des producteurs, etc.

Mais chaque fois, la question de la distinction ou du choix du modèle, mandat ou achat pour revendre, se posera, au moment d'établir la relation, et plus souvent au moment où les difficultés s'accumuleront et que le distributeur déçu ou évincé cherchera à obtenir une indemnisation maximale contre son ex-partenaire. Or, l'image de l'intermédiaire mandataire offre, à travers la figure du mandat d'intérêt commun ou de

68 Cf. Ph. Grignon, L'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 2001, N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelle, LGDJ, 2007.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'agence commerciale, une attraction considérable, alors même que les modèles juridiques sont opposés. Au mandat, l'ubiquité, à l'achat pour revendre l'indépendance.

Cela étant, cette généralisation ou cette spécification ne sont pas satisfaisantes, d'une part parce qu'au compte de la généralisation, tous les distributeurs sont des intermédiaires du commerce, ce qui déplace sémantiquement la description, sans la réaliser, et qu'à celui de la spécification, elle n'apparaît nullement dirimante. En outre, elle n'explique pas la nature de service qu'est la distribution : outre le fait, mécanique et économique d'acheter à un prix et de revendre à un autre prix, plus élevé, la distribution ajoute des services plus ou moins tangibles. Il peut s'agir de services rendus aux producteurs, par exemple sous la forme d'une exclusivité consentie, de la valorisation d'une marque, d'un produit ou d'une gamme de produits, ou de services rendus aux consommateurs, la fonction de sélection des produits, le risque pris à cette sélection, des garanties, des présentations, installations, etc. L'acte de distribution ajoute donc un ou plusieurs services aux ventes qui sont, en outre, réalisées.

En outre, si le modèle pédagogique de la distribution est celle de produits, comme la vente sert de modèle pédagogique à l'étude des contrats, les opérations de distribution s'élargissent à la distribution de services et, pourrait-on dire, dans une société de services, les dépassent, qu'il s'agisse de la distribution de services bancaires, d'assurances, de produits financiers, de conseils, d'hôtellerie, de restauration de location de choses diverses, de voyages, etc.

Là encore, d'ailleurs, l'uniformité de règne pas : le distributeur de services bancaires, par exemple ne réalise aucune prestation de service bancaire mais ne fait que « vendre » un ensemble de « produits » bancaires standardisés d'un « producteur » de ces services, alors qu'un distributeur de restauration ou de conseils réalise lui-même la prestation, mais dans des conditions également standardisées et prescrites par une tête du réseau de distribution.

L'opération de distribution peut ainsi être décrite comme une opération d'intermédiation visant à assurer la vente d'un produit ou la réalisation d'un service, réalisé par le distributeur ou plus usuellement par autrui.

Le distributeur est ainsi un intermédiaire, disons du commerce encore que cela puisse dépasser les frontières traditionnelles du droit commercial, par exemple dans le domaine juridique, agricole, comptable, demain pharmaceutique, etc., qui assure la commercialisation de produits ou de services auprès d'utilisateurs d'aval, des consommateurs ou des professionnels.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

36 **Diversité des formes de distribution.** La plus ancienne et la plus évidente des opérations de distribution est constitué de l'achat pour revendre, identifié comme tel par l'article L. 110-1 du Code de commerce et qui est, en soit, un ensemble contractuel très complexe, derrière son apparente simplicité, constitué de deux ventes successives, mais nécessairement identiques ([69]).

En outre il n'est pas certain, au-delà du constat que cette opération n'est pas descriptive de l'ensemble des opérations de distribution, que même pour la distribution de produits, elle en soit représentative. Ainsi, l'image, visitée par Zola dans *Au bonheur des dames,* de l'intermédiaire de commerce, on ne dit pas encore distributeur, point de passage obligé entre le producteur et le distributeur, une *maison de commerce* ou un *grand magasin*, souvent multiple, du grossiste, au semi-grossiste et au détaillant, avant de parvenir au distributeur, dont quelques vestiges demeurent, comme l'épicier de quartier ou quelque quincaillerie vieillissante, est devenue plus une image ou un souvenir qu'une réalité économique sérieuse.

En effet, la fonction de distribution s'est professionnalisée et même financiarisée et point seulement dans le domaine de la grande distribution, au point que certaines évoquent une « industrie de la distribution » ([70]) pour évoquer cette professionnalisation. Celle-ci repose sur des éléments comme l'appropriation des points de vente, voire leur construction, la centralisation des achats ou du stockage, voire du transport, le développement de marques, de savoir-faire, de publicité, permettant l'identification de réseaux de distribution et de groupes de distribution parfois très puissants, et souvent très profitables.

Il n'est que d'imaginer les difficultés inhérentes au management de la distribution pour se rendre compte des difficultés économiques et techniques liées à la gestion de ce type d'activité. Bien des distributeurs réalisent des achats à l'étranger, ce qui suppose de gérer des activités aussi diverses que le transport, le stockage, le maintien des conditions (de froid de chaud, d'équilibre, de fragilité, etc.), mais également la maîtrise technique des produits ou encore, la financiarisation des activités économiques aidant, la gestion des « arbitrages », financiers, la question de la détermination di moment idoine pour acheter, sélectionner les offreurs, ou payer, la gestion des « prix de transferts », etc. particulièrement présente dans le secteur de la distribution des textiles par exemple.

---

69 D. Ferrier, « L'achat pour revendre : un contrat méconnu », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy 2009, p. 179D. Mainguy, La revente, Litec, 1996.

70 Cf. supra et comp. D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°10.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

2. Les formes contractuelles de distribution

37 Un droit contractuel spécial de la distribution ? A bien des égards, le droit de la distribution est fondé sur des contrats, comme une famille particulière et commune tout à la fois. Certains de ces contrats sont des dérivés de contrats connus du Code civil. C'est le cas, notamment, des contrats de représentation. D'autres sont plus originaux, que l'on désigne comme les « contrats de distribution », et identifiés sous des désignations particulières, contrat d'approvisionnement, contrat de fourniture, contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat de concession commerciale ou de distribution exclusive, contrat de distribution sélective, contrats de la grande distribution.

38 Distinctions poreuses. Les distinctions entre tous ces types de contrats sont apparemment évidentes. Les contrats de représentation, par exemple, se distinguent de manière apparemment simple et organisée, les contrats fondés sur le mandat, donc sur une technique de représentation parfaite ou transparente, et les contrats fondés sur la commission, donc sur une technique de représentation imparfaite ou opaque, voire sur les contrats de courtage, renouvellés notamment par les pratiques du commerce életronique, mais qui ne sont qu'apparemment des contrats de représentation. Des sous-distinctions opèrent alors, les contrats de mandat, par exemple, comme forme générique de ces contrats, le contrat de mandat d'intérêt commun, dès lors que le mandataire partage un intérêt commun avec le mandant, justifiant alors un contrôle judiciaire des conditions de la rupture ou, à défaut, le paiement d'une indemnité, le contrat d'agence commerciale qui correspond tout à la fois à une forme d'organisation et d'encadrement légaux du précédent et à l'histoire d'un statut. S'ajoute, dans cette histoire de la représentation, la famille des contrats de VRP, aujourd'hui inscrits au sein du Code du travail, mais encore, pour brouiller les pistes, le statut particulier de gestion de succursales (C. trav., art. L. 7321-1 s.). Tous ces contrats, ou statuts, se heurtent à la difficulté de la rupture de ces contrats, où la question d'une indemnité de rupture, dite aussi de clientèle, se fonde sur l'idée que le « représentant », quel qu'il soit, assure la création ou le développement d'une clientèle, pour le compte du mandant. Là se trouve la difficulté, fondée sur la question de l'« appropriation » de la clientèle et, ce faisant, de la justification d'une indemnité.

A l'inverse, ce que l'on entend par les « contrats de distribution » se présentent comme fondés sur la vente, des contrats-cadres de distribution, ou sur des prestations de services. Par conséquent, le distributeur « classique » est un commerçant indépendant lié par un contrat à une « tête de réseau » qui peut être un producteur qui maximise la distribution

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de ces produits ou un distributeur lui-même, qui est donc propriétaire de sa clientèle, achète, revend, en une liberté contrainte par un certain nombre de clauses de ces contrats, clauses d'exclusivité, conditions d'approvisionnement, de revente, etc., de manière plus ou moins sophistiquée.

Or ces distinctions, apparemment claires sont poreuses. Ainsi, le distributeur classique est le propriétaire incertain d'une clientèle, en raison, précisément, de l'effet d'attaction, ou de contrainte, que représente le contrat de distribution sur le distributeur, fondant un contentieux important autour de la rupture de ces contrats, dont un impensé, celui de l'existence d'une indemnité de clientèle qui lui serait due, *comme si* le distributeur *représentait* la tête de réseau. La question, en effet, pourrait se poser de savoir si le distributeur, le franchisé par exemple, n'est pas, en même temps un représentant de la marque du franchiseur, au moins intellectuel, ne serait-ce que pour justifier l'importance de ce contentieux de la rupture, par exemple dans le cas des contrats de la grande distribution, qui se présentent comme des contrats souvent fondés comme des contrats d'enseigne ressemblant à des contrats de franchise. D'ailleurs, dans la rédaction anglo-américaine de certains contrats d'affaires on trouve des clauses de *« non-agency »* c'est-à-dire de non représentation de manière, précisément, à lever tout doute relatif à l'hypothèse d'une représentation non contrôlée, forme de clause visant à lever une apparence qui pourrait découler d'une lecture du contrat[71].

Cette porosité peut être illustrée encore par la remise en cause de la qualifiation et du régime de contrats de distribution fondés sur la vente en contrats de gestion de succursales (C. trav., art. L. 7321 et cf. infra, n°), maus aussi par des pratiques contractuelles entretenant un certain flou, comme le contrat de commission-affiliation, utilisé comme alternative à la franchise de distribution, dont la qualification hésite entre l'association d'un contrat « d'affiliation », c'est-à-dire d'enseigne et d'un contrat de commission à la vente et celle de contrat d'agence commerciale, dont l'enjeu est, précisément, la question de l'indemnité de rupture de contrat, ou de clientèle.

39 Principaux caractères spécifiques des contrats de distribution. Les contrats de distribution ne bénéficient que de très partielles dispositions spéciales, les articles L.330-1 et suivants, L. 341-1 et 1, L. 442-1 et suivants du Code de commerce notamment, de telle manière qu'aucune spécificité apparente n'isole ce type de contrats du modèle de contrat tel qu'il résulte des applications particulières du droit commun

[71] Cf. F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz Action, 2012, sp. n°32.31.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

des contrats. Parmi celles-ci, toutefois, certaines règles, de droit des contrats, semblent orirentées vers les contrats de distribution, comme l'article 1111 du Code civil qui détermine les contrats-cadres et d'application, en des termes trop généraux pour être opérfationnel, l'article 1165 qui envisage la question du prix dans ce type de contrat. Ce sont donc, par principe, les règles du droit commun des contrats qui assurent le fondement légal des principales difficultés rencontrées par la formatin, l'exécution ou l'extinction de ces contrats. Cette situation est d'autant plus étonnante que, à travers les innovations jurisprudentielles parmi les plus remarquables du droit des contrats, les contrats de distribution apparaissent, en transparence, en permanance.

Cet intérêt pour ces contrats repose sur la densité contentieuse qui leur est attachée laquelle peut s'expliquer par un certain nombre de caractères dont quelque uns peuvent être soulignés.

La durée, en premier, constitue un caractère essentiel et déterminant de ces contrats, par opposition aux contrats qui s'exécutent sinon dans l'instant du moins dans un temps rapide. La durée de ces contrats suppose une constance dans l'excution réciproque des contrats de distribution, comme si leur achèvement n'avait été projeté.

Un deuxième caractère repose sur l'« intérêt », entendu comme alternative à la notion de cause ou de but, des contrats de distribution. L'intérêt au contrat pourrait se présenter comme partagé : les parties partageant un même intérêt à la conclusion et à l'exécution du contrat. L'intérêt est plus à considéré comme double : chacune des parties à un intérêt, différent, à la conclusion puis à l'exécution du contrat. Chacun de ces intérêts est considéré comme complémentaire au moment de la formation du contrat, mais leur variation est susceptible de déclancher des modifications dans l'exécution du contrat, en termes de changement de circonstances économiques ou de rupture du contrat.

Un troisième caractère repose sur la densité économique de ces intérêts et, donc, des enjeux associés au respect des règles, contractuelles ou légales, applicables, de telle manière que les litiges qui peuvent en naître sont susceptibles de dégénérer en contentieux lourds et inévitables.

B. DIVERSITE DES BIENS DE LA DISTRIBUTION

40 **Le problème du fonds de commerce et de la clientèle.** Modèle classique et légal de l'activité commerciale, propriété immatérielle du commerçant, du distributeur, le fonds de commerce est au cœur d'un certain nombre de difficultés considérables et que l'on peut présenter en termes d'appropriation réelle ou d'autonomie en ces termes : le commerçant-distributeur dispose-t-il d'une clientèle propre qui lui est propre ? La question paraît saugrenue dans une conception classique du

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fonds de commerce puisque ce dernier est en relation avec la clientèle, qui détermine l'élément essentiel du fonds de commerce, qui constitue le commerçant. Pourtant, présentée du point de vue de l'autonomie ou de l'indépendance du commerçant, associés à une conception objective du fonds de commerce comme identifié aux techniques d'attraction de la clientèle, et non de la clientèle elle-même (qui est au contraire volatile et à qui saura la conquérir), et donc à la notion de marque notamment, la question peut être reposée. Le franchisé, le distributeur « intégré » est-cil bien titulaire d'une clientèle propre, celle-ci est-elle partagée, etc. ? Les réponses données sont alors d'une importance considérable s'agissant des relations du distributeur avec son bailleur, mais également de son statut, le distributeur, acheteur-revendeur, ne redevient-il pas un simple intermédiaire du fait de cette « perte » du fonds de commerce (cf. infra) ?

41 **Marques, savoir faire, publicité.** Par ailleurs, parmi les « biens » de la distribution, il convient de signaler l'importance considérable des signes distinctifs divers, dont le droit de marque, sous toutes ses formes, et des « techniques », comme le savoir-faire, à la base de la considération du contrat de franchise notamment.

Au-delà cependant, c'est l'occasion de souligner le lien, évident et majeur, existant entre le droit de la distribution et le droit de la propriété industrielle.

C. DIVERSITE DES CANAUX DE LA DISTRIBUTION : LES ACTEURS DE LA DISTRIBUTION

42 Au-delà des acteurs d'amont, les producteurs, ou d'aval, les consommateurs, sauf lorsqu'ils s'immiscent dans la distribution, par des vente diectes aux consommateurs ou parce que des consommateurs s'organisent en coopérative ou réalisent des opérations de distribution (home party), les acteurs de la distribution sont multiples, y compris « publics » dans des situations de monopoles publics, éventuellement concédés.

1. Les diffuseurs

43 Les diffuseurs sont des opérateurs sont la fonction est de présenter des produits ou de services en vue de leur vente ou leur prestation. Le diffuseur peut être un salarié d'un producteur, ou bien un intermédiaire, plus ou moins indépendant, VRP, agent commerciale, commissionnaire, etc., rémunérés sur la base d'eune « commission », à la vente.

2. Les grossistes

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

44 Le grossiste est un opérateur dont la fonction est de commercialiser des produits (ou de services à) auprès de professionnels, des détaillants.

Autrefois figures majeures et incontournables de la distribution, ils ont commencé de décliner avec l'apparition de la grande distribution qui a effectué, mieux et moins cher, les fonctions classiques des grossistes, la sélection des produits et l'orientation de l'achat.

Le renouveau est venu de la standardisation de certains produits, ceux de la restauration et de l'hôtellerie notamment/

3. Les détaillants

45 Les détaillants sont les distributeurs qui commercialisent des produits et des services aux utiliateurs, directement.

La catégorie n'a rien d'homogène.

On trouve des *détaillants producteurs*, dans le secteur agricole ou artisanal, des *détaillants généralistes*, rarissimes aujourd'hui sinon dans le secteur de l'épicerie de nui, mais surtout des *détaillants spécialisés*. Certains sont indépendants, de moins en moins sinon encore dans le secteur du service à la personne (coiffure, santé), d'autres sont des détaillants en réseau.

Certains de ces détaillants en réseau le sont sur la base d'un contrat organisant le « petit commerce », pour le transfigurer d'ailleurs : c'est tout le secteur de la distribution en réseau, dont la franchise tient la plus grande part.

D'autres le sont dans le secteur de la « grande distribution », qui présente la spécificité de proposer l'adhésion (ou la vente) d'un magasin à une « centrale » de référencement avec laquelle une organisation générale de la distribution est proposée (cf. infra), le tout sous divers « formats » : hypermarchés, supermarchés, supérettes, proximité, discompte, drive, etc. ; dans le secteur alimentaire ou non, etc.

4. Le commerce en ligne, les plateformes numériques

46 **Révolution numérique ?** Le commerce, la distribution, « physiques » de produits et de services offre l'apparence d'une relation physique de distribution, de relation entre un consommateur qui se rend dans le magasin d'un distributeur, lequel visite ou est visité par un fournisseur ou son représentant est souvent une vue de l'esprit : la théorie des contrats entre absent n'a pas attendu l'apparition des techniques électronique pour prospérer, de même que les catalogues, notamment ceux des entreprises de vente par correspondance ont depuis longtemps

été un mode essentiel de distribution. De même, les producteurs ont toujours cherché, par divers moyens à dépasser l'écran que le distributeur opposait à une relation avec le consommateur, par le développement de marques à forte renommée, des relations directes, etc.

Dès lors, la « révolution numérique » se développe essentiellement à travers le fait que les transactions sont dématérialisées, autant que par l'avènement d'un commerce dématérialisé. Celui-ci n'est possible, en effet, que pour des services, à les supposer dématérialisables. Une « cyberdistribution » ([72]) se développe ainsi sans que la distribution soit toujours véritablement numérique. La distribution des produits par des canaux électroniques se limite ainsi à la dématérialisation de la transaction. Ce que l'on désigne généralement comme relevant du commerce électronique suppose ainsi que des sites de vente ou des plateformes électronique présentent des produits, sous forme de catalogues électroniques proposant une conclusion dématérialisée de vente par celles-ci et, ce faisant, une substitution, totale ou partielle des exploitants de ces plateformes, dont les plus connus sont Amazon, eBay ou Aliexpress par exemple, généralistes ou spécialisées, dans pratiquement tous les compartiements du commerce dit traditionnel, ou de sites propres à un producteur ou un distributeur ; en revanche, tout le reste de la transaction demeure physique. Dès lors, le commerce électronique se présente en premier comme une alternative à la distribution traditionnelle, fortement attractive pour les consommateurs, à la fois par la facilité proposée de conclusion de contrats, via un ordinateur ou de plus en plus, un smartphone ou quelque autre appareil connecté et donc comme une forme de *concurrence* nouvelle. C'est d'ailleurs essentiellement par les outils du droit de la concurrence que les « frottements » entre commerce électronique et tradtionnel sont traités, notamment dans les logiques de la distribution sélective et les autorités de la concurrence ont eu, très tôt, l'occasion de reconnaître d'une part la liberté de choix d'une forme de distribution par un producteur ou un fournisseur, traditionnelle ou électronique, et l'impossibilité d'interdire, par principe, le recours, pour un distributeur, à des ventes électroniques, notamment depuis l'arrêt *Pierre Fabre* de la CJUE du 13 octobre 2011 [73], connaissant d'ailleurs bien des développements depuis (cf. infra, n°).

47 **Les contrats du commerce électronique.** En revanche, il apparaît que la révolution numérique emporte des conséquences majeures d'une

72 S. Alma-Delettre, « Cyberdistribution », J.-Class. Contr. Distr. Fasc. 3880.
73 CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence,* D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, obs. D. Ferrier, 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

part dans la conclusion et la preuve des contrats et dans l'organisation de nouvelles formes de distribution. S'agissant de la conclusion des contrats en ligne, le législateur s'en préoccupe depuis longtemps, à la fois sur le processus de conclusion, depuis 2000 avec des solutions réaménagées dans le Code civil à la suite de la réforme du droit des contrats de 2016 (C. civ., art. 1127-1 s.) mais également dans les dispositions du droit de la consommation, s'agissant de la considération des « ventes à distance » d'une manière générale (C. consom., art. L. 221-1, s'agissant de sa définition et son régime ; art. L. 111-1et2, L. 221-5, 11 et 12 s'agissant des informations particulières à fournir au consommateur).

Les problèmes sont ici considérables et, à bien des égards, il n'est pas certain que les outils légaux soient bien utiles face aux logiques de ces nouvelles formes de commerce. Le mirage d'un consentement plus éclairé par les offres s'est très vite évaporé devant la nature réelle des contrats conclus par les sites de commerce électronique, souvent établis dans des territoires lointains, au droit parfois très différents des droits locaus des utilisateurs.

48 Les formes de commerce électronique : les plateformes. S'agissant de nouvelles formes de commerce, au moins trois formes particulières émergent spécifiquement ([74]). En premier, des plateformes électroniques, formule retenue par l'article L. 111-7 du Code de la consommation en suite de la loi du 18 octobre 2016 « Pour une République numérique », ou places de marché pour traduire la formule anglaise de « *market place* », mais aussi des sites de comparateurs de prix, surtout saisis par les règles du droit de la concurrence ([75]). L'article L. 111-7 du Code de la consommation ([76]) propose ainsi une définition

74 Comp. Avis ADLC, n°12-D-20, 18 sept. 2012, relatif au commerce électronique.

75 Déc. Comm. UE, 27 juin 2017, *Goggle Shopping*, condamnée à 2,4 milliards d'euros d'amendes pour abus de position dominante.

76 « I.-Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. II.-Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis

très peu complète comme un opérateur qui propose, à titre professionnel « un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service », et en imposant diverses obligation d'informations, assez générales : « 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels ». peu de choses donc.

Les plateformes ou places de marché représentent les principaux sites, généralistes ou spécialisés ; ils sont des distributeurs, électroniques, des « intermédiaires enttre des vendeurs et des acheteurs en offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique », comme le décrit l'avis du 12 septembre 2012 de l'ADLC sur le commerce électronique. Sur le plan du droit des contrats, le rôle juridique de ces plateformes est difficilement identifiables : mandat, courtage, vente revente, tout y est possible. La mise en relation entre deux opérateurs, qui semble dominer le modèle juridique de ces plateforme milite pour un renouveau du contrat de courtage, comme on l'avait déjà observé aux temps où l'on s'interrogeait sur le rôle des centrales de référencement dans la grande distriubution.

---

en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. Un décret précise les conditions d'application du présent article en tenant compte de la nature de l'activité des opérateurs de plateforme en ligne. Ce décret précise, par ailleurs, pour tout opérateur de plateforme en ligne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels, les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité au sens de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Ce décret fixe également les modalités selon lesquelles, lorsque des professionnels, vendeurs ou prestataires de services sont mis en relation avec des consommateurs, l'opérateur de plateforme en ligne met à leur disposition un espace leur permettant de communiquer aux consommateurs les informations prévues aux articles L. 221-5 et L. 221-6 ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

49 L'économie collaborative. L'économie collaborative est l'une des pépites issues de la révolution numérique ([77]) : elle permet d'isoler des « communautés » à l'intérieur desquelles des échanges, gratuits ou non, peuvent s'élaborer. De *Uber* à *Wikipedia* en passant par des sites comme *Blablacar* ou *LeBonCoin*, les plateformes de financement participatif, ou plus confidentiels d'échanges de recettes cuisines (*Marmiton)* ou de places pour se loger pour unenuitée (*Couchsurfing*), les expériences sont diverses. Très vite cependant, le mirage de la gratuité s'est évanoui ([78]) sous l'impulsion d'entreprises qui monétisent ces échanges, comme c'est le cas de la plupart des sites organisant des réseaux sociaux, à travers la monétisation de soi-même, de ses données personnelles, alimentant un *big data* aux contours mal dessinés mais apparement très valorisé. Dès lors le contrat conclu avec un de ces sites est bien un contrat, et un contrat conclu à titre onéreux, entrant dans le champ du droit de la consommation ([79]), appelant le dessin d'un contrat de fourniture numérique ([80]). La dématérialisation des contrats s'infère par ailleurs de l'absence de frontières, de telle manière que les contrats sont conclus, souvent, via des sites « territorisalisés » par des adresses électroniques nationales ou régionales, mais avec un opérateur souvent isuté à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, avec un certain nombre de clauses trompeuses ou du moins abusives au regard du droit français, en matière de garantie, de traitement des données personnelles, ou d'attribution de juridiction, traités dans des conditions générales d'utilisation ou de vente qui ne sont pas lues ([81]), ceci sans évoquer les

77 M. Clément-Fontaine, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 140, P. Terrasse (dir.), *Rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative*, février 2016.

78 C. Zolynski, « La gratuité en questions », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p.XI , G. DangNguyen, S. Dejean et T. Pénard, « Gratuité sur internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*,*ibid.*, p. 91

79 Paris, 12 février 2016, pôle 02 ch. 02, arrêt n° 201658, *Facebook*.

80 V.-L. Bénabou, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT*, 2017 p. 7J. Rochfeld, « Le "contrat de fourniture de contenus numériques" : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15.

81 Comp. les CGU de Pinterest, résumant leur clause limitative de responsabilité « Nous élaborons le meilleur service possible pour vous, mais nous ne pouvons pas promettre qu'il sera parfait. Nous ne sommes pas responsables de certaines choses. Si vous pensez que nous le sommes, nous tenterons de gérer les choses de la façon la plus sensée possible », ou la clause attributive de juridiction aux tribunaux de Californie « « La Baie de San Francisco est magnifique à cette époque de l'année. Peu importe la saison d'ailleurs, c'est ce qui en fait un si bel endroit ! Et si vous voulez nous poursuivre en justice, c'est ici que cela se fera ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

problèmes posés par l'élaboration de la preuve d'un contrat électronique, chaque fois que l'adresse IP du consommateur ne peut être précisément attachée à un consommateur particuler, ce qui est presque systématique.

On le voit donc, pour conclure, le traitement juridique des opérations nées du commerce électronique appelle tout à la fois à l'utilisation d'outils connus et à l'élaboration de nouvelles formes de traitement de ces relations, sous l'angle d'une refiguration des conceptions du droit de la consommation, du travail, des contrats, etc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

PARTIE 1

LA NEGOCIATION DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION
(NB non mis à jour de la réforme de 2016)

50 Les modalités de préparation d'un contrat et, par conséquent, de l'intervention juridique qui précède l'avant-contrat diffèrent très sensiblement selon les types de contrats. Pour les contrats « d'adhésion », le rôle des contractants consiste sans débat préalable à convenir de l'application à leur situation particulière de règles générales posées par anticipation par l'un d'entre eux : on est alors face à des formes de « *yes-no contracts* ». Le débat précontractuel se limite ici à la présentation, éventuelle d'ailleurs, d'un contrat, formellement ou non, dont seule une réponse « oui » ou « non » est attendue, et dont l'efficacité dépend de l'habileté du rédacteur du document sur lequel se fonde l'accord.

La construction de l'accord peut, enfin, être l'objet d'une procédure d'échanges, de discussions aboutissant à un contrat négocié. C'est essentiellement la préparation de pareils contrats qui interroge.

51 Ce temps précédant la formation de l'accord est occupé par divers échanges ayant pour objectif la conclusion de ce contrat et pour moyen un ensemble d'échanges multiformes que nous dénommerons *« négociation »* ou *« pourparlers »* termes peu spécifiques et empruntant au discours diplomatique, ou encore « *phase précontractuelle »* voire *« avant contrat »*¸formule assez ambigüe dans la mesure où, sans «-», l'« avant contrat » renvoie à l'idée générale de tout ce qui se présente avant le contrat, la négociation donc, et avec, l' « avant-contrat » désignant parfois les contrats préparatoires de la négociation.

On observe alors que le terme « négociation » est, comme de nombreux termes juridiques, ambivalent. Il identifie d'une part des procédés, des échanges, des discours, des palabres, que l'on peut désigner comme des « pourparlers », ou bien qu'on désigne comme la « négociation », le *« bargaining »*.

Il identifie d'autre part une période, celle de « l'avant contrat ». Avant le contrat, en effet, existe une période, la période précontractuelle, l'avant contrat, qui est, nécessairement, une période extracontractuelle. Le contrat, la période contractuelle, en effet, est celle où des effets produits par le contrat naissent, des effets obligatoires pour les plus remarquables d'entre eux, les obligations. Ce qui se déroule avant la période

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contractuelle, la période précontractuelle, est tout aussi bien désignécomme la « négociation ».

La négociation, l'avant contrat, c'est donc un ensemble d'actes ou d'actions et une période. Tout contrat est précédé d'une telle période de négociation, plus ou moins longue, plus ou moins intense, plus ou moins construite, mais tous ne sont pas précédés d'actes ou d'actions de négociation.

La négociation ainsi conçue s'applique à la recherche de multiples solutions dans des domaines et à des occasions extrêmement durs qui relèvent aussi bien de la diplomatie que du règlement des conflits individuels ou collectifs que de la plupart des accords commerciaux. Elle se caractérise par une volonté d'aboutir, un désir de conclure. Elle suppose la détermination des éléments « négociables » et par là-même, des éléments « non négociables ».

Elle suppose surtout un cadre juridique. Le cadre juridique général est la liberté contractuelle et ses déclinaisons : liberté de conclure un contrat, liberté de ne pas conclure un contrat, liberté de discuter le contenu du contrat, y compris l'ensemble de ses atteintes. Le cadre juridique particulier est constitué de l'ensemble des règles juridiques, certaines relativement floues ou établies sur des standards juridiques, comme les notions de *« faute »,* de *« bonne foi »,* d' *« abus »*, etc., d'autres précises comme les règles prévalant en présence d'un contrat de la négociation.

En toute hypothèse, la négociation du contrat dépasse la présentation classique de la formation du contrat comme reposant sur la conjonction d'une *offre,* ferme et précise et d'une *acceptation* concordante portant sur les éléments essentiels du contrat. Si en effet, cette description convient pour disséquer et figurer la notion de *« consentement »* et donc identifier le moment où il est rassemblé, voire sa validité ou son intégrité, selon les canons classiques du droit des obligations, absence de vice du consentement, existence d'un objet licite, d'une cause valable, etc., elle ne prend pas en compte la *mécanique* de la négociation. Ainsi, la notion d'offre ne prend pas en compte la question du support de celle-ci, pas davantage que l'hypothèse de sa rencontre avec une acceptation n'envisage les diverses étapes, les méthodes, les actes, les difficultés, le temps, qu'ont rencontrés les négociateurs pour y parvenir et, surtout, pour ne point parvenir à cette rencontre. La description du consentement comme la somme d'une offre et d'une acceptation rend compte de la conclusion effective d'un contrat banal, elle ne rend pas compte de la non conclusion d'un contrat ou de la négociation d'un contrat complexe.

En outre, l'observation des règles relatives à la négociation du contrat est différente de celle de la *validité du contrat* ou d'une clause.

Sans doute, le *test de validité* doit être une étape du raisonnement d'un juriste sérieux avant la conclusion du contrat, mais cette étape est, par

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

nature, anticipative et hypothétique (cf. supra, n°), alors que la vérification que ce test était réaliste, ne s'effectuera qu'après la conclusion du contrat, à l'occasion d'un litige : même un contrat *invalide* fait l'objet d'une négociation.

52 La question de la négociation est générale, peu important la nature du contrat négocié. Si par exemple on peut aisément concevoir que la plupart des contrat usuel ne sont pas précédés par des *actes* de négociations, il ne s'ensuit pas qu'il existerait des contrat qui ne serait pas précédé d'un temps de l'avant contrat : même une vente banale est précédée d'un tel temps, une invitation à conclure la vente, publicité, offre, etc. dont le traitement juridique est envisagé, lourdement d'ailleurs, par l'appréciation de la qualité de l'offre, par le respect d'une obligation d'information précontractuelle ou encore par l'appréciation de la présence ou de l'absence d'une invitation trompeuse à conclure le contrat.

C'est en ce sens que la négociation peut être envisagée, largement, comme l'ensemble des étapes, peu ou très consistantes, courtes ou longues, contractualisées ou non contractualisées, qui précèdent la conclusion d'un contrat.

53 Il est clair cependant que ce sont les négociations les plus longues ou les plus complexes, celles qui portent sur des intérêts importants qui attirent l'attention des juristes. Dans le même temps cette notion d'intérêt peut être présentée de plusieurs manières.

Par exemple la négociation d'un contrat simple aux intérêts considérables, comme la vente d'un navire, d'un avion, de titres, d'une marque, d'un brevet, appelle une négociation lourde. De même la négociation d'un contrat complexe emporte souvent une négociation complexe. Cette complexité peut reposer sur le fait que l'objet de la négociation est originale, par exemple parce qu'elle est un *montage juridique* dont les conditions d'appréciation, juridiques, concurrentielles, fiscales, internationales, etc., impliquent des études, des coûts, des choix, des délais. Elle peut reposer sur le fait qu'une négociation prépare plusieurs contrats ou plusieurs actes de nature différente : des contrats, des actes sociétaires, des actes internes, des actes internationaux, etc., l'ensemble avec plusieurs parties et la question peut se poser de l'unicité de la négociation ou de la pluralité des négociations.

Toutes ces situations appellent des techniques de négociations différenciées, appelant une négociation informelle ou formalisée, voire contractualisée. S'ajoutent également des usages ou des réflexes. Ainsi toute conclusion d'un contrat de vente d'immeuble est précédée d'un contrat préparatoire, contrat de promesse ou pacte de préférence. Rien ne

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'impose : la vente, même d'immeuble est un contrat consensuel, mais des raisons pratiques, parfois légales, et des usages, des habitudes emportent la préparation presque calibrée de ces ventes : ici une promesse unilatérale, là une promesse synallagmatique, là encore un « compromis » de vente à la qualification indécise, là encore un « contrat de réservation ». De même, les contrats internationaux se préparent avec des formules *a priori* dépourvues de sens, *lettres d'intention, letters of intent*, *Binding ounon-Binding offers*, *Memorendum of Understanding*, *protocole d'accord,* etc.. Il n'est donc pas possible de s'en tenir aux simples règles, supplétives ou impératives, de la négociation des contrats pour décrire cette négociation, mais il convient de tenter de fureter pour dénicher ces procédés, ces usages, heureusement bien balisés. Il serait cependant également vain de ne s'en tenir qu'à ces pratiques, alors même que les normes juridiques applicables sont de plus en plus présentes, d'origine jurisprudentielle le plus souvent, et légales parfois, par exemple à l'occasion de la négociation d'un contrat de distribution.

54 Par conséquent, la négociation du contrat peut être considérée comme un ensemble de choix, choisir d'entrer en négociation, de la poursuivre et de « négocier », d'y mettre fin ou au contraire de conclure le contrat. Si on admet en effet que le contrat est une *règle du jeu* établie entre les parties pour que chacune puisse parvenir, au mieux, à réaliser le dessein contractuel commun, il en est de même de la négociation. S'il existe des techniques de négociation dont quelques traits sont imposés par le législateur, par exemple en matière de négociation collective du travail, ou bien dans la préparation d'un contrat de distribution (Cf. C. com., art. L. 330-3, dit *« Loi Doubin* »), ou bien par les usages ou les habitudes, il demeure que la méthode pratique retenue pour assurer la négociation du contrat ne dépend que des parties elles-mêmes, en fonction de l'intérêt du contrat, de la nature de l'opération préparée par exemple. La négociation d'un contrat conclu par une société cotée par exemple s'effectue avec des clause de confidentialité, des techniques discrètes de règlement des litiges, la prise en compte de son caractère éventuellement international, l'ensemble supposant un *contrat de négociation*, alors que choix d'une négociation informelle ne permet guère de résoudre les difficultés pratiques posées par une négociation singulière.

55 Par ailleurs, la négociation intéresse aussi bien la conclusion d'un contrat que son renouvellement d'un contrat préexistant ([82]), voire le traitement d'un litige. C'est d'ailleurs principalement cette question qui

82 Cf. par exemple : Cass. com. 17 mai 1989, Bull. civ.IV, n.717.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

est traitée en droit américain des contrats, la négociation comme méthode alternative de règlement des conflits contractuels, bien plus que la question du commencement d'un contrat.

En droit français également, l'attention portée sur les qualités de formation du contrat ont très largement attiré la négociation vers le temps de la formation, alors qu'elle atteint pratiquement tous les stades du contrat : la circulation du contrat, préparée ou non par une clause à cet effet, la modification du contrat sous le coup d'un changement de circonstances, la conciliation ou la médiation jusqu'à la conclusion d'un compromis d'arbitrage, la préparation de son renouvellement, de sa prorogation, voire de sa rupture, de la mise en œuvre d'une clause de non concurrence, d'une indemnisation, etc., il n'est guère de temps contractuel qui échappe au phénomène de la négociation.

Envisagé du point de vue de l'avant contrat, celui se situe ainsi selon un référentiel posé comme le contrat négocié : tout ce qui situe avant celui-ci relève de « l'avant » de ce contrat, peu important qu'il soit une négociation, des pourparlers, au sens traditionnel, un contrat de la négociation, ou un contrat proprement dit. Le processus est alors universel, avec cette distinction cependant que la négociation peut relever d'un ensemble d'obligations contractuelles ou d'un ensemble de faits de négociation. Il peut s'agir d'une opération nationale comme internationale ([83]), privée ou publique.

56 La mesure de la négociation, son bornage en quelque sorte, appelle quelques observations. Il est, souvent, difficile de fixer avec précision le fait et, par conséquent, la date de début la négociation et d'ailleurs d'une importance fort réduite tout au plus, académique ou pédagogique. Dater la fin de l'avant-contrat comporte d'autres difficultés sans présenter toujoursun grand intérêt. Cette date se présente parfois de manière certaine : c'est le cas du succès de la négociation et de conclusion du contrat, même si la datation de celui-ci peut poser quelques problèmes avec les difficultés classiques liées à la mesure de la date de l'acceptation dans les contrats entre absents, ou de l'achèvement des accords de négociation lorsqu'elle porte sur une multitude de contrats, certains accessoires et d'autres principaux. C'est également la situation en d'insuccès de la négociation en raison de la rupture brutale des pourparlers. Parfois, la situation est plus complexe, comme dans le cas d'une « crise » où la négociation cesse, puis reprend, ou dans le cas d'une négociation qui s'enlise : l'un ne répond plus et l'autre ne l'interroge pas davantage.

83 Versailles 1er avril 1999, RJDA 1999, n.1285.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

57 La négociation est souvent marquée, ponctuée, par l'établissement de documents divers dont la consultation pourra ou non être utile pour la compréhension et la qualification de telle ou telle phase de pourparlers. Certains sont de simples « documents » publicitaires ou commerciaux ; d'autres sont de véritables accords, des contrats préparatoires. Plus exceptionnellement, l'engagement de la négociation vaudra exécution d'une injonction judiciaire, voire arbitrale, éventuellement concurrentielle, comme condition de la validation d'une concentration par exemple.

L'une des difficultés de la description et l'analyse de la négociation des contrats repose sur l'indétermination et le flou qui entoure ses modalités. Ainsi la détermination du début de la négociation peut-être une simple discussion, la réception d'un message publicitaire. Surtout, le développement des pourparlers peut être marqué par des documents de facture diverses aux désignations non significatives, courriers, documents divers, procès-verbaux, jusqu'aux « protocole d'accord ou la « lettre d'intention », outil ordinaire supposé ouvrir une négociation, alors que ses contours sont par hypothèse mal définis (cf. infra, n°), entre un pas de plus dans une négociation, la conclusion, non souhaitée, d'un accord de négociation, un engagement unilatéral, etc.

La difficulté repose sur le fait que le consentement, en droit français, est déterminé dès lors que ce consentement est commun et porte sur un objet défini. Or très souvent, tel document censé marqué une étape dans la négociation, à l'intitulé non signifiant, comme des « protocoles d'accords », des « accords d'étapes » ou autres « mémorandums », révèlent soit une identification de l'état d'une négociation, soit, très souvent et à l'insu des parties, un accord, accord de négociation, accord définitif ou accord partiel. Les parties peuvent parfaitement, consciemment ou non, s'entendre sur un accord partiel portant sur telle stipulation, d'élaboration quelque peu passe partout comme une clause compromissoire ou de construction plus délicate comme les clauses de propriété intellectuelle, d'un accord de recherche ou d'un contrat de coopération industrielle. La prise d'effet de cette stipulation suppose l'accord des parties sur l'ensemble de leur contrat mais elles admettent, dès aujourd'hui, que leur contrat – à le supposer désormais conclu – comportera cette clause d'arbitrage ou cet article « *Propriété intellectuelle* ».

58 La difficulté est renforcée par la rétivité des juges à identifier un contrat où les parties auront présenté des réserves ou des résistances ([84]).

84 P.Mousseron, *Conduite des pourparlers contractuels et responsabilité civile délictuelle*, RTD com.1998, 244, n.1.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Pour diverses raisons, l'étude la négociation des contrats est tardive et si, aujourd'hui, elle s'accroît, on oublie souvent que le droit français fut longtemps, comme les droits anglo-américains, réfractaire à toute police judiciaire de l'avant contrat, limité aux promesses de vente, et encore, celles-ci étant absorbées par le contrat lui-même : « *la promesse de vente vaut vente (…) ».*

Zone de « *non Droit »* pour Jean Carbonnier ([85]), il était « *No man's land juridique »* ou *« régime de liberté surveillée »* pour Denis Mazeaud ([86]). Pourtant les praticiens, et notamment les praticiens des contrats d'affaires avaient depuis longtemps appris à sécuriser la négociation de contrats complexes aux intérêts importants. Est-ce cette conscience, ou l'observation de droits étrangers, comme celle de l'article 122 BGB qui oblige généralement l'auteur d'une déclaration de volonté à indemniser le tiers qui, confiant et de bonne foi a cru à la véracité de la déclaration, ou mieux, l'article 1337 du Code civil italien qui impose une obligation de bonne foi dans les pourparlers ?

On doit bien reconnaître que très peu d'études ont été réalisées sur le sujet. Trois seulement, Saleilles en 1907, souhaitant transposer les solutions allemandes ([87]), Roubier en 1911 ([88]) et un auteur méconnu, Coherier en 1939 ([89]). Ce n'est qu'après les années 1970 et l'apparition d'un arrêt remarqué en 1972 que ce type d'étude s'est multiplié ([90]),

85 J.Carbonnier, *Droit civil : les obligations*, PUF 2ème éd. 1996, n.24, p.67.

86 D.Mazeaud, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Droit et patrimoine*, juillet 1996, p.44.

87 R.Saleilles, La responsabilité précontractuelle, RTD.civ. 1907.697

88 P.Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th.Lyon 1911. A.Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr.Paris 1939.

89 A.Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr.Paris 1939.

90 J.Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ.1974.46. ;A.Rieg, La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Mélanges A.Jauffret, P.U. Aix-Marseille 1974, p.593; J.Cédras, L'obligation de négocier, RTD.civ. 1983.365; JM.Mousseron, Technique contractuelle, éd.Fr.Lefebvre 1988, p.23 et s., n.8 et s.; 90 J.Schmidt, La période précontractuelle en droit français, RID comp. 1990.561, Les accords précontractuels en droit français, comm. à IDA, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PU Aix-Marseille 1990, n.9 JM.Mousseron, L'échange des consentements, n°sp. R.J.com. 1994; M.Trochu, L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive, Mélanges Y.Loussouarn, L'internationalisation du droit, Dalloz 1994, p.377; F.Labarthe, La notion de document contractuel, Bibl.dr.privé, n.241, LGDJ 1994; ; F.-D. Poitrinal, Fusion-acquisition : la responsabilité en cas de rupture des négociations, Rev. Banque 01/1993, n° 534, p. 45 et s. ; B. Lassalle, Les pourparlers, RRJ 1994, p. 849; D. Mazeaud, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Droit et patrimoine, juillet 1996, p. 44; P.Chauvel, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et pat., nov. 1996, p.36; L.Rozès, Le projet de contrat, Mélanges

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

aboutissant d'ailleurs à des controverses considérables, par exemple au sujet de l'exécution des promesses de contracter ou des pactes de préférence.

La situation a considérablement évolué depuis pour forger un, voire plusieurs, régimes de la négociation des contrats, souvent identifiée par la pratique d'ailleurs et encore plus souvent à propos des contrats internationaux. La raison en est que le coût de la négociation, son succès, sa conduite, son échec, justifie que les négociations construites soient l'apanage des « grandes » négociations, ou plus exactement des négociations du « grand commerce ».

Nous désignerons donc derrière les termes « négociation » ou « avant contrat » la période précédant un contrat : on considèrera alors que tout ce qui précède l'échange des consentements relève de cette période et, ce faisant, de la négociation. La négociation met alors en situation deux (ou plusieurs) partenaires, les « partenaires à la négociation » ou les « négociateurs » lesquels entreprennent de négocier un contrat négocié ou préparer un contrat préparé.

59 L'intervention de la norme juridique prend simultanément les deux formes traditionnelles que sont celle de la règle de droit, envisagée comme une contrainte, l'application du droit de la responsabilité pour l'essentiel : *Les contraintes de la négociation informelle* (Chapitre 1) ; mais également comme un instruments, dans l'observation que la règle propose un certain nombre d'outils, principalement, mais pas uniquement, envisagés comme supplétifs propres à structurer une négociation et à en renforcer la progression : *Les instruments de la négociation* (Chapitre 2).

L.Boyer, P.U. Toulouse 1996, p.635 ; J.-M. Loncle et J.-Y. Trochon, Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises, EFE 1997; P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD.civ.1998, p.243 s.; A.Laude (dir.), Rupture des pourparlers, Thèmexpress, éd. Fr.Lefebvre 1998; Coll. La négociation du contrat, Coll. Univ.Toulouse et RTD com. 1998.447s ; F. Accad, Les pourparlers, thèse CNAM, 1996 ; P. Chauvel note sous Cass. com. 7 janvier 1997 et 22 avril 1997, D. 1998. p. 45, A. Couret, Ph. Peyramaure, Ph. Rosenpick et A. Laude, Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1998 ; J.Schmidt, La force obligatoire des avants-contrats, RTD.civ.2000, p.25, ; B. Fages, L'importance des pourparlers, Dr. et patrimoine, juin 1999, p. 60 et s. ; J. Mestre, La période précontractuelle et la formation du contrat, Petites affiches, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; J.-J. Fraimout, Le droit de rompre les pourparlers avancés, Gaz. Pal. 2000. Doctr. 943 et s. ; Y. Neveu, Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle, Gaz. Pal. 2000. Doctr. 2112 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant contrat, Ed. Lefebvre, 2001 ; D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges J. Ghestin, éd. LGDJ 2001, p. 637, O. Deshayes (dir.), L'avant contrat, actualité du processus de formation des contrats, Puf, 2008, S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale de l'avant contrat ?, Th. Toulouse, 2010.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

CHAPITRE 1. – LES CONTRAINTES DE LA NEGOCIATION INFORMELLE

60 Le principe même de la liberté contractuelle implique un développement libre des négociations et un libre développement de l'avant-contrat. Cette liberté est, toutefois, aujourd'hui, placée sous la discipline de deux familles de contraintes tenant à deux types d'intervention juridique différente. On observe, d'abord, la soumission par principe et de façon générale de la négociation à des règles constitutives d'une véritable déontologie de la négociation : il s'agit de l'ensemble de ces règles qui participent de ce que l'on place souvent sous l'intitulé « *responsabilité précontractuelle* » comme exception (II) au principe de liberté de la négociation (I)

I. – Le principe : la liberté de négociation

61 En l'absence de tout contrat préparatoire on ne saurait identifier ni *obligation* de contracter ni *obligation* de négocier obligeant quiconque à poursuivre dans quelques délais que ce soient des pourparlers quels qu'ils soient.

Le principe en la matière repose en effet sur l'absence de toute norme posant une telle obligation ou devoir de négociation. Il repose donc sur l'entière liberté d'entretenir ou pas les pourparlers, de les conclure ou non, de façon positive ou non. Si le destinataire d'une offre est libre de l'accepter ou de la rejeter, *a fortiori* les opérateurs participant à une séquence de négociation ne comportant pas d'offre sont-ils libres de leur comportement à tout moment de cette discussion. Il s'agit d'une déclinaison élémentaire de la conception classique du principe de la liberté contractuelle. N'oublions pas que la jurisprudence française soucieuse de ce principe écartait pratiquement, jusqu'à il y a moins de trente ans la possibilité même d'une police des relations précontractuelles. Il en résulte que cette liberté ne saurait être contrainte, ni quant à l'ouverture ou quant au maintien d'une négociation ; aucune conclusion forcée ou entretien forcée d'une négociation ne peut donc s'entendre, sauf l'éventuelle sanction de la faute commise ([91]) ce d'autant moins qu'on reconnaît au principe de liberté contractuelle non point une valeur constitutionnelle, mais au moins un principe général du droit des contrats ([92]).

91 J.Cédras, L'obligation de négocier, RTD com. 1985.265, n.9.
92Cass. ass. plén., 26 mars 1999, no 97-17136, Bull. civ. ass. plén., no 2, RTD civ. 1999, p. 615, obs. J. Mestre.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

62 Le seul tempérament, exceptionnel, à cette liberté tient en effet à la sanction selon l'article 1382 du Code civil des fautes dommageables que l'un des négociateurs pourrait commettre en cours ou en fin de pourparlers.

L'attention portée à ces exceptions, des abus et contraintes, par nos enseignements, écrits ou oraux, ne doit pas faire oublier le principe, celui de la liberté, quand bien même l'énoncé du principe, par nature n'attire pas ou peu l'attention de la controverse ou des difficultés d'application : nul ne s'intéresse aux trains qui arrivent à l'heure.

II. – L'exception : les règles encadrant la négociation

63 Les règles de la négociation d'un contrat se distinguent selon la nature du contrat négocié : contrat de droit privé, de droit commun, il est soumis aux règles de droit privé; contrat de droit public, il se soumet aux règles de la responsabilité administrative précontractuelle.

En toute hypothèse, l'observation des règles de la négociation n'est pas si évidente : *l'apparition des règles de la négociation* (A) repose effectivement sur une construction jurisprudentielle progressive, dont la maîtrise permet d'en connaître le contenu, *l'identification des règles de la négociation* (B).

A. – L'apparition des règles de la négociation

64 Aucun texte dans le Code civil n'envisage de règle quelconque intéressant la négociation des contrats, à part l'article 1589 du Code civil (*« la promesse vaut vente, etc. »*), aussitôt disqualifié comme règle signifiante puisque au lieu de rendre autonome cette période et de l'isoler, elle agrège, au contraire, l'exemple de promesse de vente qu'elle vise au domaine du contrat préparé. A défaut de texte spécial régulant les relations d'avant-contrat. La question posée est celle de savoir s'il y a place pour une intervention des normes juridiques dans les rapports, factuels, précédant et préparant la formation d'un accord ou bien si ces rapports sont de rapports non juridiques relevant des règles de la courtoisie, de la morale ou encore du rapport de force et des intérêts ? La réponse tient à l'applicabilité de cette autre *« bonne à tout faire du droit »* qu'à côté, selon Josserand, de la commune intention des parties, représentent les mécanismes de la responsabilité civile.

A supposer qu'une réponse positive soit donnée à la question de principe : irresponsabilité ou responsabilité ? (1), la dualité en droit français des deux grandes formules conduit à s'interroger : responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? (2) et, dans ce dernier cas, à choisir : entre régime spécial ou régime de droit commun ? (3).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

1. – Irresponsabilité ou responsabilité précontractuelle ?

65 La question posée fait écho à la définition et à l'application des principes de la liberté contractuelle, d'une part, et de la responsabilité pour faute dommageable, d'autre part. Si en effet, la *summa divisio* du droit des contrats repose sur l'idée que l'ensemble « droit des contrats » est l'ensemble fermé, et donc spécifique et que l'ensemble « non droit des contrats » intègre l'ensemble ouvert et subsidiaire de ce que l'on désigne comme la responsabilité civile délictuelle, alors on peut considérer que tout ce qui précède l'échange des consentements échappe au contrat et donc intègre le domaine de la responsabilité contractuelle.

Cette présentation suppose cependant que l'on puisse analyser les règles du droit des contrats selon des principes *nécessairement logiques*, voire mathématiques et surtout que la question de la juridicité de la négociation soit tranchée.

Or, on pourrait tout aussi bien considérer au contraire que l'affirmation du principe de liberté contractuelle exclut toute idée de responsabilité, que le principe, dans sa mise en œuvre, suppose qu'elle ne puisse être entravée par quelque élément que ce soit, sauf à se satisfaire de la police du consentement à travers la mise en œuvre des vices du consentement ou du contrôle de la cause ou de l'objet du contrat. Cet ensemble de règles, considérée comme le fondement de la moralisation de la conclusion des contrats pouvait en effet être considéré comme une avancée considérable, entreprise sous l'Ancien Régime, allant bien au-delà de la police objective du droit romain, par une prise en compte des *motifs* de la conclusion des contrats, reprise et ciselée dans le Code civil.

C'est d'ailleurs ainsi que dans un premier temps la responsabilité civile a été évincée du domaine des relations précontractuelles. Selon cette présentation, la libre formation du contrat suppose sa libre préparation et celle-ci exclut toute police qu'introduit souvent la mise en œuvre des mécanismes de la responsabilité. Le raisonnement suppose que l'on reconnaisse la liberté, ici associée au contrat, des fonctions qui exclurait toute limite : on reconnaît là la situation existant jusqu' la fin du XIXème siècle et l'apparition, par exemple, de la théorie de l'abus de droit pour limiter les éventuels excès de l'exercice, libre, de la propriété ou de la liberté de travail. Il suppose une forte croyance dans les mérites de la libre discussion contractuelle et un souci de la protéger contre l'intrusion des juges et dans l'hypothèse que le *fair play* des négociateurs sera nécessairement respecté, ce dont il résulte qu'à alors, d'autres types de règles doivent sans doute exister pour contrebalancer l'absence de règles juridiquement sanctionnées : il faut donc attendre que les juristes prennent conscience de l'évanescence ou de l'insuffisance de ces règles

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou de l'urgence de règles pour voir apparaître des proposition en ce sens, au début du XXème siècle, Saleilles en 1907, ([93],)Roubier en 1911 ([94]), sans véritable succès pratique d'ailleurs. Soit en effet que la plupart des négociation repose sur des contrats préparés par des officiers ministériels, comme les notaires, soit que la juridicité de ces négociations ne se présente guère, on doit bien constater l'absence de solution jurisprudentielle en la matière avant longtemps, et ce jusqu'aux années 1970 (Cf. supra, n°).

66 Si en effet, la négociation du contrat est à rattacher à la police du consentement, et qu'on considère que cette police est entièrement assumée par les articles 1108 et suivants du Code civil, alors on peut considérer que la police de la négociation est ainsi assurée.

Sans entrer dans le détail des règles en la matière, on peut concevoir en effet que celles-ci se sont largement accrues. Ainsi en est-il des développements en matière de sanction du dol, de violence, voire de sanctions alternatives à ce vice spécial et résistant à l'élargissement qu'est la lésion.

On peut également observer que ces vices du consentement peuvent être décomposés en un vice du consentement et un élément précontractuel. Le dol par exemple est l'adjonction d'un vice du consentement, une erreur commise, et d'une faute précontractuelle, qui fait du dol un vice souvent décrit comme une erreur provoquée. De même la violence se décompose en un vice, la « crainte » et une faute précontractuelle qui la provoque.

Dès lors, la dissociation des deux éléments permet une dissociation des sanctions ; d'ailleurs, une action en réparation des préjudices commis par la faute précontractuelle accompagnant un dol a toujours été admise en accompagnement des actions en annulation de contrats dont un vice du consentement a infecté la conclusion..

D'ailleurs chaque fois que la faute, présente, s'est révélée insuffisante pour vicier profondément le contrat, ce dernier n'est pas annulé, ce qui n'empêche par la victime de demander réparation. Cette distinction est souvent expliquée par l'opposition entre *dol principal* et *dol incident* qui est inexacte. En effet, la faute précontractuelle est soit suffisante, déterminante, pour emporter l'annulation du contrat, et elle provoque un dol du contrat, soit insuffisante et ne provoque pas de dol. L'absence de dol laisse cependant demeurer la faute précontractuelle. D'ailleurs la victime, même en cas de dol, pourrait choisir de maintenir le contrat et de

93 R.Saleilles, La responsabilité précontractuelle, RTD.civ. 1907.697

94 P.Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th.Lyon 1911. A.Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th.dr.Paris 1939.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ne demander que la réparation de la faute précontractuelle, même si on n'en voit guère d'occurrence.

2. – Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

67 Une fois le principe de l'engagement de la responsabilité admis, dans les cas précédent, il reste à déterminer quel régime de responsabilité appliquer. Or l'analyse traditionnelle de la négociation aboutit à une attraction considérable de la négociation vers le contrat, comme le montrer leur saisine par les vices du consentement ou par l'article 1589 du Code civil.

Par ailleurs, l'attraction de l'avant contrat par le domaine du contrat présente cet avantage que le rattacher au domaine de la supplétivité, alors que, par hypothèse, les règles de l'extra-contrat y échappent voire sont d'ordre public ([95]).

68 On peut observer par ailleurs que la question du choix du régime de responsabilité applicable au traitement de la faute commise au cours de l'avant contrat ne se pose pas lorsque le comportement reproché a été accompli en exécution d'un contrat préparatoire du type contrat de négociation ou contrat de promesse, mais se pose avec acuité dans la situation où le comportement considéré l'est indépendamment de toute situation de ce type.

L'intérêt de la distinction et, par conséquent, de la qualification s'accuse en cas de pourparlers marqués d'internationalité, en cas de négociation internationale([96]). Se pose, alors, le problème de l'autorité compétente en cas de litige : le juge désigné l'est par des règles distinctes de celles du droit des contrats, celles de la *lex loci delicti*, la clause compromissoire ne trouve plus à s'appliquer, etc.

69 L'idée, dès lors, d'une attraction totale de la négociation par les règles de la responsabilité contractuelle, et ce faisant d'une « *contention* » ([97])des règles la responsabilité délictuelle est d'autant plus plausible qu'elle est celle, précisément du droit allemand ([98]). Historiquement, la proposition d'une attraction de la responsabilité précontractuelle par la responsabilité contractuelle est liée aux travaux de Ihering qui, en 1861, affirmait que toute situation préparatoire à la

95 Cass.civ. 28 novembre 1962, JCP 1964.II.13710.
96 Cf. J.Schmidt, La négociation du contrat international, RID comp.1983, p.239.
97 P.Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, art.cit., n.9 s.
98 Comp. S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale des avants-contrats, th. Toulouse, 2010, n°4.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

conclusion d'un contrat, s'inscrivait dans la généralité d'un contrat de négociation et de l'obligation de *diligentia in contrahendo*. Il faisait de la *culpa in contrahendo*, la faute *en contractant,* une faute du contrat pour mauvaise exécution des obligations nées de cette convention de négociation liminaire. La fiction de la description de ce contrat de négociation ou de ce rapport juridique précontractuel comme un support d'obligation contractuel aboutit d'une par à l'identification d'*obligations* au sens contractuel du terme et de la responsabilité qui l'accompagne. On observe d'ailleurs que cette description ne repose pas sur des règles précises du BGB mais sur une construction doctrinale reprise par la jurisprudence, fidèle en cela à la filiation du *Professorenrecht* du droit allemand ([99]).

Malgré les influences fortes de cette « voie allemande », par Aubry et Rau, ou par Saleilles par exemple, et qu'on trouve par exemple dans la prise en compte, par la responsabilité contractuelle, de préjudices de type corporel, via la sanction de l'obligation de sécurité par exemple, ou à travers l'observation de contrats tacites, une voie différente à été retenue.

La césure entre ces deux situations n'est d'ailleurs pas clairement déterminée, comme en témoigne l'image complexe de l'obligation d'information, dont on ne sait jamais trop si elle s'inscrit comme un devoir d'information, précontractuel ou extracontractuel ([100]).

70 Au contraire, d'ailleurs, les règles de la responsabilité délictuelle ont reçu une consécration dans les années 1970, notamment depuis un arrêt de la Chambre commerciale du 20 mai 1972 ([101]). Les faits de l'espèce méritent attention : la déconvenue d'un industriel alsacien quelque peu « *mené en bateau* » par un concessionnaire français d'un fabricant de machines américaines à fabriquer des buses en ciment et dont les espoirs longuement entretenus furent brutalement brisés par l'abandon des négociations et la conclusion d'un contrat avec l'un de ses concurrents, contenant une clause d'exclusivité interdisant la poursuite de ces espoirs. Le visa retenu par la Cour de cassation, l'article 1382 du Code civil, pour sanctionner la faute du concessionnaire français signe

99M.Pédamon, Le contrat en droit allemand, LGDJ 1993, pp.40-42

100 V. not. M.Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ 1993.

101 Com. 20 mai 1972, JCP 1973.II.17543, note J.Schmidt, RTD.civ.19972.779, obs. G.Durry et, très récemment, Civ.1ère 14 juin 2000, RJDA 2000, n.949. V. aussi : Com.31 mars 1992, Bull.civ.IV, n.145 (faute d'une banque); 22 février 1994, Bull.civ.IV, n.72, RTD.civ.1994.850, obs. J.Mestre (prolongation des pourparlers), mais Com. 9 mars 1999, Bull.civ.IV, n.54 (rupture non fautive en raison des propositions raisonnables et du préavis offert effectués par l'auteur de la rupture) ; Com. 6 janvier 1998, Bull.civ.I, n.7, JCP 1998.II.10066, note B.Fages; Defrénois 1998.741, obs. D.Mazeaud.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

alors le départ d'une jurisprudence fondatrice de la dissociation entre la négociation, doublement autonome, et du contrat.

La solution ainsi clairement affirmée n'a pas été remise en cause par les quelques dizaines de décisions rendues, depuis, dans des contextes voisins.

La solution est régulièrement rappelée et l'a, tout particulièrement, été par l'arrêt de cassation rendu, le 11 janvier 1984, à l'encontre d'un arrêt tirant argument de la conclusion ultérieure du contrat pour appliquer les règles de compétence liées à la responsabilité contractuelle : *« Vu l'article 1382 C.civ…. Attendu que pour décider que le tribunal de commerce d'Évreux n'était pas compétent* (le Tribunal a retenu) *que la clause de la convention unissant les parties attribuant compétence au Tribunal de commerce de Paris en cas de litige est applicable à la cause (…). En se déterminant par ces motifs, alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi devant le Tribunal du lieu du dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la Cour d'appel a violé le texte susvisé"* ([102]).

71 La solution est donc, pour l'instant, acquise en Droit positif français : la prise en charge des faits de la négociation obéit au jeu de la responsabilité délictuelle. On peut également observer que cette prise en charge permet aussi d'isoler des situations négatives de « non conclusion » de contrat dont l'origine est un fait de négociation, une rupture, brutale ou non, de la négociation, une violation d'un devoir, etc.

3. – Responsabilité d'exception ou de droit commun ?

72 Si la sanction de la faute dommageable repose sur une indemnisation à hauteur du dommage prouvé, c'est-à-dire par une indemnisation par équivalent et non par une indemnisation en nature (qui serait la conclusion forcée du contrat négocié), il demeure que l'identification de la faute dommageable n'a pas toujours fait l'objet d'une attention constante.

a. – L'intégrité de la faute précontractuelle

73 Le rapprochement avec l'histoire de la sanction de l'abus de droit auquel la jurisprudence en matière de faute précontractuelle recourt souvent s'impose pour montrer comment pourrait s'effectuer une distinction entre le régime de responsabilité précontractuelle et le régime

102 Cass. com.. 11 janv. 1984, n°82-13259, Bull. Civ. IV, n°16.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de droit commun.

D'une manière générale, la Cour de cassation retient une simple faute, et non une faute qui supposerait une qualification particulière. Par exemple, l'exigence d'une intention de nuire qui supposerait qu'une négociation n'a été entamée, ou rompue, que dans le but de causer un préjudice au partenaire, comme l'empêcher de conclure le contrat qu'il envisageait ([103]), a été écartée en jurisprudence ([104]). Toutefois, on peut observée qu'elle renaît à travers le standard de « mauvaise foi ». Les Principes Unidroit y invitent encore par exemple à travers l'article 2.15 al.2 de ce texte énonce : « *La partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* ». Cette exigence, floue par hypothèse, peut, selon les cas, être considérée comme identique ou différente à la notion de « faute » ou de « fait dommageable ». Peu importe alors les définitions, descriptions ou propositions doctrinales : leur contenu dépend en effet de l'interprétation retenue par le juge. Classiquement, la « faute » est envisagée comme un comportement qui n'aurait pas été commis par une personne *raisonnable* placée dans les mêmes circonstances. La mauvaise foi, notion tout aussi indescriptible, est celle qui permet de stigmatiser une situation particulière. Elle pourrait tout aussi bien être identique ou différente de celle de « faute » ([105]). Pas davantage ne doit-on s'attacher à des qualifications comme celle de « *légèreté blâmable* » ([106]) ou bien encore d'abus de droit, laquelle est souvent identifiée comme une alternative à la faute comme un abus de droit de mettre fin à une négociation par exemple ou comme une rupture abusive de pourparlers ([107]), sans cependant identifier une quelconque originalité à cet « abus » par comparaison à l'idée de faute qui aurait aussi bien pu être utilisée.

b. – Le dommage réparable

103Cass. com., 3 oct. 1978, no 77-10915, Bull. civ. IV, no 208, D. 1980, jur., p. 55, note J. Schmidt-Szalewski J. ; Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983, jur., p. 53, note A. Lucas ; Paris, 8 juill. 1972, JCP G 1973, II, no 17509, note J.-M. Leloup.

104 Cass. 3e civ., 3 oct. 1972, no 71-12993, Bull. civ. III, no491 ;Cass. com., 11 juill. 2000, no 97-18275, Contrats, conc., consom. 2000, comm. no 174, obs. L. Leveneur.

105 Cass. com. 12 octobre 1993, no 91-19456 : « *De ces appréciations et constatation la Cour d'appel a pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société Hubo avait agi avec une légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences* », Cass. com 22 février 1994, Bull.IV, n.79, RJDA 1994.765, RTD civ. 1994, p. 849, obs. J. Mestre.

106 Cass. com 22 février 1994, préc. Adde : B. Fages, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n°576

107Cass. com., 7 janv. 1997, no 94-21561, D. 1998, p. 45, note P. Chauvel, Cass. com., 22 févr. 1994, préc..

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

74 Les effets de contention des règles ordinaires de la responsabilité civile délictuelle sont, en revanche, beaucoup plus importants s'agissant du dommage réparable ([108]).

Le chef d'indemnisation le plus commun concerne les **frais engagés** inutilement par la victime. En effet, dès lors que les frais deviennent sans objet, le négociateur évincé peut prétendre en être dédommagé. Ces frais sont généralement d'autant plus élevés que la victime s'est sentie proche d'une issue favorable. Ainsi peut-elle obtenir l'indemnisation, par exemple, de « *dépenses et dérangements* » qui ne soulèvent guère de difficulté de preuve : frais de voyages, aménagement d'un immeuble ([109]), frais de recours à des spécialistes, voire des frais d'étude, d'essais ou d'audit précontractuel, coûts de négociation ou de rédaction ([110])… voire commissions appelées par de négociateurs divers dont le commerce international offre des exemples multiples, etc., ([111]), mais encore des engagements pris auprès de partenaires financiers en vue de l'obtention des crédits nécessaires à la réalisation de l'opération projetée, qui impliquent bien souvent des honoraires de conseils. En toute hypothèse, ce sont les « frais de rupture » qui sont ainsi pris en compte et on pourrait se demander s'il ne faudrait pas isoler les frais de rupture des autres frais de négociations qui ont pu être engagés indépendamment du succès ou de l'échec de la négociation ([112]).

75 Plus importante est l'hypothèse d'un dommage causé par la faute a empêché la formation du contrat, au cas où l'interruption de la négociation et la rupture des pourparlers aboutit à des invendus, de stocks de marchandises réservés qui ne trouvant plus preneur, sont bradés ou indisponibles ([113]).

---

108 O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187.

109 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

110 Lyon, 24 juill. 2002, Juris-Data n° 193214, CA Versailles, 8 mars 1985, Juris-Data n° 041111

111 JM.Mousseron, J.Raynard, R.Fabre et J.L.Pierre, *Droit du commerce international*, 2ème éd. Litec 2000, n.375 s.

112 En ce sens O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187, sp. n° 6, citant Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly 04/1999.470, note A. Laude.

113 Paris 3 septembre 1999, RJDA 1999, n.1285 : « Qu'en conséquence même de l'absence de conclusion d'un contrat, eu égard aux usages commerciaux existant avec BW et son agent Philae dont elle connaissait dès le 3 octobre 1994 le processus de passation de commande, en application de l'article 1383 du Code civil et part substitution des motifs du jugement sur ce point, il convient d'admettre que la société Fettatex a abusé du droit de rompre les relations commerciales et les négociations entretenues avec BW en laissant croire qu'elles se poursuivaient normalement et a ainsi engagé sa responsabilité ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

76 Fondamentale, en revanche, est l'hypothèse de la **perte de la chance d'avoir conclu le contrat négocié**([114]), voire des contrats alternatifs que la confiance dans l'accord projeté et déçu a fait négliger et éloigner ([115]).

La jurisprudence s'est dans un premier temps montrée réticente à l'indemnisation de la perte d'une chance au motif qu'il n'était pas possible de donner effet, fût-ce indirectement, à un contrat non conclu([116]).

Dans un deuxième temps, les juges du fond ont été plus accueillant pour retenir ce chef de préjudice largement encouragée d'ailleurs par la doctrine d'alors ([117]). Ainsi en a-t-il été dans un arrêt où la Cour de Versailles a décidé, le 1er avril 1999 que « *Le comportement de la société Cachou Lajaunie est à l'origine du préjudice subi par la société Koetsier tenant… à la perte de chance de la conclusion d'un contrat définitif auquel l'intérêt manifesté par la société Cachou Lajaunie pour l'entrée sur le marchait hollandais donnait une probabilité sérieuse* » ([118]).

Une partie de la doctrine a largement critiqué cette solution pour proposer de tenir compte du degré d'avancement des pourparlers pour *« décider si laperspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pourévaluer l'indemnité »* ([119]). Si on comprend bien, l'avancement des négociations aboutit à créer un espoir chez son partenaire, espoir de réaliser les gains permis par la conclusion du contrat, qui devrait d'autant plus être réparé que la perspective du contrat préparé était proche dans on esprit tout au moins ([120]).

---

114 Riom 10 juin 1992, RDJA 1992, n.893, RTD.civ.1993.343, obs. J.Mestre.

115 Versailles 21 septembre 1995, RJDA 1996, n.178, RTD civ. 1996 p. 144, obs. J. Mestre.

116Rennes 8 juillet 1929, DH 1929, p. 548 : « *On ne devra pas, pour le calcul des dommages et intérêts, tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée par la non-réalisation de la convention, ce qui, indirectement, rendrait cette convention obligatoire, mais uniquement du préjudice acquis, c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqués, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné ».*

117 Citée par O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187, n°8, note n°35..

118 Versailles 1er avril 1999, RJDA 1999.1285. Adde : Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly 04/1999.475, note A. Laude : *« attendu que la société PMG ne peut en outre prétendre se voir indemnisée, s'agissant de la rupture des pourparlers, d'une perte de profit consécutive à la non réalisation de la cession mais uniquement de la perte de la chance de conclure le contrat envisagé et d'en tirer profit ».*

119 G. Viney, *Introduction à la responsabilité* in J.Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ 2ème éd.1995, p.361, n.198.

120 Rennes 29 avril 1992, Bull.Joly 1993, p.463, note J.J.Daigre : « *S'agissant de la rupture abusive de pourparlers, le préjudice résultant de la perte d'une chance de céder l'entreprise doit être indemnisé, sous réserve que le demandeur fournisse des éléments suffisants à la juridiction ».* Comp. Cass. com. 3 mai 1979, Bull.civ.IV, n°137, RTD

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Une telle solution pose plusieurs difficultés. En premier l'appréciation du gain manqué du fait de la non conclusion du contrat, qui peut être résolue de la manière dont le juge apprécie, à la fin d'un contrat abusivement rompu par exemple, le gain manqué. Plus complexe est la question de la mesure de la probabilité de conclusion du contrat ([121]) : faut-il réparer le préjudice en fonction du taux de probabilité de la conclusion du contrat ? Faut-il au contraire considérer que passé un certain point de probabilité, tout le dommage doit être réparé ([122]) ?

C'est cette dernière solution que la jurisprudence a emprunté, plus souvent cependant les juges du fond ([123]) mais également, quoique plus discrètement, la Cour de cassation ([124]).

77 Dans un troisième temps, la jurisprudence a cependant changé radicalement de perspective, en se fondant sur le lien causal entre le fait générateur et le préjudice allégué, et donc sur le caractère réparable de la perte de chance de réaliser le gain espéré du fait de la rupture des pourparlers.

Les largesses considérables de la jurisprudence française aboutissaient en effet à l'isoler sur la scène internationale ([125]).

Outre les difficultés techniques plus haut envisagées et les risques de décisions insensées, la question, de principe, qui se pose est celle de la corrélation entre le gain manqué et le principe de la liberté contractuelle. Si en effet, la rupture, serait-elle brutale et fautive, de pourparlers se traduit par l'allocation de dommages et intérêts correspondant à la situation qui aurait été celle de la conclusion du contrat, cela n'aboutit-il pas à forcer la conclusion du contrat u à tout le moins à assurer une exécution du contrat négocié par équivalent ? Le problème se présente avec acuité lorsque l'une des parties à la négociation pouvait légitimement penser que le contrat avait de très bonne chance d'être conclu.

---

civ.1988, p.107, obs. J. Mestre ; JCP éd.E 1999, 581, exluant une indemnité du fait de la présence d'une clause en ce sens.

121 P.Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD.civ. 1998, p. 243, sp. n°63.

122 A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat* PUAM 1992 ; v. Paris 10 janvier 1990, Dr.soc. 1991, comm. n°23; 25 mai 1991, Dr.soc.1991, comm. n°428.

123 Paris, 16 déc. 1998, préc. Versailles, 1er avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285 ; Paris, 10 mars 2000, JCP 2001.II.10470, note F. Violet ; Rennes, 27 mars 2002, préc. ; Versailles, 25 sept. 2003, JCP 2004 éd. E., n° 384, obs. P. Mousseron.

124 Cass. com. 25 févr. 2003, n° 01-12660 ; Cass. com. 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 380 (pour la rupture d'un contrat) ; Cass. civ. 1ère, 15 nov. 1994, Bull. civ. I, n° 334.

125 O. Deshayes, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p. 187, sp. n°8. V. déjà P. Chauvel, note ss Com. 7 janv. 1997 et 22 avr. 1997, D. 1998.J.50, n° 28.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Face à cette situation et cette critique la Cour de cassation a opéré, ce qu'on désigner comme un revirement de jurisprudence, par un important arrêt en 2003 : *« les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »* ([126]), formule ensuite de manière radicale en 2006 : « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »* ([127]).

La solution est donc, désormais, le rejet de la réparation du gain manqué.

On peut en tirer deux conséquences. La première est l'observation que le droit français s'intègre désormais davantage dans le concert international de la négociation du contrat, objectif qui était, d'ailleurs, l'un des principaux utilisés pour militer en faveur de la solution nouvelle.

La seconde est que le choix ainsi réalisé par la Cour de cassation, plutôt défavorable à l'application traditionnelle du principe de réparation intégrale, voire de la jonction entre la sanction *morale* de la rupture des pourparlers et sa sanction *juridique*, notamment lorsque la rupture est tardive et que l'auteur de la rupture a laissé persister, voire croître, dans l'esprit de son partenaire, l'idée de la certitude ou de la très forte probabilité de la conclusion du contrat futur s'inscrit dans une perspective qui semble plus cohérente avec l'ensemble de ses décisions qui opère une distance ferme entre le temps de la négociation du contrat, de l'avant contrat, et le temps du contrat, comme c'est le cas, par exemple de la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter (cf. infra). Une critique de la formule pourrait cependant reposer sur l'idée qu'il n'est guère utile de développer une déontologie de la négociation si celle-ci, au final, n'est pas sanctionnée économiquement, encourageant par là même la violation des obligations dans la négociation.

La formule retenue demeure cependant ambiguë dans la mesure où, fondée sur l'absence de *lien de causalité*, elle laisse entendre qu'une autre cause pourrait justifier la réparation de ce préjudice, dont il n'est dit qu'il n'est pas réparable. Peut-être aurait-il été plus efficace d'envisager

126 Cass. com. 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n°186, D. 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne, JCP, éd. G. 2004, 738, note Ph. Stoffel-Munck, RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud,RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

127 Cass. civ. 3ème, 28 juin 2006, n°04-20040, Bull. civ. IV, n°164, JCP, 2006, II, 10130, note O. Deshayes, D. 2006, p. 2963, note D. Mazeaud. Adde Cass. com. 18 sept. 2012, n°11-19629, CCC, 2012, n°274, obs. L. Leveneur.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

qu'il s'agissait d'un préjudice non réparable, sur le fondement, simple, que ce préjudice existe mais n'est pas *légitime*.

4. – Situation internationale

78 L'internationalisation des contrats aboutit, par itération, à une internationalisation des négociations et partant de leur traitement juridique Il est de plus en plus fréquent que les litiges relatifs à la rupture des pourparlers soulèvent des difficultés de droit international privé ([128]). La situation se présente ainsi chaque fois que la négociation présente un caractère international, ce qui peut se déduire du caractère international du contrat négocié, des intérêts internationaux de la négociation, du fait que les actions de négociation (rencontres, échanges, etc.) se déroulent dans des Etats différents et que la faute observée dans la négociation n'est pas spécifiquement localisable.

Le conflit de lois qui en résulte est, aujourd'hui, placé sous l'égide des dispositions du Règlement « Rome II » n° 864/2007 du 11 juillet 2007) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Son article 12.1 dispose que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* ». La solution retenue écarte donc la désignation de la loi du lieu du dommage qui est en principe applicable, mais la loi du contrat. Cette technique de désignation est, du point de vue français, plutôt déroutante si on admet que cela revient à attirer la négociation, par nature précontractuelle, dans le giron du contrat. Si la loi du contrat ne peut être déterminée, l'article 12.2 du Règlement Rome II dispose alors que la loi applicable à la rupture des pourparlers est alors : a) celle du pays de survenance du dommage (quel que soit le pays de localisation de son fait générateur ou de ses conséquences indirectes) ou b) la loi du pays où les parties ont leur résidence habituelle commune ou enfin c) s'il résulte de toutes les circonstances que la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre, la loi de cet autre pays ([129]).

On trouve également, à défaut de formulation dans un texte normatif, des propositions dans des documents comme les Principes Unidroit. Par exemple l'article 2.1.15 intitulé *mauvaise foi dans les négociations* dispose : *1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord ; 2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de*

128 P.-Y. Gautier Les aspects internationaux des négociations, RTD com. 1998, p. 493.
129 S. Bollée, A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des relations contractuelles, D. 2008, p. 2161.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ; 3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord ». L'article 2.1.16 ((devoir de confidentialité) poursuit : « *Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie* ».

De même, les Principes européen du contrat ([130]) connaissent des formulations voisines. Ainsi l'article 2:301 (négociations contraires à la bonne foi) indique que *1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord ; 2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ;3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre* ».

B.– L'identification des règles de la négociation

79 La stigmatisation par les tribunaux de certains comportements ([131]), leur qualification comme faute précontractuelle révèle, en miroir, les devoirs que les négociateurs doivent respecter durant l'avant-contrat.

A bien des égards, c'est une présentation inexacte. Pas davantage que la formule de l'article 1383 du Code civil qui stigmatise l'imprudence ou la négligence ne permet de considérer que tout un chacun est *tenu* d'un devoir de diligence ou de prudence. De la même manière l'identification de fautes via notamment des comportements de *mauvaise foi,* ne permettent pas de repérer par inversion les devoirs ou des comportements de bonne foi. L'espace des comportements de bonne foi n'est pas, mathématiquement, l'inverse des espaces de comportements de mauvaise foi.

C'est donc plutôt par pédagogie, ou par goût de la présentation que, classiquement, on associe aux règles de la négociation, un certain nombre de devoirs. En revanche, des normes imposent précisément des

130 Comp. C. Prieto (dir.), Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003 ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.

131B.Fages, *Le comportement du* contractant, op.cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

comportements positifs particuliers, de véritables devoirs, comme le devoir d'information précontractuelle.

Carbonnier suggérait de décrire la démarche de la négociation en décrivant les devoirs conjugaux autres que de fidélité, secours et assistance, en passant des injures – ancienne cause du divorce – aux devoirs correspondants méconnus par leurs auteurs (tenir le silence d'un conjoint pour injure cause du divorce revient à affirmer le devoir de conversation des époux). Ainsi peut-on identifier avant et en dehors de tout contentieux les prescriptions que notre droit positif assigne de façon préalable aux agents en pourparlers contractuels. C'est sans doute plus sûrement la période des fiançailles, au temps où cela avait un sens, que la période des pourparlers ressemble le plus : nul n'est obligé de se marier, et la rupture prénuptiale est toujours à envisage, même au pied de l'autel, et gare à celui qui y mettra fin en créant un dommage à l'autre.

C'est le plus souvent à l'occasion des ruptures de pourparlers que sont révélées les situations intéressant l'entrée (1), la conduite (2) ou la rupture de la négociation (3).

1. - Les devoirs tenant au début de la négociation

80 L'entrée en négociation est, par nature difficile à identifier ; il faudrait être capable d'identifier, à coup sûr l'événement qui l'a déclenchée et ce d'autant que chaque négociation est spécifique.

81 L'entrée en négociation, l'invitation aux pourparlers n'est pas identique à la situation de l'émission d'une **offre**. L'offre de contracter en effet répond au double caractère de la précision, des éléments nécessaires à la formation du contrat, et de la fermeté, l'absence de conditions, de telle manière que *l'acceptation* par le destinataire de l'offre suffit à former le contrat. Il suffit donc qu'une invitation à entrer en pourparlers ne soit ni précise ni ferme pour qu'elle demeure à ce niveau et signifie simplement la volonté de son auteur de se rapprocher d'un ou plusieurs interlocuteurs pour envisager la conclusion d'un contrat dont les éléments restent encore à explorer ([132]). La distinction suppose donc l'appréciation de ces deux critères, notamment lorsque le destinataire a lui-même émis une manifestation de volonté, à qualifier ([133]).

Ne constitue pas une offre, par exemple, la simple invitation à entrer en pourparlers, l'interrogation, ni ferme ni précise. N'est pas précise la proposition de contracter quine présente pas les éléments essentiels du

132 Cf. Cass. com., 17 oct. 2000, no 98-13176.

133 Cf. Cass. civ. 1ère, 24 nov. 1998, no 95-21074, Bull. civ. I, no 328, D. aff. 1999, p. 164, à l'occasion du renouvellement d'un contrat, la demande d'information sur les intentions du partenaire n'est une offre de renouveler.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrat à conclure et n'est pas ferme celle qui comporte des réserves. La question se pose alors de savoir si la proposition précise est par nature ferme ou non ferme. On considère en général qu'entre commerçants, la proposition n'est ferme que pour autant qu'elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Ce peut être le cas, par exemple de la formule de conditions de vente indiquant que le vendeur n'est lié qu'en cas de confirmation de la commande. Si, un temps, la Cour de cassation refusait un tel mécanisme, alors considéré comme une condition potestative ([134]), la jurisprudence l'admet depuis ([135]) (et v. infra, n°).

82 De manière particulière, le fait d'entrer en négociation par pur artifice, pour leurrer son partenaire et l'empêcher d'engager une négociation pus profitable ou plus efficace ([136]) ou bien encore d'entamer une négociation sans disposer du pouvoir de le réaliser ([137]).

Ce type d'entrée en pourparlers trompeuse est également sanctionné face à un consommateur, sur le fondement des règles punissant les pratiques commerciales trompeuses ont vocation à s'appliquer (C. consom., art. L. 121-1 à L. 121-7).

De manière plus commune, l'entrée en pourparlers est stigmatisée par un certain nombre de devoirs parfois très précisément identifiés.

Par exemple, les discriminations contractuelles font l'objet de dispositions particulières, notamment pénales, dont celles de l'article 225-1 du Code pénal. C'est encore le cas de l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui en reprend l'essentiel, ou encore de l'article 1er de la la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a modifié la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 applicable aux baux d'habitation.

Ces exemples spécifiques montrent à l'inverse que en dehors de ces exemples particuliers, les autres différenciation sont permises. C'est le cas notamment des techniques de choix ou de sélections d'un contractant, parfaitement valables dès lors qu'elles se fondent sur des critères objectifs, relevant de la détermination de l'*intuitu personae.*

De façon plus moderne, les règles du droit de la concurrence apportent leur lot d'exemples, notamment à travers les exemples identifiés par l'article L. 442-6 du Code de commerce et notamment l'obtention d'avantages pécuniaires illégitimes.

---

134 Cass. com. 9 décembre 1980, Bull. civ. IV, n°421, D. 1981.IR.441, obs. B. Audit.

135 Cass. com. 6 mars 1990, n°88-12477, Bul. Civ. IV, n°74, JCP 1990, II, 21583, éd. E., II, 15803, note B. Gross, Defrénois, 1991, p. 356, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1990.463, obs. J. Mestre.

136Rennes 8 juillet 1929, préc. Cass. civ. 4 janvier 1937, Rev. Soc. 1937. p. 17. Adde P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, art.cit., n°21

137Cass. civ. 1ère, 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p.98, n°122.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

83 A l'inverse, l'hypothèse du refus d'entrer en négociation, ou plus couramment du refus de contracter, dit refus de vente, qui peut être assimilé à un refus d'offre, ou un refus d'acceptation, n'est plus aujourd'hui d'actualité, sinon en droit de la consommation 'C. consom., art. L. 122-1). Depuis 1996 en effet, le refus de vente n'est plus un cas particulier de responsabilité civile entre professionnel, rétablissant ainsi la liberté de ne pas contracter, et donc de ne pas négocier, dans son champ ordinaire ([138]), quand bien même, ce fait pourrait constituer un cas d'entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et 420-2).

2. – Les devoirs tenant au temps de la conduite de la négociation

84 La conduite de la négociation durant l'avant-contrat est comme le reste de la négociation soumise au principe de liberté contractuelle de telle manière que ses limitations, exceptionnelles, reposent sur l'identification de devoirs explicitement posés, comme l'obligation d'information précontractuelle (b), ou des devoirs particuliers considérés par inversion de sanction de certains comportements (a). à différentes prescriptions révélées par la sanction de leur inexécution.

a. – Les devoirs d'une négociation de « bonne foi »

85 Le seul texte positif exigeant un comportement de bonne foi est l'article 1134, al. 3 du Code civil. La bonne foi, associée à l'idée de « loyauté », qui ne s'imposait d'ailleurs pas est cependant, classiquement, élargie à tous les stades du contrat et notamment sa formation ([139]), à l'image des exigences de la formation des contrats internationaux, extension que les différents propositions de réforme du droit des contrats se proposait de généraliser. Faisant appel à des notions anglo-américaines de *« Good Faith », « Reasonable Care », « Due Diligence »,* et révélés par les Principes Unidroit par exemple (cf. Supra, n°), résulte la

138 V. cependant, sur le terrain des prix imposés Cass. crim., 31 oct. 2000, no 99-86588, Bull. crim., no 326, RTD com. 2001, p. 265, obs. B. Bouloc, CCC, 2001, no 73, ons. M. Malaurie-Vignal, ou sur celui de l'abus de droit : Versailles, 26 avr. 2001, RJDA 2001, no 916, JCP, éd. E, Cah. dr. entr. 2002, no 3, p. 31, obs. D. Mainguy et comp. Pau 14 janvier 1969, D.1969.716. V. également, Com. 9 avril 1996, Bull.civ.IV, n.117, Defrénois 1997, p. 329, obs. Ph.Delebecque, RTD.civ.1997p., 118, obs. J.Mestre.
139Cass. 1reciv., 14 juin 2000, no 98-17494, RJDA 2000, no 949 : « *la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle* ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

désignation d'un certain nombre de comportements particuliers ([140]).

L'identification d'un tel *devoir de négocier de bonne foi* n'a cependant pas beaucoup de signification opérationnelle, sinon dans le cas classique où l'un des partenaires confère à une négociation une probabilité apparente de succès largement supérieure à la réalité. Toutefois, « *être de bonne foi, être loyal* » consiste à ne pas être déloyal, sans que cette déloyauté soit révélée par une casuistique quelconque, son à l'aune de situations particulières.

Le *devoir de négocier de bonne foi* est donc moins un « devoir » particulier qu'un standard, un cadre général permettant de résoudre des cas concrets.

86 L'un de ces cas particuliers repose sur l'interrogation de l'existence d'un « *devoir d'exclusivité* ». Un partenaire ayant engagé une négociation doit-il réserver celle-ci à son partenaire ou peut-il mener plusieurs négociations parallèles, et ce faisant doit-il informer son partenaire ?

La réponse, assez ordinaire, négative à cette question n'est finalement pas très répandue, mais suffisante ([141]).

Dès lors, la question de savoir si celui qui mène ainsi, librement, plusieurs négociation, doit informer ses partenaires qu'il mène des *négociations parallèles*, la réponse est également négative ([142]).

Il n'en résulte pas une licence donnée, sous couvert de la liberté de la négociation. L'existence de négociations parallèles peut ainsi constituer un indice permettant, avec d'autres, de caractériser une faute par exemple si elle s'inscrit dans un comportement de mauvaise foi, et notamment, si ce parallèle conduit à laisser croire qu'un contrat sera conclu, alors que

---

140 Cf. J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 10 mai 1989, RTD civ.1989, p. 738 : « *à quoi sert, en effet, d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisifs, de la formation même de l'acte* ».

141Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992, p. 636, note J. Schmidt J., RTD civ. 1992, p. 752, obs. J. Mestre ; Bordeaux 4 juin 1996, JCP éd.E 1997.I.617, obs. P.Mousseron, Cass. com., 15 déc. 1992, no 90-19608, Bull. civ. IV, no 415, RJDA 1993, no 296, RTD civ. 1993, p. 577, obs. J. Mestre, à propos des négociations ménées dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres « *le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession* ».

142Cass. com., 26 nov. 2003, préc. : *« le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur »* ; Cass. com., 12 mai 2004, no 00-15618, Bull. civ., no94, RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'une cession d'actions.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

les négociations parallèles menées avec un tiers ont déjà abouti et rendu impossible la conclusion de ce contrat ([143]).

87 Plus complexe st la question de savoir si un « *devoir de confidentialité* » accompagne les négociations, ainsi qu'e, disposent les Principes Unidroit (Art. 2.1.16, cf. supra) lorsqu'une information est confiée à titre confidentiel.

D'une manière générale, des négociations emportent souvent la présentation d'informations techniques, commerciales ou financières et nécessaires à la séduction ou la conviction du partenaire. La solution proposée par les Principes Unidroit n'est pas générale : elle suppose que celui qui a reçu une information présentée comme confidentielle peut être conduit à verser une indemnisation s'il la révèle. Cette présentation montre l'ambigüité de la situation. Si par hypothèse ici, aucun contrat de la négociation n'a été prévu, il en résulte qu'aucun accord de confidentialité n'a été envisagé. Dès lors cette question se présente se manière assez académique : on peut penser que toute communication d'information sensible suppose la conclusion préalable d'un accord de confidentialité, même limité à cette communication et ne s'étendant pas à toute la négociation. Par conséquence, l'hypothèse d'une communication sans un tel accord relève d'un cas d'école ou bien d'une singulière légèreté. Une telle légèreté, si elle devait être retenue risquerait de compromettre la demande d'indemnisation de la victime de la communication par son destinataire, faute de pouvoir identifier un critère permettant de distinguer une information confidentielle d'une autre.

Autre est la question de la confidentialité de la négociation elle-même. Rien ne permet d'affirmer qu'un devoir de confidentialité s'impose sur l'existence de la négociation, mais on peut estimer que la diffusion d'une telle information, alors qu'elle serait préjudiciable, en connaissance de cause, pour l'autre partie pourrait consister une faute réparable.

---

143 Cass. com., 20 mai 1972, préc. ; Cass. com., 26 nov. 2003, nos 00-10.243 et 00-10.949, Bull. civ. IV, no 186, RTD civ. 2004, p. 80, obs. Mestre J. et Fages B. : « *Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont il n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

88 Dans le même ordre d'idée, la question s'est posée de savoir si les négociateurs supportaient un « *devoir de sincérité* ». L'article 2.1.16, 3) précise ainsi qu'« *Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ». On mesure que cette exigence a de difficile à identifier, sinon comme indice combiné à d'autres, comme précédemment (**144**), par exemple pour identifier une faute à ne pas informer l'autre partie aussi rapidement que possible qu'elle a changé d'avis, qu'elle envisage de formuler une contre offre ou qu'elle a conclu un accord avec un tiers.

b. – Les devoirs d'information précontractuels

89 Le devoir dont la méconnaissance est le plus fréquemment, dénoncée est le *devoir d'information* ou devoir de renseignement ([145]). Tout à la fois formule de validation du caractère intégré et éclairé du consentement permettant de renforcer la police du consentement et de devoirs précontractuels, ce devoir ou cette obligation fait l'objet d'analyses divergentes et de manifestations plurales durant la négociation. Plus exactement c'est à l'occasion d'une information qui *aurait dû être donnée* ou une information qui *n'aurait pas dû être donnée*, au-delà des obligations légalement posées, que se manifeste le comportement exigé (cf. infra, n°), que ce soit sous les formes de dol positif u de réticence dolosive.

Celui qui sait doit prendre l'initiative de partager ses connaissances, en une sorte de contractualisation du principe des vases communiquant, ou d'une francisation de l'obligation anglo-américaine de « *disclosure* », imposant au vendeur un rôle actif dans la délivrance de l'information ([146]).

Il peut s'agir d'informations techniques, commerciales, financières, le fait de signaler les risques d'une opération, un peu comme dans le cas de la loi *Doubin* et la préparation de certains accords de distribution (C. com., art. L 330-3 et infra, n°).

On pourrait surtout se se demander si la préparation du contrat

144 Cass. com.20 mars 1972, préc. Adde Cass. com.9 févr.1981, D.1982. p. 4, note J. Schmidt, à propos d'un renouvellement proposé, fondamentalement différent du précédent.

145 V. M.de Juglard, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD.civ. 1945.1; M.Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Bibl.dr. privé, t.221, LGDJ 1992.

146 V. M.L.Corde et J.Y.Trochu, *La phase de pourparlers dans les contrats internationaux*, RDAI 1997.3 sp. p.18-19.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

n'appelle pas un *devoir de coopération* entre les parties en voie de rapprochement ([147]). C'est ainsi que les contrats les plus sophistiqués appellent des communications élaborées entre les parties. C'est le cas des contrats de transfert de technologie qui imposent la diffusion d'informations sensibles, suffisamment pour intriguer l'autre partie mais suffisamment réservée pour conférer un intérêt à l'opération de cession de contrôle ou de fusion-acquisition de sociétés. Une formule assez originale est celle de la *data room* qui consiste à réunir toutes les informations considérées comme importantes et, moyennant la conclusion d'un accord de confidentialité, de laisser accès ces informations, dans une salle close, la *data room*¸ modernisée sous la forme de données numérisées.

c. – Le « devoir » de maintenir l'offre

90 On admet assez classiquement que l'émetteur de l'offre doit maintenir son offre. C'est le cas de l'offre assortie d'un délai ([148]) mais également en l'absence de délai alors que l'offre devrait être maintenue pendant un « *délai raisonnable* ». Pourtant, ce devoir n'est 'objet d'aucune conséquence particulière. Quand bien même la jurisprudence multiplier l'affirmation du principe du maintien de l'offre, aucune sanction n'affecte la violation de cette exigence, sinon l'engagement hypothétique de la responsabilité de l'offrant, et certainement pas la continuation forcée de l'offre en vue d'une conclusion contrainte du contrat ([149]).

3. – Les devoirs tenant à la fin de la négociation

91 La fin de la négociation peut être de manière heureuse la conclusion du contrat, laquelle conclusion ne signifie pas que le contrat soit en lui-même valide : les contrats valables ou annulables sont pareillement négociés. L'hypothèse néfaste est en revanche celle de

147V. F. Diesse, *L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international*, RIDA 1999, p. 737, J. Mestre, RTD civ. 1986, p. 100 ; Cass. com. 7 mars 1972, Bull.IV, n°83.

148 Cass. civ. 3e, 10 mai 1968, Bull. civ. III, no 209 : *« si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque »* ; Cass. civ. 3ème, 7 mai 2008, n° 07-11690 : JurisData n° 2008-043796 ;JCP G 2008, I, 179, n° 1 obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2008, p. 1109, note T. Génicon.

149 Comp. C. Grimaldi, Quasi-engagement et engagement en droit privé, préf. Y. Lequette : Defrénois, 2006, n° 703s ; Rappr. Cass. civ. 3ème, 7 mai 2008, préc., Cass. civ. 3e, 30 mai 2009, no 08-13230, Bull. civ. III, no 118.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'échec de la négociation qui se manifeste notamment par sa rupture ([150]), à l'occasion de laquelle la jurisprudence peut identifier des fautes : par manquement à un devoir de prudence, en évitant une rupture trop brutale, de courtoisie en évitant d'ébruiter les raisons de l'échec, voire de restitution si des documents ont été échangés, un peu à la manière des fautes sanctionnées dans la rupture de fiançailles.

92 Il reste cependant que le principe est celui de la liberté de rupture des négociations, comme synonyme de liberté de ne pas conclure le contrat négocié : la fin malheureuse de la négociation n'est pas, en principe, fautive.

Relève de la rupture « valable » la rupture ([151]), celle qui est convenue entre les parties ([152]), celle qui est à peine entamée ([153]), ou bien encore

150 Riom 10 juin 1992, RJDA 1992, n.893, RTD.civ. 1993.343, obs. J.Mestre : *« Si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice et donne lieu à réparation »*.

151 P. Chauvel, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. & patr. 1996, no 43, p. 36 et les nombreuses références.

152 Paris, 19 janv. 2001, RTD civ. 2001, p. 350, obs. J. Mestre et B. Fages B : *« considérant qu'en l'espèce, s'il y a bien eu des pourparlers avancés entre les parties caractérisés par un certain délai, la remise d'argent et un rendez-vous chez le notaire, il apparaît que la rupture des pourparlers a été faite de convenance entre les époux I et Mme N ; qu'en raison de leurs bonnes relations antérieures de voisinage, les époux I en signant l'acte du 14 septembre 1994, n'ont pas estimé devoir réclamer à Mme N une indemnité d'immobilisation, ni protesté et se sont satisfaits d'obtenir un prêt sans intérêt puisqu'ils n'ont pas assigné Mme N en exécution forcée du rendez-vous notarié afin que soit délivré un procès-verbal de carence ; qu'il suit que les époux I sont mal venus à se prévaloir maintenant d'une faute de Mme N »*.

153 Paris, 13 déc. 1984, RTD civ. 1986, p. 97, obs. J. Mestre, Cass. com., 20 juin 2000, no 96-16497, RJDA 2000, no 1068, Cass. com., 17 mars 2009, no 08-12830, RJDA 2009, no 594, Cass. com., 12 janv. 1999, no 96-14604, RJDA 1999, no 371, Dr. & patr. 1999, no 74, p. 97, obs. Chauvel P.) : « *Mais attendu que l'arrêt relève notamment qu'au moment où la rupture a été signifiée, le 11 septembre 1990, les négociations qui n'étaient engagées que depuis le mois de mars précédent étaient très loin d'aboutir, puisque si les parties étaient bien d'accord sur l'opportunité d'un partenariat, elles n'avaient encore défini ni le prix, ni les objectifs, que le plan de développement n'était pas ébauché, que ni la conclusion du pacte d'actionnaires, ni la possibilité pour la Compagnie La Hénin de contrôler les sociétés détenues par les consorts Bussereau n'avaient été discutées et que rien n'avait été décidé non plus en ce qui concerne les SCI et la vente éventuelle de leurs biens ; que les consorts Bussereau, qui sont des professionnels avertis et qui ne pouvaient ignorer qu'à ce stade de nombreux obstacles restaient à franchir avant de parvenir à un accord définitif ni surtout que l'aboutissement du projet était étroitement lié à la conjoncture économique du moment, ne sauraient donc prétendre que les négociations étaient sur le point d'aboutir et que*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

des relations qui se sont enlisées ([154]) ou établissant un désaccord .persistant entre les négociateurs ([155]) ou une rupture qui serait justifiée par des considérations économiques, comme le risque d'insolvabilité ou de non fiabilité de l'autre partie ([156]).

Ce n'est qu'exceptionnellement, sur la base d'une faute, ordinaire, dont le contenu doit être prouvé par celui qui se plaint de cette rupture ([157]), qu'une telle issue peut conduire à une sanction, dans les limites du préjudice réparable par ailleurs : aucune présomption de faute n'est envisagée en cas de rupture, aussi dommageable serait-elle, apparemment ou réellement, pour l'autre partie.

Une telle présentation rend davantage compte peut-être des différences avec les règles prévalant en droit anglo-américain. Le principe en effet est celui de l'absence de règles particulières de la négociation et en particulier l'absence de principe de devoir de négocier de bonne foi, dont on a pu se rendre cependant compte de la maigreur en droit français, même si, dans ces systèmes la prise en compte, non point des « fautes » ou de la « responsabilité » durant les négociations, mais du développement d'un devoir de ne pas se contredire, dit « estoppel »

---

leur rupture brutale a été fautive alors qu'elle est intervenue à un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat envisagé sans d'ailleurs disposer de tous les éléments nécessaires à la décision et qu'elles étaient donc libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime ; que les consorts Bussereau n'établissent pas que la société Sofiroute serait intervenue, pendant les négociations, dans la gestion de leur groupe, et que si pendant cette période leurs choix stratégiques ont pu être influencés par la perspective du partenariat alors envisagé, l'arbitre a retenu à bon droit qu'ils avaient, ce faisant, délibérément pris un risque qu'ils devaient assumer en "pariant" sur la réussite des négociations engagées ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait ; que le moyen n'est pas fondé ».

154Cass. 2eciv., 5 janv. 1994, no 92-13856, « *En interrompant des négociations qui n'aboutissaient pas après plusieurs mois, M. Clair ne s'était pas rendu coupable d'une brusque rupture et que la société French productions n'avait fait qu'user normalement de la liberté d'entreprendre sans qu'aucune manœuvre délictuelle ne soit prouvée à son encontre ».*

155Cass. com., 9 mars 1999, no 96-16559, Bull. civ. IV, no 54, Cass. civ.1ère, 28 oct. 2003, no 00-11493, *« l'échec des pourparlers(...) n'était dû qu'à la divergence sur l'évaluation des actions »* ; Cass. civ. 2ème, 4 mars 2004, no 02-14022 : *« rien ne démontre que les sociétés auraient commis une faute en exerçant leur liberté de mettre un terme aux pourparlers infructueux qui s'étaient poursuivis pendant huit mois et au cours desquels elles avaient présenté à M. X de multiples offres que celui-ci n'a jamais acceptées avant la rupture desdits pourparlers ».*

156Paris, 13 sept. 2007, RTD civ. 2008, p. 101, obs. B. Fages, Cass. com., 20 nov. 2007, no 06-20332, RTD civ. 2008, p. 101, obs. B. Fages, Cass. com., 16 févr. 2010, no 09-12097, RJDA 2010, no 636.

157Cass. civ. 2ème, 17 déc. 1998, no 97-14970, D. aff. 1999, p. 254.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

permet sans doute d'envisager une évolution ([158]).

93 De manière plus large, les tribunaux retiennent deux types de fautes qu'ils spécifient par le caractère brutal ou abusif (ou fautive) de la rupture, sans d'ailleurs que la distinction soit toujours parfaitement établie, la rupture pouvant être brutale et fautive ([159]).

a. – Caractère *brutal* de la rupture

94 Une jurisprudence établie sanctionne la brutalité d'une rupture de la négociation. Cette brutalité peut être caractérisée à la fois substantiellement, alors que rien ne laissait prévoir cette rupture, mais aussi par la manière cavalière dont la rupture est annoncée par un simple coup de téléphone pour de longues négociations ([160]) ou bien la veille du jour de la signature prévue entre les parties ([161]) voire le jour même ([162]) ou encore en ne se présentant pas à la réunion prévue ([163]).

A bien des égards, c'est moins le caractère brutal en lui-même qui est ainsi sanctionné que son caractère intempestif, inattendu ([164]).

La question pourrait se poser de savoir ce qui serait attendu du contractant qui décide de rompre pour éviter de subir le grief de brutalité de la rupture et notamment le fait de prévenir, par un préavis, que la négociation va être rompue, ce qui n'a pas beaucoup de sens. Ce qui tend à montrer, une fois de plus que ce n'est pas réellement la brutalité qui est sanctionnée en elle-même, mais bien le fait qu'elle accompagne d'autres indices illustrant la faute de son auteur. Pourtant, la jurisprudence tend à admettre l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dont les dispositions intéressent sanction de la rupture brutale de relations

158 Cf. F.-X. Testu, Contrats d'affaires, op. cit., n°21.20 ; . J. Cartwright, « Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens », in L'avant-contrat, Colloque Univ. Amiens, PUF 2008, p. 31 s., spéc. p. 37 et p. 40.

159 Cf. Cass. com., 18 janv. 2011, no 09-14617, sanctionnant celui qui *« avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit, avait manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales et avait ainsi engagé sa responsabilité délictuelle »*

160 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

161Cass. civ., 1ère, 6 janv. 1998, no 95-19199, Bull. civ. I, no 7, JCP G 1998, II, 10066, note B. Fages.

162 Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 470, note A. Laude.

163 Cass. civ. 1ère, 14 juin 2000, n°98-17494, RJDA 20000, n°949.

164 Cf. P. Chauvel, note sous Cass. com., 7 janv. 1997 et Cass. com., 22 avr. 1997, D. 1998, p. 45.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

commerciales établies ([165]).

b. – Caractère *abusif* de la rupture

95 Le reproche de rupture abusive ou fautive repose sur diverses circonstances, souvent assez proches, qui caractérisent une faute.

L'absence de motifs légitimes peut caractériser cette faute, étant entendu qu'il n'est pas nécessaire de fournir un motif quel qu'il soit, pour justifier la rupture, *a priori* ([166]). Rien n'interdit, cependant, de fournir un tel motif, à condition qu'il soit cependant exact.

Le cas traditionnel demeure celui de l'absence de motivation de rupture. L'absence de motif légitime est alors une circonstance susceptible de déterminer l'existence d'une faute ([167]), parfois à elle seule ([168]) : e qui est alors reproché c'est la désinvolture de l'auteur de la rupture, une rupture *« sans motif réel et sérieux »* ([169]). Or, les motifs légitimes abondent : solution alternative plus avantageuse proposée par un tiers, retour financier négatif, perte de confiance, voire de l'*intuitus personae* du partenaire, dégradation de la surface financière du contractant, etc.

Le temps de la négociation n'est d'ailleurs pas étranger à l'appréciation de la faute. Si une interruption précoce peut identifier une négociation leurre ou malintentionnée (Cf. supra, n°), une rupture trop tardive n'est guère mieux reçue par les tribunaux, en ce qu'elle a laissé espérer dans la perpétuation de la négociation l'idée de son succès ([170]).

C'est, à bien des égard, le moteur de la justification de la sanction d'une rupture des négociations : avoir laissé germer et croître l'idée, en toute confiance, en l'issue heureuse de la négociation. Ce qui laisse à penser que plus la négociation dure, et s'enracine, et plus le risque que sa

---

165 CA Montpellier 11 août 1999, JCP 1999, éd.4, n° sp., Cah.dr.entr. 1999/5, p.19, n°3, obs. D.Mainguy ; Cass. com., 5 mai 2009, n°08.11916 **>document n° .**

166 Paris 18 janvier 1995 D. aff. 1996, p. 10, n°5.3.

167 Cf. Cf. Cass. com., 18 janv. 2011, no 09-14617, préc.

168 Cf. Cass. com., 11 juill. 2000, no 97-18275, CCC 2000, no 174, obs. L. Leveneur

169 Cass. com., 7 janv. 1997, no 94-21561, D. 1998, p. 45, note P. Chauvel : *« Attendu , d'une part, qu'après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolacatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers »*. Rappr. Cass. com., 7 avr. 1998, no 95-20361, JCP E 1999, no 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; Paris, 10 mars 2000, JCP E 2001, no 10, p. 422, note F. Violet.

170 Cass. com., 22 févr. 1994, no 91-18842, Bull. civ. IV, no 79, RTD civ. 1994, p. 850, obs. J. Mestre ;Cass. com., 18 juin 2002, no 99-16.488, RJDA 2002, no 1111, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

rupture soit fautive grandit ([171]), car plus il apparaît que l'autre, la « victime » de la rupture a crû, sincèrement, en la forte probabilité de la conclusion du contrat.

La situation s'envenime notamment lorsque celui qui subi la rupture a semblé obtenir des assurances, des encouragements dans sa croyance : le temps passé à la négociation, l'échelonnement des rendez-vous, la connaissance des investissements réalisés ([172]), la faible distance entre les propositions respectives ([173]), etc.

96 Il est bien difficile de présenter des modalités ou des caractères définis de la faute susceptible d'être commise et sanctionnée, tant l'analyse est factuelle. Bertrand Fages a montré par exemple comment les juridictions, y compris la Cour de cassation, se livrent *« à une analyse très détaillée, presque historique de la phase précontractuelle pour apprécier l'existence d'une légèreté blâmable »* ([174]). Certains caractères apparaissent cependant avec plus de netteté. Ainsi, pour que le caractère fautif d'un comportement apparaisse, pour qu'il y ait confiance brutalisée, il faut, d'abord, qu'il y ait eu confiance, c'est-à-dire conscience d'une forte probabilité de succès des pourparlers tenant, elle-même, à la durée et à l'intensité des discussions et attestée, souvent, par les dépenses engagées par la « victime » de la rupture. Il y a, également, faute, imprudence, à laisser trop vite emporter sa confiance. Le devoir de prudence n'est pas unilatéral; il pèse sur chacun des partenaires à l'avant-contrat.

Enfin la victime elle-même pourrait ne pas être sans reproche, soit qu'il ait été imprudent ([175]) ou trop enthousiaste.

CHAPITRE 2. – LES INSTRUMENTS DE LA NEGOCIATION

97 La négociation d'un contrat peut elle-même, au-delà des

171 Cass. Com. 20 mars 1972, préc.,Cass. com., 22 avr. 1997, no 94-18953, D. 1998, jur., p. 45 note P. Chauvel, Cass. com., 7 avr. 1998, no 95-20361, préc. *« En retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit, ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendus sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime, la Cour d'appel… a pu décider que la société Sandoz avait manqué de loyauté à l'égard de la société Poleval lui causant un préjudice »* ; Riom, 10 juin 1992, JCP E 1993, I, no 231, note J. Schmidt, RTD civ. 1993, p. 343, obs. J. Mestre.

172 Cass. com. 20 mars 1972, préc.

173 Cass. com. 7 janv. 1997, n°94-21561, D.1998.45, note P. Chauvel

174 B.Fages, Le comportement du contractant, op.cit., n°576.

175Cass. civ. ère 5 nov. 1996, no 94-20817, RTD civ. 1998, p. 97, obs. J. Mestre ;Cass. com., 15 oct. 2002, no 00-13738, RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

hypothèses de négociation informelle s'accompagnée de documents de nature contractuelle, voire être l'objet d'un contrat.

Le seul contrat de la négociation connu dans le Code civil est la promesse de vente, alors que la pratique a forgé depuis bien des outils.

Certains de ces outils sont des opérations contractuelles connues : contrat de promesse, pacte de préférence, contrat cadre, contrat de négociation. D'autres sont des formules plus ambigües comme les protocoles d'accord, les conditions générales de vente, l'ensemble des « documents contractuels » en général ([176]), et se situent en principe dans un domaine précontractuel sans doute mais sans accéder au rang contractuel, en dépit de la désignation usuelle : ils ne sont pas des contrats et n'en sont parfois même pas l'ébauche. Ils sont cependant susceptibles de créer des obligations, des devoirs, ou, en se rejoignant, le contenu d'un contrat.

Au sein des instruments de la négociation, une distinction élémentaire peut alors être proposée : aux *Instruments non contractuels de la négociation* (Section 1), succéderont les *Instruments contractuels de la négociation* (Section 2), plus représentatifs des contrats préparatoires.

Section 1. – Les instruments non contractuels de la négociation

98 Il est plutôt malaisé, voire difficile, d'espérer recenser l'ensemble de ces instruments non contractuels de la négociation, d'autant qu'ils se rapprochent plus ou moins de la technique de l'offre, moment ultime précédant la conclusion du contrat, dans la mesure où l'offre peut s'envisager de façon autonome, sans qu'une acceptation intempestive ne vienne perturber son statut.

C'est ainsi que l'on peut classer parmi les instruments de la négociation, au sens où celle-ci est constituée de l'ensemble des préparatifs de la formation d'un contrat, un certain nombre de documents précontractuels unilatéraux accompagnant l'offre ou l'acceptation, conditions générales, devis, bon de commande, etc., qui constituent au cœur même de la période de l'avant contrat l'environnement précontractuel et documentaire de la négociation (Section 1) mais aussi les instruments *a priori* non contractuels ou à tout le moins dont la portée contractuelle, quoique discutée, n'était généralement pas souhaitée par les parties à la négociation (Section 2).

I. – Les document de l'environnement précontractuel de la négociation

176 F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

99 Ces documents pullulent au stade de la formation des contrats notamment lorsqu'ils sont formés entre absents, parmi l'ensemble de ce que l'on peut appeler les documents commerciaux : factures, bons de garantie, de livraison, de réception, etc. et qui ponctuent unilatéralement la vie des contrats. Leur contenu est d'autant plus intéressant lorsque le contrat est conclu entre absents dans la mesure où il détermine le *negocium*. Au stade de la négociation du contrat, un certain nombre de ces documents peuvent être inventoriés (A) ne serait-ce que pour préparer leur éventuelle concurrence (B).

A. – Inventaire de quelques documents contractuels

1. – Les documents publicitaires

100 Les documents publicitaires sont surtout connus pour le contrôle dont il sont l'objet, de la publicité comparative ou de la publicité de nature à induire en erreur, aux mentions obligatoires, aux restrictions, en matière de publicité pour de l'alcool ou du tabac par exemple. Les documents publicitaires sont, surtout, des documents susceptibles de devenir de véritables documents contractuels.

Ces règles spéciales ne sont cependant pas réservées à un type particulier et mal défini de document publicitaire. N'importe quel document, peut servir de support à l'élément matériel de l'une ou l'autre de ces infractions ([177]). Un document intitulé *« contrat »* peut également constituer un document publicitaire, comme le célèbre *« contrat de confiance »* largement diffusé au profit d'une enseigne de distribution spécialisée ([178]).

En effet, ils sont, au moins, des invitations à entrer en pourparlers et, au plus, une offre, dès lors que leur contenu est ferme et précis, susceptibles d'ailleurs de participer à la démonstratio de l'existene d'u dol ([179]).

101 Pour pallier ce risque d'attraction d'un document publicitaire vers le contrat, certains documents ajoutent parfois une clause « *document non contractuel », « photo non contractuelle », « ce document n'a pas de*

177 Cf. Crim. 13 novembre 1980, Rev. Conc. consom. 1981, n15, à propos de documents prenant la forme de facture, de bons de commande et de bons de livraison.
178 Cf. T. Corr. Metz, 22 avril 1982, cité par R. Bout, C. Priéto et M. Bruschi, *Droit économique, Lamy,* n°2649.
179 Cf. Cass. civ. 3ème, 13 janvier 1982, JCP 1983, II, 20026, note B. Stemmer; Cass. civ. 3ème, 2 avril 1979, Gaz. Pal. 8 avril 1980, p.7, note A. Plancqueel, Defrenois, 1980, p.953, obs. Souleau; Cass. civ. 3ème, 23 janvier 1979, D. 1980.412, note F. Steinmetz, JCP 1979, II, 19241, note B. Stemmer et v. supra n°79.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

valeur contractuelle »… de nature à lui retirer son caractère ferme et, partant, à lui refuser la qualité d'offre.

L'enjeu est alors de faire prévaloir la volonté de l'auteur de ce document, acte unilatéral, ou le risque que cette clause cache quelque déloyauté. Un principe de cohérence contractuelle, appuyé sur l'adage *protestatio non valet contra factum* ([180]) justifierait que l'on ne puisse avancer une chose, présenter une offre, et son contraire, retirer tout caractère d'offre au document qui la contient. On a parfois écrit que cette maxime n'avait jamais reçu de véritable consécration ([181]) en sorte qu'un principe de cohérence ne devrait s'appliquer que lorsque la contradiction est flagrante ([182]) ou lorsque la clause « *document non contractuel »* est illisible, dévoilant la volonté sinon de tromper du moins de cacher. Il en résulte l'idée d'un « principe de cohérence contractuelle », établi à partir des décisions de jurisprudence qui l'utilisent, même sans s'autoriser d'une formulation expresse du principe. Quelques juridictions du fond ont écarté cette clause dès l'instant où le contenu du document était suffisamment précis et détaillé ([183]) selon une tendance naturelle à considérer comme juridique ce qui est présenté comme ne l'étant pas ([184]).

A bien des égards donc, face à une contradiction du type selon laquelle un document propose la conclusion d'un contrat sur la base d'information présentée comme non contractuelle, la jurisprudence tendrait à faire prévaloir le caractère, sinon contractuel, du moins « engageant » de l'information. Aucune automaticité, cependant, dans l'application du principe. Ainsi, un arrêt d'appel ayant considéré qu'une plaquette publicitaire *« ne constituait que la matérialisation du devoir de renseignement requis du vendeur professionnel »* était censuré par la Cour de cassation : *« la plaquette distinguait elle-même ce qui était contractuel de ce qui n'était pas contractuel »* ([185]).

Inversement dans un arrêt du 17 juin 1997 ([186]) la Cour de cassation

---

180Cf . D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* op. cit.; J. Ghestin, *Force obligatoire des documents publicitaires,* in *Le contrat d'adhésion et la protection du consommateur,* Coll. Ass. dr. et com., ENAJ, 1978, p. 229 ; B. Célice, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968.

181 Cf. B. Célice, op.cit., n°311.

182 B. Célice, op.cit., n°405; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°190.

183 Cf. Trib. Com. Paris, 28 novembre 1977, cité par J. Ghestin, *La formation du contrat,* op.cit., n°412, Paris, 30 octobre 1984, ibid.; contra: Paris, 22 mars 1985, ibid.; Paris, 6 mars 1976, ibid.

184 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°265 s.

185 Cf. Cass. civ. 3ème, 17 juillet 1996, CCC 1997, n°4, obs. L. Leveneur, Defrénois, 1996.1366, obs. Ph. Delebecque*,* RTD civ. 1997.118, obs. J. Mestre.

186 Cass. com. 17 juin 1997, JCP éd. E, 1997, II, 1022, note F. Labarthe.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

avait montré tout l'intérêt de ce principe à propos d'une machine à libeller les chèques vantée comme absolument infalsifiable et pourtant, falsifiée : *« attendu qu'ayant relevé que la société Satas avait garanti dans ses documents publicitaires que les chèques libellés au moyen de la machine étaient infalsifiables et, d'un côté, que la société Tomy, malgré l'utilisation de cette machine qu'elle avait achetée à la société Satas, avait été victime de chèques falsifiées, l'arrêt a exactement retenu que la société Satas avait manqué à son engagement ».*

Cette situation est exactement opposée à la situation prévalant par exemple en droit américain où, par exemple, on admet qu'une offre doit pour être considérée comme telle contenir une réelle intention de contracter ; rien de différent du droit français. En outre, cependant, le *USUCC* (§2-305, 308, 309) admet qu'une offre puisse faire l'objet de compléments si l'auteur de l'offre l'a réellement conçue comme une offre ([187]), ce dont il résulte notamment qu'une offre peut, à la différence du droit français ne pas contenir un prix déterminé ou déterminable, comme d'ailleurs dans la CVIM.

2. – Les conditions générales de contrat

a) Les conditions générales proprement dites

102 De nombreux professionnels rédigent des *conditions générales de contrat*, c'est-à-dire un document relatant les informations dans lesquelles ils exposent à quelles conditions ils souhaitent s'engager ([188]), vendre, le plus souvent, ou inversement, acheter (conditions générales d'achat), louer, prêter, déposer, etc. Elles sont d'ailleurs largement reproduites sur toute sorte de documents, comme les catalogues, les bons de commandes, les factures, etc.

Tous les contrats peuvent être ainsi préparés par de tels documents et notamment les contrats entre absents, c'est-à-dire les contrats à distance, qu'ils soient conclus sous forme numérique ou sous forme physique. Cependant, les conditions générales de vente font l'objet d'une attention particulière en droit de la concurrence, imposant leur communication et certaines mentions obligatoires (C. com., art. L.441-1 s.) ([189]), mais

187 F.-X. Testu, Contrats d'affaires, op. cit., n+21.04.

188 Cf. M. et J.M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, Act. Dr. ent*., n°18, Litec, 2ème éd., 1997, n°200 s.; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, Mélanges A. Jauffret, 1974, p.621; I. Moreau-Margrève, *Les conditions générales de vente, in Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. Dr. Liège, 1971, p.259

189 Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence, Litec, 2010, n°214 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

également en droit de la consommation, ne serait-ce que pour formaliser l'exigence d'information précontractuelle obligatoire de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Ces conditions générales de vente constituent alors une bonne part de l'offre du professionnel, pour autant qu'elles soient communiquées à leur destinataire ; elles sont même, au regard des règles du droit de la concurrence « *le socle de la négociation* » (C. com., art. L. 441-6).

Une difficulté repose sur le fait de savoir si, au-delà de savoir si des conditions générales, sont *utile*s ou *nécessaires*, ce qui est en général le cas, si leur établissement est *obligatoire*. En droit commun rien ne l'impose, mais les exigences d'une part du droit de la consommation et surtout du droit de la concurrence rendent bien étroites les voies laissées au droit commun. En outre, l'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que les conditions générales doivent être communiquées, par tout professionnel, à tout autre professionnel qui en fait la demande, même si la sanction est assez floue par l'article L. 442-6, 9° du Code de commerce : *« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...), de ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle*).

Si elles doivent être communiquées, c'est sans doute qu'elles doivent être établies, et donc préétablies, en vue de leur communication à un professionnel, ou à un enquêteur des autorités en charge du contrôle de la concurrence, mais encore comme « *socle de la négociation* » sur la base desquels l'accord prévu à l'article L. 441-7 du Code de commerce peut être obtenu, ce qui permet d'affirmer que cet établissement est obligatoire ([190]).

103 Le **contenu obligatoire des conditions générales** lorsqu'elles sont soumises aux dispositions de l'article L 441-6 du Code de commerce est envisagé du seul point de vue des exigences du droit de la concurrence, soit : les conditions de vente proprement dite; le barème des prix unitaires, les réductions de prix, les conditions de règlement ([191]). L'énumération ne pose guère de difficulté sauf pourl les « réductions de prix » et les « conditions de règlement ».

190 Cf. Cric. Dutreil, 8 déc. 2005, et D. Mainguy, La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales, JCP, éd. E, 2006, 1294.
191 D. Mainguy, J.-L. Respaud, et M. Depincé, Droit de la concurrence, Litec, 2010, n°169s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Les réductions de prix sont les rabais, les remises et les ristournes, les avantages financiers divers, comme des *escomptes pour paiement rapide*, « promis » par les conditions générales *avant* que de faire l'objet d'une négociation, celle-ci devant être alors formalisée dans les conditions de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans un « accord », ajoutant d'autres « avantages financiers », comme la rémunération de services particuliers rendus par l'autre contractant.

Les « conditions de paiement » visent toutes les modalités du paiement : date, de règlement, mode de paiement, pénalités de retard, etc. Ces informations, sensibles au point de faire l'objet de sanctions particulières (Cf. C. com. art. L 442-6, I, 1° et 7°), sont en outre parfois minutieusement réglementée, s'agissant du délai de paiement, fixé par l'article L. 441-6, al.4 du Code de commerce : *« sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée »* et alors que « *le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture »*, et sauf accord interprofessionnel. Le délai de paiement est donc borné dans sa date maximale, 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de l'émission de la facture, et les parties peuvent, dans cette limite choisir un délai de paiement autre. Avant 2008, ce même délai était fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises. Les pénalités de retard sont également fixées : sauf disposition contraire, qui ne peut excéder trois fois le taux d'intérêt légal, ces pénalités sont au minimum égales au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points ([192]).

En revanche, la construction des conditions générales obéit aux règles ordinaires du droit des contrats : les conditions générales sont censées circonvenir l'ensemble du contrat dès lors que, comme manifestation de volonté et en général comme offre, elle rencontre acceptation et forment le contrat.

b) Conditions générales et conditions particulières

104 D'autres formes de conditions générales sont des contrats qui se découpent en deux catégories, des conditions générales contractuelles et des conditions particulières. C'est particulièrement le cas pour des contrats conclus sur la base d'un modèle, des contrats « en série », qui

192 Cf. Cass. com. 3 mars 2009, JCP, éd. E, 2009, 1543, note D. Mainguy.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

sont ensuite adaptés au cas par cas.

C'est la situtions, principale, des contrats d'assurance par exemple, mais encore de contrats en réseau comme les contrats de distribution. Le promoteur du réseau établit un contrat, qui consitue généralement les conditions générales, qu'il adapte ensuite à la situation concrète, s'agissant par exemple du territoire, de la durée ou encore du prix du contrat. Longtemps sujette à controverse au regard de la sanction des discriminations contractuelles, cette solution semble désormais, depuis l'abandon de cette sanction particulière dans l'article L. 442-6, I du Code de commerce depuis 2008 et sauf discrimination qui serait constitutive d'une entente antitoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, parfaitement possible.

c) Conditions générales types

105 De même, des conditions générales sont établies par des organisations professionnelles au profit de leurs membres et qui s'imposent à eux ([193]). L'esprit est ici très différent de celui qui anime les conditions générales de vente établies par un professionnel à l'égard de ses clients ou fournisseurs : il s'agit moins d'actes unilatéraux que d'actes réglementaires de droit privé ([194]) de nature à organiser, à l'égard des tiers surtout, une forme de présentation générale de l'offre contractuelle des membres de l'organisation.

La nature de ces conditions générales de vente est alors difficile à déterminer. Elles présentent une nature supplétive pour les membres de la profession. Ceux-ci peuvent en effet les écarter ou y référer par une clause à cet effet et modifier tel ou tel élément. Il conviendra cependant que le destinataire de ces conditions générales les connaissent ou soient en mesure de les connaître de façon à ce qu'elles lui soient opposables. Ce destinataire n'est en effet généralement pas de la même profession que son cocontractant et les conditions générales types n'ont, pour lui, d'autre valeur que contractuelle.

Par conséquent, les conditions générales seraient, pour certains auteurs, obligatoires pour les membres de l'organisation professionnelle, à moins de les écarter, en tant qu'usages professionnels ([195]). L'enjeu est

193 Cf. P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, LGDJ, 1978; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, art. cit.; A. Tunc, *Ebauche du droit des contrats professionnels*, Mélanges G. Ripert, t.2, 1950, p.151.

194 Cf. Ph. Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. ent. n°38, Litec, 1998.

195 P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, op.cit., n°3 s. et comp. Paris, 30 juin 1964, JCP 1965, II, 14058; Cass. com. 9 février 1965, Bull. civ. III, n°103; Cass. com. 12 octobre 1983, Bull. civ. IV, n°265;

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

important : si ces conditions générales sont considérées comme des usages professionnels, leur contenu sera opposable au professionnel même sans mention particulière de celles-ci dans un document quelconque. A l'inverse, elles devront, pour s'appliquer au destinataire, être indiquées dans un document quelconque qui lui soit adressé afin de lui être opposable et, surtout de constituer le contenu du contrat à conclure. En pratique, il conviendra de référer dans un document, l'existence des conditions générales professionnelles pour permettre leur connaissance à ses destinataires.

d) Conditions générales par référence

106 Le dernier type de conditions générales pose le probèle, plus général, et valable par exemple pour les ventes de consommation en libre service, de l'hypothèse dans laquelle une offre, un document précontractuel, vise des conditions générales auxquelles le contrat est censé, par référence, renvoyer.

Or, en principe, les conditions générales constituent l'ensemble des informations *accessoires* aux éléments *essentiels* qui établissent un consentement, de sorte qu'il convient que ces informations aient bien été dans le champ du consentement, ce qui suppose qu'elles aient été communiquées avant ou concommitamment à l'expression de ce consentement. Dès lors, on pourrait considérer qu'on ne peut acquiéser qu'à ce qu'on a été en mesure de connaître et donc que la référence à des conditions générales de vente type, ou affichées, auxquelles il est fait renvoi est inefficace : elles ne sont point consenties. Pourtant la jurisprudence admet l'efficacité de ce renvoi estimant que l'existence de la clause re renvoi dans un document établi par écrit, mieux signé permet de considérer que le contractant en a eu connaissance ([196]). C'est une position qui se conçoit dans des relations professionnelles, par renvoi par des conditions générales établi par un syndicat ou une fédération auxquelles appartiennent les deux parties, ou qu'elles ne peuvent ignorer, ou encore à propos d'une clause d'arbitrage par référence. On peut être plus dubitatif dans d'autres circonstances, et notamment pour des conditions générales opposées à un contractant « nouveau » ou profane, par exemple un consommateur ou le contractant qui conclut un contrat de distribution et intègre un réseau et plus généralement dans les relations entre fournisseur et distributeur. Outre le cas où la clause de renvoi

---

Cass. com. 17 juillet 1990, JCP 1991, éd. E., II, 146, obs. T. Hassler ; Cass. com. 28 novembre 1995, JCP 1996, éd. E., II, 814, note Ch. Gavalda, sur une question voisine: « *en l'absence de convention contraire, (le client) est censé avoir adhéré au règlement de la Chambre de compensation en émettant une lettre de change-relevé* ».

196 Cass. civ. 1re, 16 févr. 1999, no 96-19469, Bull. civ. I, no 51

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

pourrait être considérée comme une situation d'habitude, ou d'usage, selon l'idée que l'existence de relations commerciales antérieures a permis, au moins une fois, la connaissance de ces conditions générales et donc que cette succession crée une présomption de connaissance ([197]), la Cour de cassation semble hésitante et rejette parfois cette connaissance ([198]).

Aucune automaticité donc, ni pour rejeter les conditions générales par référence, ni pour les admettre.

3. – Le devis et la facture pro forma

a. – Le devis

107 Un devis peut être défini comme « *un état généralement détaillé d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix, soit par nature de travail ou corps d'état, soit à forfait* » ([199]). Il n'est donc pas nécessairement précis, notamment lorsque le devis porte sur un contrat d'entreprise constitué sous forme de marché en régie ou sur séries. Ce document permet alors de décrire les travaux à effectuer et d'estimer leur coût. Le devis comporte généralement des indications plus importantes : outre les indications sur le prix, la nature, l'étendue de la prestation à réaliser, il comporte souvent beaucoup plus d'informations telles que celles contenues dans les conditions générales de l'entrepreneur, précisant alors toutes les conditions de la conclusion du contrat, ne serait-ce que parce que, en pratique, les émetteurs de devis les établissent sur un document qui comporte, au verso, ces conditions générales.

Certains contrats comme le contrat d'entreprise, sont plus fréquemment que d'autres précédés d'un devis, c'est à dire d'une étude descriptive des travaux à exécuter et de l'estimation du prix ([200]) auquel ils seront réalisés. En principe, le devis n'est soumis à aucune règle particulière ; il relève de la théorie générale des avant-contrats aussi bien pour sa forme que pour ses effets.

Le devis est en principe facultatif ([201]) et devient parfois obligatoire ou encadré pour certaines professions, notamment libérales. S'agissant des avocats l'article 10 de la loi du 10 juillet 1991 dispose qu'à défaut de convention entre l'avocat et son client, l'honoraire est fixé, selon les usages, en

197 Cf. Cass. com. 5 mars 1991, nº 89-17360, Bull. civ. IV, nº96, Cass. com. 14 déc. 1993, nº 92-11313.

198 Cf. Cass. civ. 1re, 30 juin 1992, nº 90-21491, Bull. civ. I, nº203, Cass. civ. 1re, 18 oct. 2005, nº 03-18467, Bull. civ. I, nº377.

199G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F 1987.

200 A la différence de la facture pro forma, l'évaluation du prix est donc approximative.

201 Cf. Civ., 23 octobre 1945, D.46.19

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci.

108 La **nature juridique du devis** n'est pas aisée à décrire en raison de la très grande diversité des situations rencontrées en pratique. L'intérêt de mesurer cette nature juridique tient essentiellement à l'observation de la situation suivante : l'émetteur du devis peut-il, après son édition, modifier les termes du devis ou même y renoncer ? Les termes du devis lient-ils les parties ? En d'autres termes, le devis peut-il être assimilé à une offre ? Il conviendrait qu'il emprunte les caractères de l'offre, précision et fermeté. Or, la réponse diffère selon les types de rédaction de devis rencontrés.

Le devis peut d'abord n'être qu'une *simple invitation à poursuivre les pourparlers*, entamés par la demande de devis. En présence d'un devis estimatif, les éléments de précision et de fermeté fait défaut pour assimiler devis et offre [202].

Le devis peut correspondre à une forme d'explicitation et de formalisation de l'*offre*d'un professionnel, surtout lorsque le devis répond aux conditions de l'offre à travers la précision et la fermeté de son contenu, à moins cependant qu'une clause ne cherche à en limiter la portée, par une clause *« devis non contractuel »*.

Souvent cependant, le devis s'inscrit plus profondément dans les relations professionnelles, tant en raison de la volonté des parties que de l'influence des usages professionnels [203]. Le devis peut en effet, selon sa rédaction, engager plus particulièrement son rédacteur, comme une *promesse unilatérale de contracter* et notamment lorsqu'il prend la forme d'une formule du type : « *je m'engage (sous-entendu « avec vous qui l'acceptez ») à faire ceci et à tel prix si vous me le demandez ».* Le « devis-contrat de promesse unilatérale » est alors conclu pour une durée indéterminée en sorte que l'émetteur du devis pourra la dénoncer à tout moment comme si c'était une offre.

202F.Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ 1994, n°309.

203 Ph.Malaurie et L.Aynès, par P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1999, n°703 : *« Ou bien il s'agit d'un projet qui est un élément des pourparlers, et non une promesse de contrat ; l'entrepreneur n'est donc pas lié, sauf par les règles de la bonne foi. Ou bien à l'inverse, il y a un engagement réciproque qui n'est pas pour autant une promesse synallagmatique de contrat, parce que les obligations ne sont pas symétriques: un honoraire est dû à l'entrepreneur même si le contrat n'est pas conclu »*. La première hypothèse correspond à la première que nous visons. V. aussi R. Bout, M. Bruschi et C. Priéto, *Droit économique*, Lamy, n°4752 : *« Le plus souvent, le devis s'assimile à une promesse unilatérale de contrat qui ne lie que l'entrepreneur, le maître d'ouvrage ou client n'étant pas tenu de conclure le contrat définitif, ni de verser des honoraires pour le devis qui est gratuit »*..

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Parfois enfin, le devis prend la forme d'un *« contrat de devis »*, convention par laquelle les parties s'accordent pour que l'un, l'entrepreneur, dresse un devis au profit de l'autre, candidat maître d'ouvrage. Simplement rédigé ainsi, le contrat, unilatéral, n'apporte à la formule précédente que par le fait qu'il comporte une obligation d'établir le devis. On peut alors se demander si un tel contrat n'emporte pas, en outre, une obligation de négocier, une obligation de poursuivre les négociations et sans doute une obligation de conseil.

Un tel contrat permet surtout de le rendre synallagmatique par l'obligation mise à la charge du destinataire du devis de payer unprix pour le devis. Au delà de ces simples obligations, le contrat deviendrait un contrat d'étude comme dans les relations avec un architecte, ou une formule organisée d'appel d'offres, obligatoire dans le cas de certains marchés publics mais qui, bien que facultative dans les relations privées, est parfois retenue dans la mesure où elle permet de confronter plusieurs offres, mieux sans doute qu'avec un simple devis.

109 Le contenu du devis rassemble au minimum les informations nécessaires à la conclusion du contrat : l'étendue des travaux, les achats nécessaires, les frais, le prix, forfaitaire ou en fonction d'une base, définitif ou prévisible, etc., mais encore la durée d'efficacité du devis. De même, le devis peut être onéreux ou gratuit : par principe, faute d'accord ou d'usage particulier, le devis est gratuit, surtout lorsque c'est l'entrepreneur qui prend l'initiative de l'établir ([204]). Il peut en être autrement si le devis résultait d'un véritable travail, méritant rémunération ([205]).

b. – La facture pro-forma

110 La facture pro-formaest un document plus précis que le devis. C'est une facture, mieux, un brouillon de la facture comportant la plupart des indications figurant sur une facture qui pourrait être adressée à l'acheteur si le contrat était effectivement conclu. Cet instrument est en effet souvent utilisé par l'acquéreur qui envisage de conclure un contrat de crédit pour financer son acquisition, ou un contrat de crédit-bail, pour obtenir une autorisation administrative préalable à l'acquisition ou la vente d'une marchandises, par exemple à l'exportation, pour

204 Cf. Com. 30 novembre 1971, *D.*1972.209 ; B. Gross, *Pourparlers, J. Class. Contr. distr.* , 1990, n°90.

205 F.Collard-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats spéciaux,* op. cit., n°718. V. pour un architecte: Civ. 3ème, 29 avril 1985, *RD imm.* 1985.374 ; Cass. com. 25 juin 1973, *Bull. civ.* IV, n°217 ; Cass. civ. 7 février 1966, *Bull. civ.* I, n°89, pour un bureau d'études : Cass ; civ. 3ème, 6 mars 1973, *Bull. civ.* III, n°163.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'accomplissement de formalités fiscales, douanières ([206]).

C'est donc un document unilatéral émanant d'un vendeur et qui ne permet pas à lui seul d'établir qu'un contrat est formé ([207]). C'est donc la manifestation écrite de l'offre, voire *« l'attestation par le vendeur des conditions d'une vente acceptée par lui »* ([208]). Présentant toutes les caractéristiques d'une offre, elle doit donc être maintenue dans le délai éventuellement prévu, surtout, comme c'est le cas en pratique, où elle est destinée à un tiers.

4. – Les bons de commande et les confirmations de commande

111 Le *bon de commande*est un document émanant généralement du créancier de la prestation caractéristique, l'acheteur, le maître d'ouvrage, par lequel il fait savoir à son destinataire qu'il entend conclure un contrat, commander une chose. La question se pose alors de la nature juridique du bon de commande: offre ou acceptation ? Dans la mesure où un bon de commande suit généralement la communication d'un catalogue ou des conditions générales de vente adressés vendeur à l'acheteur, le bon de commande sera la réponse à ces documents, ces offres, en sorte qu'il s'agira d'une acceptation de l'offre du cocontractant. Encore convient-il de vérifier préalablement que les documents du vendeur constituaient bien une offre et que le bon de commande et l'offre sont concordants.

Par ailleurs, on considère souvent en droit français que certains commerçant sont en état d'offre permanente ([209]) en ce sens qu'ils diffusent en permanence une offre, ferme et précise, non équivoque, faite à personne indéterminée : dans ces conditions, toute commande émanant d'un candidat acheteur réalisera l'acceptation qu'appelle cette offre.

Pour cette raison et pour pallier ce risque de conclusion du contrat qui se réalise presque à l'insu du pollicitant, des clauses peuvent inverser le sens de l'offre et de l'acceptation et imposer une confirmation du contrat ([210]) c'est-à-dire que le destinataire du bon de commande, le vendeur, l'entrepreneur, se réserve la possibilité de ne pas confirmer et, donc, de ne pas accepter, par le jeu d'une ***confirmation de commande***. Plus exactement, les conditions générales du vendeur indiquent une formule

206 D. Thomas, La facture pro-forma, RTD com.1977.671 ; F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n°315 s.
207 Cf. Com. 3 mai 1984, *Bull. civ.* IV, n°149.
208 Com. 24 février 1970, *Bull. crim.* n°74, v. aussi, Paris 20 novembre 1962, *RTD com.* 1963.877, obs. J. Hémard.
209 Cf. notamment, au travers d'une littérature juridique particulièrement riche : J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n°13s.
210 Cf. B. Gross, *La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation*, Etude R. Roblot, 1984, p.433.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

du type de la suivante : *« La commande ne deviendra définitive qu'après réception par l'acheteur d'une confirmation de commande écrite »*, de manière àassurer au vendeur la maîtrise du moment et du lieu de formation de la vente.

Un temps, la Cour de cassation niait la possibilité de mettre en place un tel mécanisme renversant l'ordre traditionnel de l'offre et de l'acceptation. Elle considérait alors qu'une telle clause constituait une condition potestative ([211]) qui sanctionnée emportait l'annulation du contrat tout entier, solution peu opportune.

Pourtant l'ordre de l'offre et de l'acceptation n'est soumis à aucune règle impérative *a priori* et la chambre commerciale a ensuite admis cette formule : « *par son adhésion à la proposition contenue dans le bon de commande, l'acheteur n'avait formulé qu'une offre d'achat, révocable comme telle jusqu'à ce que la vente devienne parfaite par l'acceptation du vendeur »* ([212]).

En droit anglo-américain, la situation de départ est exactement l'inverse de la situation française : c'est l'acheteur qui en principe réalise une offre que le vendeur peut accepter : la clause admise par la Cour de cassation permet ainsi, dans les contrats d'affaires au moins, de choisir entre les deux formules.

5. – Les factures

112 Les factures accompagnent tous les contrats professionnels, comme pièces comptables constatant le contrat ([213]). Elles sont même imposées par les règles du droit comptable ou du droit fiscal, notamment lorsque l'opération est soumise à TVA. Par ailleurs, le droit de la concurrence impose la présence d'une facture comportant des informations particulières, concernant le prix, les réductions de prix et le moment du paiement (C. com., art.L. 441-3).

La facture est surtout le constat de la créance née de la formation du contrat. Intervenant soit au moment de la conclusion du contrat mais, substantiellement, comme document contractuelaccompagnant l'exécutiondu contrat, la facture ne participe pas *a priori* à la négociation du contrat.

Une première hypothèse¸ évidente, est à exclure, celle où le vendeur adresse à l'acheteur ne facture et prétend ensuite que le contrat est conclu. Ce raisonnement est voué à l'échec. La réception de la facture

211 Cass. com. 9 décembre 1980, Bull. civ. IV, n°421, D. 1981.IR.441, obs. B. Audit.
212 Cass. com. 6 mars 1990, JCP 1990, II, 21583, éd. E., II, 15803, note B. Gross, Defrénois, 1991, p. 356, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1990.463, obs. J. Mestre.
213 Cf. R. Savatier, *La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, RTD com.*1973.1

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

par son destinataire, même sans réserve de la part de celui-ci, ne permet pas d'en déduire que le contrat est conclu : le silence ne vaut pas, en principe, acceptation ([214]).

Une seconde hypothèse, plus commune, envisage la situation où le contrat est établi sans document précontractuel clair et où l'acheteur exécute tout ou partie du contrat que la facture entend établir. La chambre commerciale a admis que la réception sans réserve d'une facture et, surtout, son paiement, c'est-à-dire l'exécution du contrat, permettent de déduire l'accord préalable au contrat par le destinataire de la facture, du moins sur ses éléments essentiels, prix et chose, à défaut d'accord sur le reste des clauses du contrat figurant par exemple dans les conditions générales de vente ([215]) et il en serait sans doute de même de la réception des marchandises par l'acheteur, dans la mesure où le paiement est l'obligation principale de l'acheteur. Par conséquent, en exécutant le contrat, on peut en déduire que l'acheteur a en accepté la conclusion.

Trois difficultés s'ajoutent alors. La première porte sur le contenu du contrat. L'exécution par l'acheteur permet d'admettre qu'il a accepté l'offre du vendeur. Or celle-ci est généralement constituée de documents précisant la consistance de cette offre, conditions générales notamment. Dire que l'acheteur a accepté l'offre par son comportement permet simplement alors de considérer que cette acceptation porte sur les éléments essentiels du contrat, prix et chose, mais point le reste de l'offre, sauf à démontrer que l'acheteur avait connaissance des conditions générales de vente et n'avait pas opposé ses propres conditions et notamment le contenu de ses propres conditions générales d'achat.

La deuxième concerne le moment de la formation du contrat. Celui-ci est reporté au moment de l'exécution par l'acheteur de ses obligations, le moment du paiement ou celui de la réception des marchandises selon le cas. Dans cette hypothèse, le contenu des informations portées sur les documents accompagnant cette exécution peut ajouter au contenu du contrat. On songe, ainsi, au contenu de la facture ou d'un bon de livraison, au dos desquels figurent généralement les conditions générales du vendeur, documents remis généralement au moment de la livraison.

La troisième repose sur la question de savoir si une facture peut modifier le contenu du contrat conclu. Contrairement à ce que la doctrine affirmait classiquement sur le fondement d'un usage commercial particulier ([216]), lorsque le moment de la formation du contrat est déterminé avec plus ou moins de précision, en tout cas avant l'envoi de la

214 Cf. J. Ghestin, *La formation du contrat*, op.cit., n°426 et Cass. civ. 3ème, 9 mars 1988, *Bull. civ. IV*, n°53; *RTD civ*. 1988.520 obs. J. Mestre.
215 Cf. Cass. com. 26 mai 1987, JCP 1987, IV, 266.
216 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* op.cit., n°432 s. sur les controverses du début du siècle.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

facture, le contenu de cette facture ne saurait modifier unilatéralement le contenu du contrat. C'est ainsi que la mention d'une clause de réserve de propriété sur la facture est sans effet sur le contrat si elle ne figurait pas sur un document avant le moment de l'échange des consentements ([217]).

B. – La concurrence des documents

113 Les difficultés tenant à la relation des différents documents contractuels qui accompagnent la négociation et la vie des contrats sont fréquentes, d'autant plus que le contrat est établi à distance, la première difficulté étant d'ailleurs le risque d'incohérence entre tous ces documents ([218]).

114 L'une des solutions possibles résulte, à titre de précaution et pour autant que le contrat trouve sa formalisation dans un contrat principal, en l'exclusion de ces documents préalables par la clause dite *« clause des quatre coins »* ([219]) par laquelle les parties s'accordent pour que seul le contenu du contrat principal constitue l'engagement des parties, à l'exclusion de tout autre document. Cette clause est très voisine de celle que l'on trouve dans certains documents, publicitaires surtout, assurant la valeur non contractuelle de telle mention ou du document lui-même, de portée discutée ([220]). Cependant, la clause des quatre coins réfute la valeur contractuelle d'un document qui, sans cette clause, pourrait présenter une telle valeur, après que ces documents soient exprimés, dans le contrat principal et devrait, pour cette raison, présenter les effets voulus, comme constituant une sorte de résiliation bilatérale des engagements nés avant la conclusion du contrat principal.

L'une des principales difficultés nées à l'occasion de ces questions de concurrence entre documents tient au fait que le moment de la formation du contrat n'est pas aisé à déterminer. Elles tiennent aussi au fait que les difficultés sur le contenu du contrat et donc sur la résolution de la concurrence des documents se présentent longtemps après que le contrat a été conclu et exécuté, au moins partiellement. Le litige éventuel portera donc moins sur les conditions de la formation du contrat que de la détermination du contenu exact du contrat pour vérifier les conditions de

217 Cf. Cass. com. 17 décembre 1957, Bull. civ. III, n°350; Cass. com. 16 octobre 1967, D. 1968.193, note. Plaisant.
218 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°188 s.
219 Cf. E. Rawach, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contra, D.* 2001.Chr. 223 ; J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, par J.-M. Mousseron, M.-L. Izorche, P. Mousseron et J. Raynard, op.cit., n°1488.
220 Cf. supra, n°345 s..

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

son exécution. Ces difficultés se ramènent à deux types de problèmes, selon qu'il s'agit de concurrence entre deux documents dont l'un participe à la formation du contrat et l'autre étant antérieur ou postérieur.

1. – Concurrence entre un document formant le contrat et un autre document quelconque

115 Cette première difficulté est la plus aisée à résoudre. Elle tient à la concurrence de deux documents présentés à des moments différents de la vie du contrat. Par exemple, une différence peut naître entre le contenu d'une offre, constatée dans un courrier, un devis ou des conditions générales et le contrat négocié, s'il est écrit, ou un bon de commande signé par les deux parties ou encore avec un document postérieur comme une facture, un courrier de réclamation.

116 Une telle concurrence peut s'observer entre le ou les documents formant le contrat et un document antérieur, un courrier par exemple, ou un document publicitaire. Le moment de l'échange des volontés peut alors être, ou non, rapporté à un document particulier par exemple les conditions générales de vente du vendeur.

Lorsque le moment de l'échange des volontés peut être rapporté à un document particulier, par exemple parce que l'acheteur a établi un bon de commande, la lecture de ce document permet de résoudre de nombreuses difficultés. C'est ainsi que, au dos des bons de commande, sont généralement reproduites les conditions générales de vente du vendeur ou les conditions générales d'achat de l'acheteur. Dès lors, ce document – bon de commande et conditions générales – fixe, de façon plus ou moins étendue en fonction de la qualité et de l'importance des informations qu'il contient, le contenu du contrat ([221]). Si les deux documents sont différents, si un document antérieur contredit l'un des éléments du document postérieur, qu'il s'agisse d'un élément essentiel ou accessoire. Si la difficulté est présentée au moment de la formation du contrat (c'est le cas de la différence entre leprix affiché et le prix demandé, dans un magasin), le document antérieur sur lequel le consentement porte, semble prévaloir, pour autant qu'il puisse véritablement être considéré comme support d'une consentement, qu'il s'agisse d'une offre.

Lorsque, en revanche, le moment de l'échange des volontés ne peut être rapporté à un document particulier ou qu'il se rapporte à un document se résumant à rappeler le prix et la chose, les difficultés sont plus grandes.

221 Cf. Civ.1ère 3 décembre 1981, Bull.civ.I, n°342 à propos de la signature sur un bon de commande référant aux conditions générales; 16 février 1999, Bull.civ.I, n°51 pour une clause attributive de juridiction.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Les clauses figurant dans un document antérieur qui entrerait en concurrence avec un document principal prennent alors toute leur importance surtout si la qualité d'offre peut être reconnue à ce document antérieur. Si ce document a été porté à la connaissance de l'acheteur, son contenu est alors *essentiel*. Dans ce cas, en effet, on part de l'axiome selon lequel le contrat a été conclu. Or, la formation du contrat est la rencontre de l'offre et de l'acceptation. L'offre est un bloc, accepté en bloc, en sorte que toutes les informations figurant dans le document antérieur, et qui constituent l'essentiel de l'offre, sont acceptées et font la loi des parties. L'intérêt de cette hypothèse se renforce si l'on observe qu'elle permet d'opposer à un contractant le contenu de ses conditions générales, remises avant l'échange des consentements, dès lors que le consentement s'est formé à partir d'un document ne les reproduisant pas.

Lorsque, enfin, la concurrence s'effectue entre un document précontractuel et un document postérieur, la difficulté est plus aisée à résoudre. Le document postérieur, une facture par exemple, ne saurait modifier unilatéralement le contenu du contrat ([222]) mais un tel consentement pourra s'observer par l'échange postérieur de deux documents convergents pour contredire le contenu du contrat principal ([223]).

2. – Concurrence entre deux documents participant à la formation du contrat

117 Le problème type est alors celui de la concurrence entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat ([224]).

Une première solution consiste à instaurer une hiérarchie entre ces documents de manière à évincer les documents de son partenaire en insérant, dans ses conditions générales, une clause du type : *« Nos conditions générales de vente ne sont pas susceptibles de modification par des stipulations figurant dans tous documents émanant de nos partenaires; ces stipulations étant réputées révoquées par la conclusion du contrat »*. Acceptée, cette stipulation devrait assurer la prééminence des conditions générales contenant cette clause, contre les conditions générales ne la contenant pas, comme si elle aboutissait à ériger en élément essentiel du consentement tout le contenu des conditions

222 Cf. Cass. com. 30 janvier 1990, Bull. civ. IV, n°26.

223 Cf. T. com. Metz, 23 février 1983, Les petites affiches, 13 juillet 1983, n°83, p.25; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°39. V. aussi Com. 20 novembre 1984, Bull.civ.IV, n°313.

224 Comp. M. et JM Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, op. cit., n°122 s., sur l'incidence des règles contenues dans l'ordonnance du 1er décembre 1986. V. aussi, Com. 20 nov. 1984, *Bull. civ.* IV, n°313.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

générales. Pourtant, la jurisprudence ne semble guère admettre ce raisonnement ([225]), comme si la conclusion du contrat malgré cette clause et malgré une clause concurrente émanant du partenaire revenait à évincer la clause hiérarchisante, d'autant moins d'ailleurs que les conditions générales opposées contiennent une clause identique inverse. Les deux clauses se contredisent et s'anahilent réciproquement.

118 Tout se ramène, alors, à la concurrence entre le contenu des documents concurrents et antagonistes. Le raisonnement conduisant à découvrir le contenu du contrat, par la concurrence des documents peut alors être ainsi disséqué.

En premier lieu, les documents peuvent se compléter par des clauses identiques, similaires ou compatibles : elles font évidemment partie du contrat.

En second lieu, un document peut contenir une clause particulière, tenant aux conditions de garantie par exemple, et ne rencontrer aucune opposition dans le document concurrent. Dans cette hypothèse, le premier document peut être considéré comme l'offre d'insertion de cette stipulation dans le contrat, acceptée par son partenaire si l'on admet que l'acceptation forme un bloc : seul le refus exprès de cette clause l'aurait évincé.

Plus difficile est, alors, la variante selon laquelle des clauses *susceptibles d'être compatibles* se concurrence, par exemple, une clause dans les conditions générales de vente précise une garantie conventionnelle limitée à une durée de deux ans et que les conditions générales d'achat évoquent, dans les mêmes conditions, une garantie de cinq ans, conduisant soit à les écarter soit à retenir le plus petit dénominateur commun, deux ans

En troisième lieu, une clause particulière peut rencontrer une clause exactement contraire, ce qui se produit souvent pour les clauses de réserve de propriété, de compétence d'attribution ou compromissoire, de garantie et de non garantie, de paiement, etc. Dans cette hypothèse, on écrit souvent que les clauses contradictoires *« s'annulent »* ([226]). Plus exactement, elles ne font pas partie du contrat car elles n'ont pas recueilli le consentement des contractants, en sorte que faute d'accord, les solutions supplétives du Code civil s'appliquent comme la jurisprudence l'a retenu par exemple pour des conflis de clauses de réserve de propriété

225 Cf. Cass. com. 10 décembre 1991, Bull. civ. IV, n°280; Paris, 25 septembre 1986, *Rev. jur. Com*. 1989.215, note Ch.-H. Gallet; T. com. Paris, 3 mars 1986.1133, note P. de Fontbressin Adde A. Tummers, *Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur*, Ann. Fac. Dr. Liège, 1972, p.585.

226 Cf. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, op.cit., n°37; Cass. com. 7 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.227.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

et de *« non réserve »* de propriété ([227]).

119 On observera cependant que le choix ainsi opéré n'est pas neutre : il est globalement admis en Europe continentale, à travers que le droit allemand désigne comme la théorie de la validité réduite (*Restgültigkeitstheorie*). Sans doute l'éviction des deux clauses incompatibles respecte le jeu de l'échange des volontés et se fonde sur l'hypothèse de règles supplétives existantes, avec cette réserve que, précisément, ces règles supplétives ne satisfaisaient ni l'un, ni l'autre.

En revanche, les systèmes de droit anglo-américain suivent des règles différentes. Dans le système de la *Common Law*, dit de *« Battle of the Forms »*, le principe est celui que tout document postérieur qui n'est pas une acceptation pure et simple est une contre-proposition et donc une nouvelle offre, quand bien même la différence serait infime, annihilant la portée du document précédent, etc. Il s'agit d'une règle appelée *« Mirror Image Rule* selon laquelle le contrat n'existe qu'à partir du moment où il y a une coïncidence parfaite entre les deux volontés appelées à se rencontrer. Dès lors en cas de *Battle of the Forms*, et notamment lorsque le litige intervient après que le contrat a été conclu et exécuté, on identifie la formation du contrat du contrat comme étant, au moins, le premier commencement d'exécution, comme en droit français, mais, plutôt que d'éplucher les documents précédents, le document qui établit la dernière contre-proposition, et donc la dernière offre, est celui sur la base duquel le contrat est établi, selon le système parfois dit du *« Last shot Rule ».*

Par comparaison, où le système français par exemple favorise le droit supplétif et donc l'acheteur (le droit supplétif étant supposé favorable à l'acheteur), le système anglais favorise en pratique le vendeur, même si le système favorise en réalité le développement d'un formalisme où chacun cherche à adresser le dernier document.

En droit américain, le système s'écarte de la règle classique anglaise en ce sens que si l'offre est exprimée comme le dernier document adressé avant la formation (l'exécution en pratique), il n'en résulte pas qu'elle soit modifiée par un document nouveau qui ne modifie pas un point essentiel. A mi-chemin alors entre la règle anglaise et le droit français, le droit américain propose une solution dans l'article 2-207, 1) du UCC (*Additional Terms in Acceptance or Confirmation*) « *A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which*

227 Cf. Cass. com. 11 juillet 1995, JCP 1996, éd. G., 1996, I, 3896, obs. Ph. Pétel ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd.E, II, 3896, note J. Vaillansan, D. 1996. Somm. 212 , obs. F. Pérochon. P. Crocq¸ obs. in. RTD civ. 1996.675 ; D. Mainguy, obs. in JCP éd. E, 1997, I, 631, n°6 ; D. Voinot, Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives, D. 1997. Chr. p. 312.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms ».

II. – Les documents à portée contractuelle discutée

A. – Les lettres d'intention

120 Les lettres d'intention ([228]) recouvrent deux formules contractuelles très différentes. Communément,les lettres d'intention ou lettres de confort ou encore lettres de parrainage ([229]), se retrouvent indépendamment de toute négociation contractuelle, comme engagement fourni par une société mère pour soutenir sa filiale. Dans l'esprit de son rédacteur, il s'agit d'une simple *« intention »* ([230]) et non d'un engagement. Or, la frontière entre les deux étant souvent difficile à tracer, la jurisprudence découvre parfois derrière cette « *intention* », un simple engagement moral ([231]) une véritable obligation de faire, engageant son auteur, une obligation de moyens, le plus souvent ([232]) mais parfois de résultat ([233]) ou de cautionnement ([234]). Ce type

228 Pour une étude générale : X. Barré, La lettre d'intention, Economica, 1995.

229 R. Baillod, Les lettres d'intention, RTD com. 1992.547 ; S. Piedlièvre, L'efficacité des lettres de confort, Dr. & pat. 1996/1, p. 56 ; B. Saint-Alary, La lettre d'intention, Dr. & pat. 1995/7-8, p. 30 ; A. Laude, La reconnaissance par juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992**,** n°694 s.

230 Cf. CA Paris, 30 avril 1985, *RTD civ.* 1985. 730, obs. J. Mestre.

231Paris, 4 mai 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, note Ph. Delebecque, Rev. Soc. 1993, p. 662, obs. Y. Guyon.

232 V. Par exemple, Cass. com. 4 oct. 1994, no 92-15330, Bull. civ.IV, n°276, JCP éd. E, 1995, II, 708, note J.-L. Médus, *Defrénois* 1995. 255, note P. Le Cannu, Cass. com. 18 avril 2000, Contr. Conc. Consom. 2000, n°123, obs. L. Leveneur..

233Cass. com., 24 oct. 2000, no 97-21796, RJDA 2001, no 164, JCP E 2001, no 25, p. 1042, obs. Ph. Simler ; Cass. com., 9 juill. 2002, no 96-19953, Bull. civ. IV, no 117, Dr. & patr. 2002, no 110, p. 91, obs. Poracchia D., D. 2002, p. 2327, obs. A. Lienhard

234 V. Par exemple, Cass. com. 21 déc. 1987, D. 1989. 112, note J.-P. Brill : *« malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation de résultat »* pour une lettre qui indiquait que « *Nous avons l'intention de soutenir notre filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de nous substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à l'égard de X »* ; Cass. com. 23 oct. 1990, *Bull. civ.*, IV, n°256, JCP éd. G., 1991, II, 2168, note Ch. Larroumet, éd. E, I, 91, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, D. 1992. Somm. 34, obs. M. Vasseur, Bull. Joly, 1991.403, note M. Jeantin, Banque 1991. 207, note J.-L. Rives-Langes ; Rev. Soc. 1991.86, obs. Ph. Delebecque, *Rev. Dr. Banc. et bourse*, 1991.106, obs. M. Contamine-Raynaud.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'engagement est une alternative des contrats de cautionnement et des sûretés conventionnelles en général ([235]).

121 La « lettre d'intention » au sens des négociations ([236]) se retrouve à l'occasion de la négociation d'un contrat, généralement un contrat important dont la gestation nécessite une longue période et souvent dans le domaine des relations internationales ([237]).
Appelé indifféremment lettre d'intention, *letter of intent,* lettre d'intérêt, *letter of understanding*, ou encore concept papers, heads of agreement, letter of intent, memorandum of understanding– appelé aussi par ses initiales, MOU, memorandum of agreement ([238]), etc.,ce document prend la forme d'un courrier ou d'une déclaration dans laquelle son auteur déclare son « intention » d'entamer ou de poursuivre une négociation et de parvenir à un accord plus ou moins déterminé, ou de préciser un point de cette négociation ou bien encore de faire le point sur la négociation en cours.

122 Ces lettres d'intention sont donc des actes juridiques unilatéraux qui préparent la conclusion d'un contrat définitif ; il s'agit là d'une terminologie assez vague qui recouvre parfois des techniques juridiques classiques. En général, les lettres d'intention n'engagent que leur auteur et constitue de simple proposition de contracter voire une offre, sans engager leur destinataire. Elles peuvent aussi prendre la forme d'un contrat de négociation, voire d'une promesse de contrat, en fonction de la

---

235Lettres d'intention, De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. & patr. 1999, no 67, p. 45.

236Cf. M. Montanier, Les lettres d'intention, Rapp. C. Cass.1987, p. 72 et concl. sur Cass. com. 21 décembre 1987; M. Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI 1977.73 et in Droit des contrats internationaux, Feduci, éd. FEC, 1989, (qui livre d'ailleurs de nombreux exemples de lettres d'intention) ; Lettres d'intention, de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. & pat. 1999/1, p. 45 s ; U.Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI 1993, p.835 ; G. Pevtchin, La lettre d'intention, DPCI 1979, p. 49 ; J.-J. Sarfati, L'ingénierie de la négociation d'une alliance stratégique, Dr. & patr. 1998, no 58, p. 31 et s.

237 V. par exemple, Contrats internationaux et pays en voie de développement, sous la dir. de H. Cassan, Economica, p. 20-21, à propos des relations Nord-Sud.

238 Une définition donnée par des juristes anglais permet une définition plus large : *« les lettres d'intention sont soit des accords pour contracter soit des mises en mémoire d'une négociation »*, U.Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, art. cit., sp. p. 836. La définition est d'importance dans la mesure où le droit anglais ne semble pas accorder la même attention que le droit français aux phases de pourparlers, selon une théorie dite du « tout ou rien ». Ainsi, « *il n'y a pas d'obligation de négocier en droit anglais en l'absence d'un contrat (...). A moins qu'une lettre d'intention ne soit considérée comme constituant un contrat complet, les tribunaux anglais n'imposent pas de responsabilité »* (*Ibidem*), même si une évolution semble se dessiner.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

manière dont elle est rédigée.

Le plus souvent cependant, la lettre d'intention n'a pas d'autre objet que de fixer le cadre de la négociation. Il peut s'agir de déterminer l'objet des pourparlers, par exemple en déterminant avec plus ou moins de précisions ce que pourra être l'opération contractuelle négociée ; il pourra s'agir de ce que ne peut pas être l'objet de la négociation ; il peut s'agir simplement de fixer des étapes ; il s'agit surtout d'envisager quelques modalités élémentaires, lieux des réunions, fréquence des réunions, personnes habilitées à négocier, procédure de formalisation des accords partiels éventuels, exclusivité des négociations, secret des informations (on est déjà là proche d'un contrat de négociation), etc. Elles interviennent en général après les premières prises de contact élémentaires, dès lors que les deux partenaires estiment avoir l'occasion d'une négociation probable.

123 La lettre d'intention manifeste l'intention de négocier et *« l'existence d'une lettre d'intention intensifie l'obligation de négocier de bonne foi »* ([239]), si l'on prend garde de ne pas confondre *intention* et *obligation* de négocier ([240]). Si la plupart des lettres d'intention s'inscrivent dans une négociation sans arrière-pensée et, donc, s'accompagnent d'une obligation de négocier, de bonne foi, certaines sont beaucoup plus en retrait et révèlent une simple intention d'entrer en pourparlers. C'est une sorte de période *« ante-précontractuelle »*.

De ce point de vue, la lettre d'intention fait partie de ces nombreux éléments contractuels intervenant dans la négociation des contrats, d'une portée pratique très importante, mais qui ajoute peu au régime juridique de la négociation et surtout à celui de la sanction de leur rupture : la lettre d'intention est en principe sanctionnée par le régime de responsabilité délictuelle. C'est d'ailleurs peut-être ce qui justifie l'existence de véritables contrats de négociation, permettant d'aménager les conditions et les effets d'une responsabilité, alors contractuelle.

124 L'intérêt des lettres d'intention est double. D'une part, elles servent à établir, au profit de leur destinataire, *l'intention* de son auteur de procéder à une négociation. D'autre part, elles doivent, pour être crédibles, provoquer *la confiance* de leur destinataire. Aussi, si les lettres d'intention sont par nature unilatérales et non contractuelles, elles ont tendance, tout aussi naturellement, à comprendre des engagements juridiques, passant de l'intention simple au contrat de négociation voire

239 U.Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI, 1993, p.850.

240D. Mazeaud, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, art. cit., Dr. et pat. 1996, juillet-août, p.44.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

au contrat négocié lui-même.

125 La lettre d'intention proprement correspond à sa description et ne révèle la volonté que d'un seul des négociateurs. Elle pourra servir alors de fondement, pour son destinataire, à une action en responsabilité fondée sur une négociation de mauvaise foi ou sur sa rupture brutale, empruntant en cela aux règles de la négociation non contractuelle ([241]). Un auteur ([242]) propose ainsi la rédaction suivante : *« Après examen des documents que vous nous avez communiqués et les entretiens que nous avons eus avec vos services commerciaux, nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande de plusieurs commutateurs téléphoniques de ce type (...) ».*

Il ajoute cependant alors que les formules employées traduisent simplement la volonté de leur auteur sinon de négocier du moins d'étudier une proposition, et qu'il eût été opportun de d'ajouter au document l'une des formules suivantes, afin que le document ne révèle pas même d'obligation de négocier, selon une formule parfois appelée clause *« subject to contract »* ou « clause de non engagement »qui sont sensées permettre de sortir un accord du champ contractuel ([243]) : « *Bon pour lettre d'intention, sans être contractuelle »* ou *« Nous tenons à préciser que la présente lettre ne présente aucune valeur contractuelle »* ou encore, *« Nous vous remercions de bien vouloir nous retourner le double de votre lettre revêtu de votre signature qui doit être précédée de la mention : bon pour lettre d'intention, sans être contractuel »* ([244]).

---

241 CA Paris, 13 déc. 1984, RTD civ. 1985, p. 97, obs. Mestre.

242 D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art.cit.

243Cf. P. Mousseron et J. Raynard, obs. in JCP éd. E. 1999, p. 169, n°2.

244 Voir aussi une formule voisine empruntée à M. Marcel Fontaine (Les lettres d'intention, art. cit., p. 85) : « La firme A écrit à la firme B : *« Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux différents entretiens que vous avez eus avec notre Ingénieur des télécommunications..., nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique de type... Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande ». Commentaire : « A première vue, on est en présence d'une pure déclaration d'intention, exclusive de tout engagement juridique. La seconde phrase paraît le confirmer expressément. Pourquoi écrire une telle lettre ? La petite histoire révèle qu'elle a été envoyée à la demande du négociateur de la firme B, soucieux de faire valoir auprès de ses dirigeants l'intérêt qu'il avait réussi à susciter dans le chef de ses interlocuteurs de la firme A. Plusieurs membres du groupe, raisonnant en droit français, ont néanmoins estimé que l'envoi d'une telle lettre pouvait avoir des conséquences juridiques si A ne devait finalement pas passer la commande avec B. Malgré l'ambiguïté des termes employés, certains ont cru déceler dans la lettre, une affirmation du sérieux des négociations entreprises, de nature à faciliter la preuve d'une faute au moins délictuelle en cas de rupture ultérieure non justifiée. D'autre part, cette lettre n'implique-t-elle pas au moins l'approbation des qualités techniques du matériel ? De l'avis de ces membres, la rédaction d'une telle lettre aurait dû être plus*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

La valeur juridique de ces « engagements de non engagement » ressemble à celle des engagements d'honneur, figure juridique paradoxale ([245]) par laquelle un engagement assurer que son contenu n'en est point un. Le juge doit-il s'en tenir à la réalité du contenu de l'engagement, notamment lorsque le « non-engagement » est formulé de manière particulièrement nette ([246]) ou au contraire doit-on considérer que l'« engagement » sous-jacent l'emporte ([247]) ? En toute hypothèse, l'imprécision du caractère non contractuel de l'engagement profitera au contraire à la reconnaissance du son caractère obligatoire ([248]).

126 Un doute subsiste cependant sur les documents, lettres d'intention, qui font le point sur une négociation en cours et qui constatent un accord sur un point particulier ([249]), obligeant à ne pas remettre en cause les éléments acquis et à poursuivre la négociation de bonne foi, traduisant sa valeur contractuelle. Tantôt expliquée par la théorie allemande de la *culpa in contrahendo*, tantôt par elle de la *punctation* ([250]), la valeur contractuelle qui leur est alors accordée ([251]) semble davantage pouvoir être expliquée par le recours au contrat partiel ou à l'accord de principe, notamment lorsque les points de la négociation faisant l'objet d'un accord se révèlent fermement entendus (cf. infra, n°).

127 Parfois des lettres d'intention sont échangées par les deux partenaires à la négociation. La rencontre des volontés peut être identifié un contrat de négociation, obligeant essentiellement à négocier de bonne foi ([252]).

Des lettres d'intention ainsi échangées peut parfois être décelée

---

prudente, en se bornant par exemple à confirmer l'intérêt ressenti à l'égard du matériel, sans parler « d'intention de passer éventuellement commande. De l'avis des membres anglais du groupe, il semble par contre que sous l'empire de leur droit, une telle lettre n'aurait vraiment aucune portée juridique ».

245B Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979, p. 107 ; M. Geninet, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Th. Paris II, 1985, n°284, J. Cédras, L'obligation de négocier RTD com. 1985.265 et v. F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n°280.

246 Cf. A. Laude, La reconnaissance par juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n°691. V. aussi F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* LGDJ, 1994, n°265 s

247 Chambéry, 24 mars 1998, JCP éd. E, 1999, p. 169, n° 2, obs. P. Mousseron et J. Raynard, Cass. com. 18 mars 1997, Bull. Joly1997.538 note P. Le Cannu

248Cass. com. 10 janvier 1972, JCP 1972, II, 17134, note Y.Guyon.

249 V. un exemple cité par M. Fontaine, Les lettres d'intention, art. cit., cas 10 et 11.

250Cf. A. Rieg, La punctation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Et. A. Jauffret, 1974, p. 600.

251V. F. Labarthe, La notion de document contractuel, op. cit. n°249 s, pour un exposé de ces démonstrations.

252 Cf. infra, n°456 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'existence d'une formule contractuelle plus définitive ([253]). Il s'agit alors d'utiliser une méthode d'analyse qui est celle du mécanisme de l'offre et de l'acceptation et la présence des éléments essentiels du contrat négocié ([254]) souvent accompagné de modalités particulières qui retardent son entrée en vigueur, conditions ou autorisations ([255]), alors qu'un certain flou permet plus facilement de considérer que les parties en sont restées au stade des pourparlers ([256]).

128 L'attention des rédacteurs de lettres d'intention doit d'autant plus être attirée que l'on se leurre aisément de mots – on ignore simplement la difficulté du langage et des concepts juridiques surtout si l'on songe que ce sont souvent des non-juristes qui rédigent ces documents – et que l'on croit souvent à tord que la lettre d'intention est soustraite à la force obligatoire des contrats par le seul fait qu'elle est baptisée telle. La prudence ne doit pas être non plus un encouragement à la paresse intellectuelle et au flou juridique : aux parties de trouver le juste milieu entre la rédaction qui engage et celle qui propose. Il convient dès lors de savoir ce que les parties recherchent exactement et d'éviter les termes équivoques, surtout lorsque ce sont des non-juristes qui auront à se servir de *« procédures »* mises en place par des juristes familiers des techniques juridiques, surtout lorsque, en outre, ces formules sont destinées à l'exportation et où alors la difficulté de la langue s'ajoute à celle du langage juridique.

Ainsi, parmi les exemples proposés par M. Fontaine dans son article commentant la rédaction de lettres d'intention, « *Une lettre confirme avec précision l'accord de son signataire sur les différents éléments d'une offre, et se termine par la phrase « nous demandons à notre ingénieur-conseil de prendre contact avec vous, dans les meilleurs*

253 D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art. cit..

254 Cass. com. 18 mars 1997, Bull. Joly1997, p.538 note P. Le Cannu : *« après avoir relevé qu'il résultait des trois documents litigieux (...) que la société Aries prenait en charge pour un prix de 25 000 000 $ l'acquisition d'une série de films sous réserve de la signature d'un accord entre la société Carolco et la société Paravision qui s'engageait à payer (5 000 000 $) l'arrêt constate que ces documents prévoyaient les conditions d'exploitation, puis divers engagements concernant la production de la suite d'un film intitulé « neuf semaines et demi » et que le document était signé par les deux dirigeants après la formule « bon pour accord », que, hors de toute dénaturation, la cour d'appel a pu décider qu'ils constituaient un contrat-cadre liant les parties dès lors que, s'ils sous-entendaient la signature d'accords complémentaires, ils n'en précisaient pas moins nettement les principaux objectifs de son exécution et que leur contenu ne prévoyait pas qu'il ne s'agissait que d'un préliminaire à un véritable contrat entre les sociétés »*..

255Cf. Cass. 6 mai 1991, *JCP* 1991, I, n°104, Technique contractuelle, n°2, obs. M. et JM Mousseron et J. Raynard.

256 D. Mazeaud, La genèse des contrats : un régime *de liberté surveillée*, art. cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

délais, en vue de la mise au point des documents définitifs des marchés » ([257]). A l'évidence, il ne s'agit pas d'une lettre d'intention mais d'un contrat. Ou encore la clause suivante :*« considering this as a letter of intent to start your preparation for commencing the works, we request you to delegate an authorized representative to sign the contract document which are now being prepared ; and to submit the contract final guarantee in accordance with the provisions of the contract documents »* : s'il s'agit de *« signer »* un contrat, c'est assurément qu'il est déjà conclu.

B. – Les protocoles d'accord

129 Le « protocole d'accord » est typiquement l'une de ces formules contractuelles s'inscrivant au cours de l'avant contrat et dont la portée pose difficulté. Il s'agit généralement de la formalisation par écrit du projet de contrat que les parties envisagent de conclure ([258]) dans un document que les parties nomment parfois protocole d'accord.

Cette dénomination ne présente aucun intérêt particulier en règle générale ; il s'agit même d'une dénomination de fantaisie pour identifier ou bien une lettre d'intention ou bien le contrat lui-même mais soumis à des conditions particulières, comme sa réitération en une forme déterminée ou bien sa ratification par une tierce personne.

Dans la plupart des hypothèses cependant, les parties doivent prendre garde au fait que ce qu'elles nomment *« protocole d'accord »* correspond très fréquemment au contrat lui-même, et contrairement à ce qu'elles pensent sincèrement, qui les engage dès à présent. Il suffit pour cela d'observer que les parties se sont accordées sur les éléments essentiels du contrat. Ici encore en effet, les termes et leur sens sont trompeurs : le non juriste pense souvent que ces termes, *« protocole d'accord »*, n'identifient qu'un projet de contrat, alors qu'étymologiquement et juridiquement, ces termes renvoient, doublement même, à un engagement.

On trouve ainsi des « *protocoles d'accord »* dans la pratique de la gestion des conflits collectifs du travail ([259]) comme alternative à un *« accord de fin de conflit »* ou *« procès-verbal de fin de conflit »* qui sont des contrats, éventuellement collectifs, mais également dans la pratique du droit des sociétés sous la forme de *« protocole de constitution de société »* ou de *« protocole de fusion de sociétés »*. La fusion de sociétés

257 M. Fontaine, *Les lettres d'intention*, art. cit., cas n°3 et 4, p. 80-81.
258 Cf. L. Rozès, *Le projet de contrat*, Mél. L. Boyer, p.639. V. aussi F. Labarthe*, La notion de document contractuel,* LGDJ, 1994, n°213 et 237.
259 R. de Quénandon*, Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé, Dr. social.* 1981, p.401.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

est en général précédée d'un *« protocole de fusion »* avant le « *projet de fusion »* obligatoire (C. com., art. L. 236-6). Par exemple, un jugement du tribunal de commerce de Nantes ([260]), illustre la portée ambiguë de ces documents.

130 On ne peut que recommander la plus extrême prudence dans l'utilisation de cette formule contractuelle : il s'agira ou bien d'un simple engagement d'honneur, d'un contrat de négociation, de promesse, d'un accord partiel voire du contrat négocié définitif.

En toute hypothèse, l'identification d'un contrat suppose de repérer un accord, par exemple de négociation, de manière certaine ([261]) ; à défaut c'est un simple projet susceptible d'être abandonné ou poursuivi ([262]). Très fréquentes en revanche sont les situations où les parties concluent un *« protocole d'accord »* pensant s'en tenir à un simple projet alors que l'accord présente toutes les qualités d'un véritable contrat ([263]), parfois en songeant qu'il convenait de le réitérer, comme s'il s'était simplement agi d'un brouillon de contrat.

C. – Contrats partiels, contrats provisoires, contrats intérimaires, contrats d'essai

131 Lorsque les négociations s'étalent sur un temps assez long ou sont particulièrement complexes notamment parce que l'objet de la négociation repose sur une multitude d'objets ou de contrats, l'organisation de la négociation peut s'effectuer sur la base de documents particuliers, comme les contrats partiels, des engagements provisoires ([264]) ou partiels.

132 L'un des modèles de ces formules repose par exemple sur les formules très usuelles que sont les formules de contrats ou de clauses

260 T. com. Nantes, 31 janvier 1974, Gaz. Pal. 1, p. 433, note A.P.S : Un engagement avait été pris entre les principaux dirigeants d'une société participant à une fusion par lequel ils s'engageaient réciproquement à se consentir un contrat de direction à durée indéterminée assorti d'une indemnité de rupture de cinq années de rémunération. Alors que le défendeur considérait qu'il s'agissait d'un simple engagement d'honneur (le protocole d'accord n'a donc pas de valeur juridique particulière), le tribunal de commerce de Nantes considéra qu'il s'agissait d'un engagement juridique parfaitement formé, mais qui obligeait ses contractants, et point la nouvelle société.

261Cass. civ. 1ère, 16 févr. 1977, no 75-15120, Bull. civ. I, no 91, Rev. soc. 1977, p. 681, note Y. Guyon.

262Paris, 5 mai 2000 et 1er déc. 2000, RTD civ. 2001, p. 127, obs. J. Mestre et B. Fages.

263 Cf. Cass. com., 26 janv. 1999, no 97-10018, RJDA 1999, no 565, RTD civ. 1999, p. 831, obs. J. Mestre.

264 R. Demogue, Des contrats provisoires, Mélanges Capitant, Dalloz, 1938, p. 159.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'essai. C'est le cas par exemple des clauses d'essai dans le contrat de travail, qui permettent à chaque partie de mettre fin au contrat à tout moment, sans justification ou encore dans le contrat d'assurance, à travers la note de couverture qui constate l'existence d'une garantie provisoire ([265]). C'est le cas encore de la clause d'essai dans le contrat de vente (et cf. C. civ., art. 1588), elle-même voisine de la clause d'agréage ou de dégustation (C. civ. art. 1587), avec laquelle elle ne doit pourtant pas être confondue. Leurs modalités sont distinctes : la clause d'agréage est présumée dans la vente de certaines marchandises, dont le vin et l'huile et d'autres choses selon les usages alors que la clause d'essai doit être systématiquement envisagée mais peut être stipulée dans d'autres hypothèses que celles visées par la loi et les usages et, dans ces cas, elle peut être évincées pour préférer une vente ferme. En outre, certaines ventes sont dites conclues à l'essai alors que la formule d'est pas d'essai mais d'agréage. L'essai est en effet une modalité purement technique, objective : lorsqu'une vente est conclue à l'essai, l'acheteur peut essayer la chose, la tester, c'est-à-dire vérifier qu'elle correspond à ses besoins que les parties auront pu prendre soin de préciser auparavant dans le contrat. Si l'essai est concluant, la vente est conclue ([266]). L'agréage, au contraire, tend à permettre à l'acheteur de vérifier que la chose correspond à son goût : une clause d'essai qui réserverait à son bénéficiaire la possibilité d'une appréciation subjective serait sans doute en réalité une clause d'agréage. Inversement, la clause d'agréage qui prévoirait un simple test objectif constituerait une clause d'essai.

Cela étant la clause d'essai doit être distinguée du contrat d'essai ou du contrat d'évaluation : le contrat à l'essai ou contrat avec clause d'essai est un contrat unique, un contrat comprenant une clause d'essai qui fait corps avec le contrat qui la contient ([267]). Les contrats d'essai, en revanche, sont de véritables contrats, autonomes, intérimaires et provisoires, des sortes de brouillons contractuels, non que le contrat d'essai soit inachevé ou mal rédigé mais parce que les parties décident de se soumettre aux obligations du contrat *« pour voir »*, afin de vérifier si le matériel informatique ou mécanique promis convient, si la technologie communiquée est adaptée.

Lorsque le contrat d'essai se solde par un *échec*, à moins que le bilan n'est pas réalisé ([268]), en ce sens qu'il ne se poursuit pas par le contrat définitif, les parties reprennent leur liberté, affectée parfois par une clause de confidentialité, de non-exploitation, de non-concurrence, selon

265 Cf. Cass. civ. 1ère, 9 nov. 1999, no 97-14252, Bull. civ. I, no 294.
266Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, no 96-19611, Bull. civ. I, no 304, CCC 1998, no 161, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1999, p. 376, obs. J. Mestre.
267 L. Lorvellec, L'essai dans les contrats, thèse Rennes, 1972.
268 Cass. civ. 1ère, 7 nov. 2006, n°05-11775 ,Bull. civ. I, n°457.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la nature de l'objet de l'essai. Lorsque le contrat d'essai est un *succès*, on observe que le contrat définitif rétroagit : tout se passe comme si la période d'essai était gommée, absorbée par la formule définitive ([269]).

Une autre formule de procédure contractuelle de négociation se retrouve à travers les techniques dites des *contrats partiels* ([270]). La situation se présente à l'occasion d'une négociation portant soit sur plusieurs contrats soit sur un contrat sophistiqué imposant une longue négociation. Il s'agit alors de répondre à la question suivante : à partir de quand les parties peuvent-elles considérer que le contrat est conclu ? Faut-il attendre que l'ensemble des éléments de l'accord fasse l'objet d'un consentement exprès ou bien se contentera-t-on d'un accord sur les éléments principaux, alors à déterminer avec précision ? Les mécanismes ordinaires du droit des contrats, fondés sur la règle posée en droit de la vente selon laquelle la vente est parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix, deviennent peu utilisable en cas de négociation de contrats complexes. Les Principes du droit européen des contrats rejoignent la solution française en la généralisant. Ainsi l'article 2:101 dispose que : « *Un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement (b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise* », l' « accord suffisant » pouvant être identifié grâce au secours de l'article 2 :103 qui indique que « *(1) Un accord est suffisant si ses termes (a) ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté, (b) ou peuvent être déterminés en vertu des présents Principes. (2) Si toutefois une des parties refuse de conclure un contrat faute d'accord sur un point particulier, il n'y a point de contrat si ce point ne s'est pas réalisé* ». Les formules demeurent cependant vagues et les parties ont tout intérêt à préciser les enjeux, de ce point de vue, de leur négociation.

La première hypothèse traduit l'existence d'une certaine forme d'*attraction de l'échec sur la réussite* par une sorte de parcellisation de l'accord : le contrat définitif n'est conclu que lorsque les parties se sont mises d'accord sur l'ensemble des clauses du contrat ou sur l'ensemble des contrats formant l'accord. La formule n'est guère évidente à mettre en place. Le droit français des contrats fait en effet le tri entre principal et accessoire et admet par conséquent qu'un contrat est conclu dès lors que l'accord porte sur les éléments nécessaires à sa formation, chose et prix pour la vente par exemple. Il convient donc de faire échec à cette solution

269 - Cf. J.-M. Mousseron, La durée dans la formation du contrat, mélanges A. Jauffret, 1974, p. 518.

270 J.-M. Loncle et J.-Y. Trochu, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997, p.3.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

par une clause *« essentialisant »* ([271]) l'ensemble des clauses du contrat négocié ou l'ensemble des contrats faisant l'objet de l'accord ce que le droit anglais appelle clause *« legal requirement of certainity »*. mais, comme en matière de concurrence de conditions générales (Cf. supra, n°), on peut s'interroger sur le sort de cette *« essentialiation »*, bien fragile dès lors que les parties commenceront à exécuter le contrat bien que toutes les clauses n'aient encore fait l'objet d'un accord.

La formule inverse propose une forme d'*attraction de la réussite sur l'échec* et de globalisation de l'accord.

La technique de la condition, notamment lorsque la négociation porte sur plusieurs contrats formant un ensemble de contrats, est une technique élémentaire : chaque contrat est conclu sous la condition, suspensive ou résolutoire, de la conclusion des autres contrats ou d'un contrat *« leader »*. Une seconde technique consiste à identifier les éléments principaux de l'accord (clauses principales et/ou contrats principaux dans un ensemble de contrats) et les éléments accessoires et de considérer que l'accord portant sur les éléments principaux vaudra accord pour l'ensemble. La difficulté consiste alors à prévoir les conditions de la formalisation de ces contrats accessoires, en imposant des (re)négociations de ces contrats afin d'en parfaire la réalisation. Une troisième technique dans les hypothèses de pluralité de contrats au sein d'un ensemble de contrats, consiste à dissocier encore davantage les opérations et considérer que l'accord portant sur tel contrat sera définitif, peu important que tel autre soit ou non conclu. La formule peut alors s'enrichir de clauses modifiant tel aspect interne, le prix par exemple, selon que tel autre accord s'intègre ou non dans l'opération globale.

Section 2. – Les instruments contractuels de la négociation: les contrats préparatoires

133 Plusieurs types particuliers de contrats peuvent être conclus avec un tiers à l'occasion de la négociation. Certains sont conclus avec des tiers comme les contrats d'étude mais ce sont surtout les contrats ayant

271 Cf. Cass. com., 28 févr. 2006, no 04-14719, RTD civ. 2006, p. 755, obs. J. Mestre et B. Fages ;Cass. com., 22 juin 2010, no 09-14534, RJDA 2011, no 3 : est justifié l'arrêt qui *« fait ressortir que la société n'avait pas fait des modalités de paiement un élément déterminant de la formation du contrat et qui a retenu par ailleurs que le bon de commande signé le 9 mars 2006 complété par la télécopie adressée par cette dernière à la société Les Jardins d'Avron le 14 mars suivant démontraient que les parties étaient d'accord sur la chose et sur le prix »*. A moins que telle clause soit essentielle *« par nature »* : Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992.636, note J. Schmidt (clauses de non concurrence et de garantie de passif); contra : Paris 27 mai 1980, D. 1981, p. 319, note Ph. le Tourneau sur l'existence d'un accord de principe déjà conclu, malgré l'absence d'accord sur l'ensemble.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

spécifiquement pour objet la négociation, ceux que l'on désigne comme les contrats préparatoires ou les *« avants-contrats »* et qui renvoient à des formules très connues : contrats de négociation (I), contrats ou pactes de préférence (II), contrats de promesse (III), contrats-cadres même, que l'on écartera ici (cf. infra,).

I. – Les contrats de négociation

134 Le contrat de négociation est une formules contractuelles organisant les pourparlers les plus intéressantes afin d'envisager une négociation et d'en prévoir, organiser, gérer les modalités ([272]) et dont l'acception s'élargit à des formules déjà rencontrées : protocoles d'accord, lettres d'intention.

La clause de négociation, ou de renégociation, s'inscrit dans une perspective voisine de celle du contrat de négociation, à la différence qu'elle participe de l'exécution d'un contrat en cours, en vue de son adaptation.

Les premières réflexions académiques sur ces formules attachaient une valeur d'accord de principe, de contrat générateur d'une obligation de négocier, à la *« punctation »*([273]),le fait d'établir par écrit, en cours de pourparlers, les points sur lesquels les parties se seraient accordées.

La négociation des contrats est aussi parfois imposée, comme en matière de droit social. La négociation collective s'entend de la discussion entre employeurs et syndicats de salariés des conditions d'emploi et de travail des salariés et de leurs garanties sociales. Libre par principe, ce type de négociation est cependant imposé par les règles de la négociation obligatoire, une fois l'an, pénalement sanctionnée, mais sans qu'il soit imposé que pareille négociation aboutisse à un accord, ainsi que comme préparation à une réforme du droit du travail.

En définitive, le contrat de négociation se définit par son effet caractéristique: la production d'une obligation de négocier : la convention de négociation a pour principal effet une obligation de discuter les conditions d'un contrat futur dont la nature et l'objet principal sont précisés, obligations qui impose à la fois d'entreprendre la discussion et la conduire de celle-ci, de bonne foi.

---

272 Si la doctrine et la jurisprudence françaises connaissent ce type d'accord, ce n'est pas le cas pour la doctrine et la jurisprudence anglaises qui n'envisagent pas l'idée d'un contrat de négociation. Selon J. Schmidt, *« un tel accord serait nul en raison de l'incertitude affectant les termes du contrat à négocier. Les tribunaux anglais n'ont pas admis d'action sur une base contractuelle en cas d'omission de négocier de bonne foi un contrat envisagé dans un accord de principe »*. Toutefois ajoute-t-elle, *« une évolution en ce sens n'est pas toutefois exclue »*. (J. Schmidt, La négociation du contrat international, Droit et pratique du commerce international, 1983, tome 9 n°2, p.245).

273A. Rieg, *La punctation,* Mélanges A. Jauffret, 1974, p. 603.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

On observera enfin que le contrat de négociation, parfois appelé aussi contrat de pourparlers, n'est pas une catégorie de contrats nommés, mais la pratique contractuelle a pris l'habitude de les nommer ainsi dès lors qu'ils répondent à cette définition, en sorte que l'on trouve d'autres formules contractuelles qui ont pour objet une obligation de négocier. L'exemple le plus important est *« l'accord de principe* » mais également les situations dans lesquels les échanges entre les négociateurs révèlent un accord qui, à défaut d'être le contrat négocié, est un simple contrat de négociation. La différence principale entre tous ces contrats tient à l'importance de la volonté des négociateurs selon que les parties ont ou non conscience de prendre partie à un contrat de négociation.

A. – L'accord de principe

135 L'appellation *« accord de principe »* est sans doute née d'un arrêt de 1958 souligné par Jean Carbonnier. L'accord de principe peut être défini ainsi : accord obligeant deux parties, l'une envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont ledit accord ne précise ni les clauses accessoires ni les clauses essentielles.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1958 est suffisamment importante et topique pour être évoquée. Le dénommé Marchal avait été employé jusqu'en 1940 dans les usines Renault et avait demandé après la Libération sa réintégration par un courrier auquel il fut répondu *« bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis dans la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse favorable »* puis dans un autre courrier adressé à un tiers qui était intervenu *« Après un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la Régie »*. Belles paroles ! Mais non suivie d'effet car si une place s'était libérée et la reprise attendue était revenue, M. Marchal ne retrouva point son poste. Le tribunal civil de la Seine avait considéré que les lettres contenaient *« l'engagement de réintégrer Marchal »*. Cassation car, *« en décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la Régie de réintégrer Marchal et ce dès le premier poste vacant, le jugement attaqué a dénaturé le sans et la porté de leurs clauses claires et précises selon lesquelles la Régie, désireuse de donner satisfaction à la demande de Marchal, examinerait, selon la prospérité et l'évolution de la situation de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

constituait qu'un accord de principe » ([274]).

136 L'accord de principe est donc un contrat dans lequel un consentement est donné sur le contrat projeté, sur le principe de ce contrat, d'où son appellation. Manquent cependant les éléments essentiels qui permettraient de considérer que le contrat projeté est déjà conclu, chose, prix, mission, etc. Souvent, cette omission est involontaire mais elle pourrait être tout à fait souhaitée.

137 L'accord de principe a pu être rapproché d'autres formules connues. Il n'est pas une simple déclaration d'intention, comme c'est le cas des lettres d'intention, dans la mesure où il y a un consentement échangé. Il n'est pas non plus un contrat de promesse de contracter car aucune des deux parties à l'accord de principe n'a donné son consentement définitif au contrat à conclure. Il n'est pas plus un contrat sous condition de la survenue des éléments essentiels qui font défaut dans l'accord de principe ([275]) dans la mesure où leur survenance ne formera pas le contrat car aucune des parties n'est obligée de conclure le contrat.

Dans tous les cas, l'accord de principe est *« un contrat à confirmer »* ([276]). C'est pour cette raison que l'accord de principe emporte une obligation de négocier la confirmation de ce contrat, sans être ni expressément stipulée ni l'objet essentiel du contrat comme c'est le cas de contrat de négociation proprement dit.

274Soc. 24 mars 1958, JCP, 1958.II.10868 note J. Carbonnier. V. déjà Req. 16 nov. 1927, D. 1928.1.33, note A. Rouast ; Req. 10 octobre 1931, D.H. 1931.540 à propos de sociétés ayant donné congé à un salarié en lui promettant de le convoquer le mois suivant pour lui proposer un nouvel emploi ; trois mois plus tard, une nouvelle situation était effectivement proposée mais à des conditions très inférieures ; les sociétés furent condamnées pour avoir manqué à leur engagement, qui était un accord de principe, au sens où il fut ensuite donné par l'arrêt de 1958 (Cf. J.-C. Serna, Le refus de contracter,LGDJ, 1967, n°203 s.). De même, mais postérieurement à 1958, la Cour de cassation a pu déduire de l'attitude d'un médecin qui avait pris contact avec un architecte et les services de l'urbanisme un accord de principe relatif à un contrat de société à conclure entre ce médecin et le propriétaire d'un immeuble pour l'exploitation d'une clinique (Cass. civ.1ère, 8 octobre 1963 : *Bull. civ*. I, n°419) ou encore, l'engagement pris par le propriétaire d'un immeuble de consentir un bail sous réserve de se mettre d'accord sur les conditions qu'il poserait à la conclusion, constitue lui aussi un accord de principe (Cass. civ. 1ère, 16 avril 1973 : *Bull.civ*. III, n°287).Pour d'autres exemples, v.Czss. civ. 1ère, 8 oct. 1963, Bull. civ. I, n°419, Cass. com. 9 juin 1980,*Bull. civ*. IV, n°251, à propos d'une cession de clientèle ; Cass. civ. 3ème, 27 nov. 1984 : Bull.civ. III, n°200, pour un contrat d'échange, V. aussi Com. 6 octobre 1964, Bull. civ. III p.366;Cass. com 28 oct. 1989, D. 1991,62, note J. Schmidt-Szalewski ; Cass. soc. 19 déc. 1989, D. 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski; Cass. civ.1ère, 3 juill. 1996, Bull.civ.I, n°287, RTD.civ. 1997.659, obs. J.Mestre.
Cf. Paris, 20 novembre 1992, JCP éd. E, 1993, pan. 111.
I. Najjar, L'accord de principe, D. 1991. Chr. 57.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Cette obligation de négocier se décompose en deux : une obligation d'entreprendre ou de poursuivre la négociation, obligation de résultat, et une obligation de mener la négociation, obligation de moyens.

Il reste que la proximité des effets justifie que l'accord de principe soit classé parmi les accords de négociation, d'autant que l'utilisation de la formule par les juges est loin d'être anecdotique et, au contraire, extrêmement fréquente.

B. – Le contrat de négociation proprement dit

A la différence de l'accord de principe, le contrat de négociation est un accord par lequel les parties contractualisent la négociation et, par là même, l'obligation de négocier que génère toute négociation. Plusieurs difficultés apparaissent alors, parmi lesquelles, outre sa conception (1), son régime (2), sa construction et le contenu du contrat de négociation (2).

1. – Conception du contrat de négociation

Si un contrat de négociation n'emporte pas plus obligation de conclure le contrat négocié qu'une obligation extracontractuelle de négocier, l'intérêt de conclure un tel contrat se mesure aisément. Il procure en effet deux avantages. Le premier avantage est immédiat. Il tient à la possibilité d'échapper à la responsabilité délictuelle pour pouvoir organiser contractuellement l'éventuelle responsabilité que les parties pourraient se reprocher ; la possibilité, entre commerçants, de choisir la juridiction compétente voire une procédure arbitrale ; la possibilité de choisir la loi applicable à la négociation… Le second avantage est plus médiat. Il consiste, surtout pour les négociations longues ou qui portent sur des enjeux importants, à permettre aux parties d'organiser les règles du jeu de la négociation qu'ils ont choisies, par des jeux d'obligations qu'elles devront respecter.

Le contrat de négociation peut prendre des formes différentes. Parfois, un tel accord est expressément souhaité, négocié peut-être, rédigé par écrit puis signé par les parties. D'autres fois, un tel accord résultera du constat qu'un consentement s'est constitué sur une telle obligation de négocier, prouvé par exemple par une lettre missive adressée par l'un des partenaires à l'autre ([277]), ou encore par un compte rendu de réunion entre les parties ([278]). Souvent cependant, l'engagement de négocier n'est

277Cf. J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz,droit usuel, n°377.
278 B. Gross, *Pourparlers*, op. cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

formulé que verbalement, rendant difficile, voire impossible sa preuve tant il est vrai que rien ne ressemble plus à une obligation contractuelle de négocier qu'une obligation extracontractuelle de négocier.

Un contrat de négociation peut aussi intervenir à des moments différents. Dans certaines circonstances, les parties rédigent très tôt un contrat de négociation, dès le départ des pourparlers, n'envisageant guère alors autre chose que le cadre général de la discussion et, peut-être, le type de contrat ou d'opération contractuelle à négocier. Parfois au contraire, des pourparlers se déroulent de manière informelles pendant un certain temps, au bout duquel les parties estiment éprouver le besoin de parfaire la procédure de négociation par un contrat à cet effet qui sera sans doute beaucoup plus précis que le précédent sur les conditions de la conclusion du contrat négocié, sur sa précision, sur son contenu. Enfin, dans d'autres situations encore, les parties constateront à un stade avancé des pourparlers, qu'elles sont parvenues à des bribes d'accord et souhaiteront *« faire le point »,* procédant à une *« punctation* ([279])*»* ou un protocole d'accord, consignant par écrit les points sur lesquels existe leur entente et s'engageant à poursuivre la négociation pour parvenir à conclure un contrat à définir.

2. – Régime du contrat de négociation

Le contrat de négociation produit un effet principal, une obligation de « négocier » c'est-à-dire de discuter les éléments d'un contrat futur, dont le contenu, le titre ou les éléments, sont ou non déterminés.

L'obligation de négocier se distingue ainsi en deux obligations : une obligation d'entamer ou de poursuivre une négociation, c'est-à-dire une obligation de prendre contact, de se rendre à un rendez-vous, que l'on peut considérer comme une obligation de résultat, et une obligation de négocier de bonne foi, c'est-à-dire de discuter raisonnablement, sans tromper son adversaire ni lui laisser croire que la négociation va se poursuivre et peut-être aboutir alors que l'on sait qu'on va l'abandonner, comme en matière de négociation informelle, qualifiée d'obligation de moyens ([280]).

138 On peut admettre cependant, que l'intensité de ces obligations varie avec le temps. Ainsi, on peut concevoir qu'un contrat de négociation conclu très tôt dans les pourparlers comporte une obligation très forte d'entamer les discussions. On conçoit tout aussi bien que cette

279 Pour de plus amples développements, voir A. Rieg, *La punctatio*, *contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mélanges Jauffret,593.

280 Cf. Versailles 21 septembre 1995, RTD.civ. 1996.145, obs. J.Mestre; Civ.3ème 7 octobre 1997, inédit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

obligation soit plus faible s'agissant de la conduite de celles-ci. Inversement, lorsque le contrat de négociation est conclu à un stade plus avancé des négociations, l'obligation de négocier est devenue une obligation de poursuivre les négociations, qui cède le pas devant l'obligation de les poursuivre de bonne foi.

139 L'ajout des termes « *de bonne foi* » à l'obligation de négocier n'est cependant jamais que la déclinaison de la formule lapidaire de l'article 1134, al. 3 du Code civil. On trouve cependant dans certains contrats industriels et commerciaux, desclauses d'exécution de bonne foi, selon lesquelles les parties s'engagent par exemple à exécuter le contrat de bonne foi. Une telle déclaration peut dépasser le cadre de la formule de convenance et créer une obligation de négocier le traitement des difficultés que les parties rencontreraient au cours du contrat, de combler en quelque sorte les lacunes de l'accord par la négociation. Il faut toutefois être modéré dans leur interprétation et ne pas fournir à un partenaire peu soucieux d'exécution un argument pour la remise en cause incessante des clauses de l'accord.

Il en résulte que les parties au contrat de négociation doivent établir des relations fondées sur une confiance réciproque, proposer des formules, prix, conditions, modalités, etc., sérieuses, eu égard aux enjeux du contrat objet de la négociation, c'est-à-dire qu'elles doivent observer un comportement de négociateur avisé, plus soucieux de la recherche de l'accord que des moyens de l'éviter.

En revanche, l'exécution de l'obligation de négocier, même de bonne foi, n'emporte pas obligation de conclure effectivement le contrat projeté. Les parties peuvent toujours décider, pendant la négociation, de rompre celle-ci dès lors que les conditions ne leur paraissent plus réunies pour parvenir à un accord sur les bases du contrat de négociation. Une telle rupture ne saurait, en soi, être fautive et engager la responsabilité de celui qui en prend l'initiative.

De ce point de vue la qualité internationale ou simplement interne du contrat de négociation ne change rien à l'intensité de l'obligation de négocier. Tout juste peut-on relever que les règles, d'origine et d'autorité diverses, gouvernant le droit des contrats internationaux insistent souvent sur la bonne foi présidant à l'exécution de l'obligation de négocier. C'est le cas desprincipes Unidroit, des Principes pour un droit européen des contrats ou encore la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises qui précise ce que doivent être les comportements d'un commerçant loyal : ceux d'un homme raisonnable, placé « *en situation* », c'est-à-dire dont l'intention présumée et prévisible est de se comporter conformément aux usages de la profession, dont elle est réputée avoir

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

connaissance, et aux relations préexistantes à la négociation.

140 Il y a là application d'un principe presque universel dans nos droit continentaux, suffisamment en tout cas pour être parfois considéré comme un usage ou un principe général du droit international ([281]). Le droit anglo-américain par exemple, riche des nuances de son vocabulaire, n'est pas en retrait pour apprécier le caractère loyal et diligent des agissements des parties impliquées dans une négociation sur un fondement contractuel : « *best efforts* », « *due diligence* », « *equitable* », « *fair and reasonable* », sont des concepts familiers des négociateurs dans un environnement anglo-saxon, et des instruments efficaces pour sanctionner des agissements non conformes.

A cet égard, l'appréciation de la diligence du débiteur se fera par référence aux obligations d'un professionnel compétent, spécialisé et avisé. Ainsi, selon une formule récente de Lord Justice Geoffrey Lane : « *best endeavours oblige the purchaser to take all those reasonable steps which a prudent and determined man acting in its own interests and anxious to achieve particular result would have taken* »([282]). Par conséquent, la partie débitrice d'une telle obligation de « *meilleurs efforts* », de moyens dirons-nous plus classiquement, est en quelque sorte présumée vouloir sincèrement tout mettre en œuvre afin de créer des effets de droit en matérialisant un accord que l'on croit possible. Il en va de même pour les droits continentaux autres que le droit français, avec quelques nuances tout de même. Ainsi, le droit allemand fait, fidèle à Jhering, de la « *diligentia in contrahendo»* une obligation essentielle des parties en négociation, tandis que le droit italien a codifié l'obligation précontractuelle de négocier de bonne foi (C. civ. italien, art. 1337).

141 Le plus difficile n'est donc pas de repérer les conditions et l'intensité de l'obligation de négocier de bonne foi mais d'imaginer les caractères de ce qu'est une exécution de mauvaise foi de cette obligation, à la fois pour s'en prémunir et pour la sanctionner. Tout est affaire d'appréciation au cas par cas mais on peut suivre la doctrine américaine qui définit la loyauté par défaut : elle est ce qui demeure après que l'on ait exclu les catégories de mauvaise foi qui sont, pour le Professeur Farnsworth, au nombre de sept : refus de négocier, tactiques malhonnêtes (par exemple extrême inflexibilité) ; non-divulgation ; propositions exagérées ; négociations simultanées ; manquement à sa parole et, dans

281Cf. G. Morin, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, DPCI., 1980, t.6, n°1, p.9-28.

282*IBM UK Ltd v Rockware Glass Ltd*, 1980,jurisprudence citée par MM. Loncle et Trochon, art. cit., p. 14.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

certains cas, rupture des négociations ([283]).

142 En l'absence de règles légales spécifiques autre que la formule lapidaire de l'article 1134, al. 3 du code civil, les mécanismes généraux de la responsabilité civile contractuelle ([284]) permettent de traiter les conséquences dommageables de la rupture du contrat de négociation, même si la différence entre cette situation, contractuelle, et celle relevant de la faute délictuelle commise à l'occasion de la rupture d'une négociation informelle est ténue.

Les hypothèses d'inexécution peuvent être diverses comme, par exemple, le refus d'entamer tout contact, le refus d'entreprendre la discussion ou le refus d'y participer ou de se rendre à un rendez-vous, hypothèses assez brutales, suffisamment en tout cas pour que l'inexécution soit clairement établie, mais encore le refus de faire connaître les conditions que l'on met à la conclusion du contrat.

Bien entendu, le refus de conclure le contrat objet de la négociation n'est pas fautif puisque l'obligation de négocier n'emporte pas d'obligation de contracter. Serait une faute en revanche, le fait d'avoir provoqué l'échec de la négociation par un comportement de mauvaise foi consistant, par exemple, dans la formulation systématique de propositions inacceptables parce que dérisoires ou disproportionnées. Aucune originalité ne se présente donc ici et plus le contenu du contrat aura été précisément fixé moins les incertitudes seront grandes. Ainsi, lorsque l'obligation comporte l'engagement de désigner un tiers devant arbitrer la fixation des conditions du contrat, le refus de procéder à sa désignation ou le refus systématique d'agréer tous les experts proposés constitue une faute contractuelle ([285]).

Par ailleurs, la responsabilité consécutive à l'inexécution de l'accord de négociation ne peut conduire à envisager une réparation en nature consistant dans l'exécution forcée de l'obligation ; on ne saurait d'avantage contraindre une partie à négocier qu'un peintre à exécuter le tableau promis. C'est alors la présence d'une clause d'astreinte, seule modalité qui permette en pratique d'obtenir une exécution forcée sous la contrainte, qui peut être discutée dans la mesure où le principe de

283Rapporté par U. Draetta et R. Lake,*Letters of intent and precontractual liability*, RDAI, 1993, p.844 et 845.

284 Toute la difficulté est alors de savoir quand on passe d'un régime à l'autre car tout s'opère progressivement. On passe au stade de la liberté précontractuelle, et puis, « insensiblement, la situation devient contractuelle » (V.J. Cedras, *L'obligation de négocier, RTDCom*., 1985, p.265et s.).

285 Civ., 24 novembre 1965, Bull.civ. I, n°651, p.495. *RTDCiv*., 1966.310, obs. G.Cornu.Le partenaire ne peut, en revanche, obtenir du tribunal la désignation du tiers convenu, sauf si un tel recours a été prévu dans la convention elle-même : Civ. 25 avril 1952, D.1952, p. 635 ; RTDCiv., 1952. 515, obs. J. Carbonnier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'obligation de négocier est contenu dans sa limite : la possibilité de ne pas conclure le contrat.

La violation de l'obligation de négocier ne peut dès lors se résoudre qu'en une allocation de dommages-intérêts ([286]) au partenaire qui a subi un préjudice (temps perdu, frais engagés, comme ceux engendrés par exemple, par des études de faisabilité…). Plus difficile est la question de savoir si le dommage réparable doit comprendre le profit que le demandeur aurait pu tirer du contrat. Un tel manque à gagner doit cependant sans doute être exclu dans la mesure où il est moins lié l'exécution de l'obligation de négocier qu'à la formation du contrat négocié car *« même si la négociation s'était ouverte, même si les pourparlers s'étaient déroulés de bonne foi, la conclusion du contrat ne serait peut-être pas intervenue »* ([287]).

3. – Construction et contenu du contrat de négociation

143 Les accords de négociation sont intitulés de manière diverse : *« contrat »* ou *« accord de négociation »*, *« accord de principe », « lettre d'intention », « gentleman's agreement of négociation » « memorandum of outstanding »*, *« livre des procédures de négociation »,* envisageant l'ensemble d'une négociation ou simplement un élément comme c'est le cas des accords de confidentialité.

Diverses clauses ponctuent ce types d'accord, certaines méritant davantage d'attention que d'autres. Ainsi, pour un contrat international de négociation, la précision du système juridique applicable, loi applicable et juge compétent, est essentiel, voire l'un des intérêts même de la conclusion d'un contrat de négociation. Le choix de la loi est capital, en son absence, il conviendrait de s'en remettre aux solutions supplétives du Règlement « Rome I » n° 593/2008, la difficulté étant ici que le contrat de négociation ne peut se confondre avec aucun des exemples livrés par l'article 4.1 du Règlement de sorte qu'il convient de s'en remettre à la recherche de la prestation caractéristique du contrat, et de son débiteur, à ceci près que l'obligation de négociation, prestation

286 Voir toutefois J. Carbonnier, note sous Cass. soc. 24 mars 1958 où il suggère que le juge pourrait tenir de la loi et notamment de l'article 1135 du Code civil, le pouvoir de compléter le contrat.Au contraire, sur cette question, M. Géninet (Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Thèse Paris II, 1985) écrit « aucune législation ne va jusqu'à décider que le juge doit conclure le contrat à la place du justiciable ». B.Gross ajoute : « il n'en irait autrement que si les parties se sont mises d'accord sur tous les points qui sont abandonnés à leur volonté ; mais dans cette hypothèse, leur convention ne serait plus un accord de principe, ce serait l'accord définitif. Au surplus, il y aurait toute chance pour qu'un contrat imposé dans ces conditions restât lettre morte ».

287 B. Gross, Pourparlers, Jur-Class., Contr. distr. Fasc. 20, n°54.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

caractéristique du contrat, est très certainement une obligation bilatérale, de sorte que la loi applicable sera celle que le juge compétent considèrera comme la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat, ce qui assure une certaine liberté d'appréciation et inversement une grande incertitude juridique pour les parties imprudentes.

De même trouve-t-on des clauses réglant la fin de la négociation, comme la question de l'entrée en vigueur du contrat négocié, de sa réitération éventuelle, de sa ratification, ou encore de la répartition éventuelle de la charge du coût de la négociation, voire des clauses limitatives de responsabilité ou au contraire des clauses pénales en cas de violation de l'accord.

144 Surtout, le contrat de négociation détermine les modalités des pourparlers et fixe, plus ou moins précisément, une procédure de négociation. L'accord est parfois appelé par les « livres de procédures de négociation » de l'un ou l'autre des partenaires, qui préparent eux-mêmes les « audits de conformité » qui pourront être effectués. Ils peuvent être plus ou moins élaborés : fixer le scenario de la négociation, les essais, les date d'échange des lettres d'intention, un calendrier de réunions, les lieux, la langue, les personnes présentes, voire les personnes obligatoirement présentes, etc. C'est autour de ce scénario que s'organisent quelques clauses remarquables.

145 Ainsi, le contrat de négociation peut contenir une d'obligation de ne pas négocier avec d'autres par une *clause d'exclusivité*de la négociation, étant entendu que, en règle générale, la négociation, même de bonne foi, ne suppose pas cette exclusivité et l'hypothèse de négociations parallèles, à moins que l'ambiance de la négociation ne le suppose ([288]).Il n'est pas rare, alors que l'exclusivité de la négociation soit stipulée pour une période déterminée et qu'elle s'effectue à titre onéreux, par la stipulation d'un prix payé par l'une des parties, qui pourra, ou non, s'imputer sur le prix définitif du contrat, et qui sera perdu en cas d'échec de la négociation.

De moindre effet, les parties peuvent insérer une clause de révélation d'une négociation parallèle dite aussi *clause de sincérité* qui crée une simple obligation d'information d'une telle occurrence, sans interdire, par nature, la pluralité de négociation.

De façon médiane, une *clause de conflits d'intérêts* permet de limiter une négociation concurrente, pour autant que les intérêts en conflits aient été clairement déterminés, sans l'interdire par principe.

288 M. Fontaine, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, DPCI, 1977. p. 73, et sp. p. 95

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

146 De même isole-t-on parfois des clauses imposant de négocier de bonne foi. On peut ainsi trouver de véritables clauses d'exécution de bonne foi dansles préambules de conventions et dans les déclarations d'intention annonçant que « les *parties exécuteront le contrat de bonne foi ».* Une telle déclaration peut dépasser le cadre de la formule de convenance ou la répétition de celle de l'article 1134, 3 du Code civil et créer une obligation de négocier le traitement des difficultés que les parties rencontreraient au cours du contrat, de combler, en quelque sorte, les lacunes de l'accord par la négociation. Il faut, toutefois, être modéré dans leur interprétation et ne pas fournir à un partenaire peu soucieux d'exécution un argument pour la remise en cause incessante des clauses de l'accord.

On peut rapprocher ces clauses des clauses d'arrangement amiable obligeant les contractants en conflit à engager avant de saisir le juge ou l'arbitre, des négociations pouvant éventuellement déboucher sur une transaction. Ainsi, avant de saisir le juge ou l'arbitre, les parties devront chercher le traitement amiable ([289]) de tout différend survenant au cours de l'exécution du contrat.

147 Les clauses les plus répandues sont cependant les *clauses de confidentialité* dits aussi *non Disclosure Clause* ou *Agreement* ou encore *Confidential Disclure Agreement*, qui créent une obligation de ne pas révéler à des tiers ou à ses partenaires la négociation en cours ou les informations qui auraient pu être transmises à l'occasion de la négociation. Très fréquentes dans les contrats de négociation de l'acquisition d'une entreprise, de fusion ou de cession de contrôle ou encore dans les contrats de distribution ou industriels et quasi-systématiques dans les contrats internationaux, ces clauses font l'objet de nombreux modèles. Leur efficacité suppose cependant que soient déterminés les raisons de l'accord, la détermination de l'objet de la confidentialité (négociation elle-même, types d'informations soumises à confidentialité), la nature de la divulgation interdite, l'étendue de la confidentialité (dirigeants, salariés, préposés, contractants, etc., éventuellement en joignant le modèle de clause à établir avec les diverses personnes en mesure d'avoir à faire avec les onformations protégées) et inversement l'étendue des divulgations permises (à l'intérieur de l'entreprise négociatrice, éventuellement sous la forme d'une liste nominative), des obligations annexes comme de destruction de fichiers

289 Cette clause, comme le souligne J. Cedras *« oblige donc les parties, sans autre préalable, à se présenter respectivement leurs sujets de mécontentement et leurs suggestions en vue d'un retour à des relations normales »* (L'obligation de négocier, RTD.Com., 1985, p.284).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou de documents, la sanction de la divulgation interdite.

II. – Les accords de préférence

148 Issus de la pratique, les accords, clauses, pactes de préférence sont une figure contractuelle largement usitée (**290**). Ce faisant c'est, comme d'ailleurs pour les contrats de promesse, vers la jurisprudence qu'il convient de se tourner pour tenter d'envisager une définition ou une description de ce contrat (**291**).

A. – Validité et efficacité du l'accord de préférence

149 La définition la plus consentuelle décrit le contrat de préférence comme un contrat qui crée une forme de réservation contractuelle, un priorité sur un contrat à conclure. En général, il s'agit de la situation dans laquelle une personne qui souhaite conclure un contrat, conclut un contrat avec le partenaire envisagé, un contrat, de préférence, par lequel il est prévu que si ce dernier conclut le contrat envisagé, alors il devra réserver son offre, sa proposition au bénéficiaire de préférence. Ce contrat est ainsi souvent utilisé pour préparer une vente, vente d'immeuble, de fonds de commerce ou de titres sociaux : le promettant, réserve à son partenaire, le bénéficiaire, la priorité de l'offre de conclusion d'un contrat futur et déterminé, pour le cas où il déciderait de le conclure.

Ce dont il résulte que le contrat de préférence est un contrat de la négociation dont le succès est très incertain puisqu'il dépend à la fois de la volonté du promettant, qui déclenche le mécanisme de préférence, et de celle du bénéficiaire qui conserve sa liberté de conclure ou non le contrat objet de la préférence.

En outre, lefait que la volonté de conclure le contrat n'existe pas nécessairement chez le débiteur de préférence, dénommé promettant, distingue nettement ce type d'accord des promesses de contracter.

On rapproche parfois le contrat de préférence des mécanismes de préemption : le contrat de préférence serait ainsi un mécanisme conventionnel assurant un droit de préemption, assurant au bénéficiaire la possibilité de conclure le contrat aux mêmes conditions que celles établies dans un contrat projeté avec un tiers. Ce cousinage suppose cependant que l'on envisage que le projet de contrat de préférence avec le tiers préexiste au mécanisme de préférence-préemption. C'est souvent le cas dans des mécanismes de préférence de sauvergarde. Par exemple, dans un contrat de distribution, l'une des parties, la tête de réseau, peut

290 V. J.-P. Désidéri, La préférence dans les relations contractuelles, PUAM, 1998.
291 Comp. cependant, Avant-projet « Catala », art. 1106-1.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

insérer une formule de préférence ayant pour objet le fonds de commerce ou les titres sociaux de l'associé principal de la société exploitante, et visant à lui assurer la faculté de conclure le contrat *à la place* du tiers choisi par le promettant, et aux mêmes conditions ([292]). Dans cette situation, la formule est effectivement une formule de préemption conventionnelle : les parties au mécanisme de préemption ont conclu un contrat et le bénéficiaire dispose alors de la faculté de « préempter » l'objet de ce contrat, en réalité la « position contractuelle » du tiers, aux mêmes conditions. La formule contractuelle est alors assez voisine de celles qui sont organisées par exemple en droit des sociétés, dans les SARL notamment.

Très souvent cependant, les mécanismes de préférence sont organisés indépendamment de ce souci de sauvegarder un fonds de commerce ou des titres sociaux : le contrat de préférence est alors conclu indépendamment de ce type de souci, le promettant ne sachant pas s'il va même conclure le contrat objet de la préférence et le contrat de préférence se contentant alors d'organiser la priorité de l'offre qu'il pourrait formuler. Ces deux situations sont alors finalement assez distinctes et méritent des rédactions différentes, quitte à présenter dans le contrat, un mécanisme de préférence et un mécanisme de préemption.

On trouve alors ces contrats de préférence dans toute une série de relations ou de situations : en droit immobilier, avec la figure envahissante du *pacte de préférence*, en droit des sociétés, notamment dans les hypothèses où la loi ne prévoit pas un tel mécanisme ([293]), dans les relations de travail, en droit de la propriété littéraire et artistique, qui connaît d'ailleurs une règle particulière de validité de ces formules (CPI, art. L. 132-4), qui les limite à cinq œuvre futures ou cinq ans dans les contrats dédition, ou encore dans les contrats de distribution.

Il reste que la doctrine est plutôt partagée quant à la définition du pacte de préférence : certains n'y voient rien d'autre qu'une promesse unilatérale d'achat ce qui avait pour objectif de traiter la question de la publicité, obligatoire ou facultative, de la publicité foncière lorsqu'un pacte porte sur un immeuble, ou bien un contrat ayant pour objet une obligation de ne pas conclure un contrat déterminé avec un tiers ([294]) alors qu'on peut y voir, très simplement, un contrat ayant pour objet de fonder une priorité contractuelle, une priorité de l'offre, dans le cas d'un

292 A. Van de Wynckele-Bazela, Pacte de préférence et contrat de franchise, D. 2004, p. 2487.
293 Cf. Cass. com., 7 mars 1989, no 87-17212, D. 1989, p. 231, concl. M. Jéol, JCP G 1989, II, 21316, note Y. Reinhard, Cass. com., 7 janv. 2004, no 00-11692, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 544, note P. Le Cannu (mécanisme inséré dans un pacte extra-statutaire, Cass. com., 15 févr. 1994, no 92-12330 (mécanisme inclus dans les statuts).
294 Cf. B. Fages (dir.), Droit du contrat, Lamy, n°120-3.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrat de préférence « ordinaire », ou de déterminer un mécanisme de substitution, dans le cas d'un contrat de préemption.

150 La **validité** de ces accords ne pose, en règle générale pas de difficulté, sinon sur le fondement quelques règles spéciales. C'est le cas par exemple de l'article 132-4 CPI, déjà envisagé pour les clauses de préférence pour les œuvres futures d'un autreur s'engageant dans un contrat d'édition : « *est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés* (…). *Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ».

En revanche, les règles du droit de la concurrence pourraient considérer un tel contrat, qui assure une forme de priorité, comme une pratique anticoncurrentielle. Ce fut par exemple longtemps la menace pesant sur des formules conventionnelles comme les *clauses d'offre concurrente, de premier refus ou du client le plus favorisé*, à la suite d'une décision rendue en 1995 à propos d'un contrat conclu avec une société d'affichage ([295]). Depuis les clauses du client le plus favorisé, qui assure à son bénéficiaire un alignement automatique sur les tarifs préférentiels accordés par le promettant à un tiers sont strictement prohibée (C. com., art. L. 442-6, II, d) : *« Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ».* Enfin, l'Autorité de la concurrence a rendu en 2010, un avis, considéré comme très important quand bien même il ne s'agirait que d'un avis, stigmatisant notamment les formules de préemption dans les contrats *d'affiliation*, ces contrats de la grande distribution conclus entre un affilié et une enseigne de la grande distribution (cf. infra, n°).

En revanche, la validité du contrat de préférence n'est pas affectée par le fait que le **prix** du contrat objet de la préférence ne soit pas déterminé ([296]), ce qui s'explique aisément, dans la mesure où le contrat objet de la

295 Cf. déc. Cons. conc., n°95-D-39, 30 mai 1995, D. 1996, somm., p. 179, obs. C. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

296Cass. civ. 1ère, 6 juin 2001, no 98-20673, Bull. civ. I, no 166, JCP G 2002, I, 134, obs. F. Labarthe F., RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier : « *il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide ainsi* » ; Cass. civ. 3ème, 15 janv. 2003, no 01-

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

préférence ne sera pas automatiquement conclu du seul fait de la réalisation du pacte. Dans la figure classique du pacte de préférence porte sur une vente d'une chose où le promettant assure qu'il réservera ses offres futures au bénéficiaire, et il est donc possible que le pacte de préférence n'identifie pas un prix, même si cette liberté laissé au promettant n'est guère prudente ; cette dernière peut conduire au contraire à spécifier au contraire des situations particulières, voire un prix. Dans les cas où l'accord de préférence s'analyse comme une formule de préemption, le bénéficiaire de la préférence dispose simplement de la faculté de se substituer au contrat conclu avec le tiers, aux conditions posées par ce contrat, prix compris : il est alors inutile de spécifier un prix particulier.

151 L'**efficacité** de ce type d'accords dépend pour l'essentiel de sa rédaction et notamment de celle de son objet, l'objet de la préférence, mais également de son opposabilité, notamment lorsque le contrat porte sur un immeuble (**297**).

Importent alors le contenu et les modalités du contrat envisagé par l'accord de préférence, c'est-à-dire tout à la fois la *nature du contrat* et, si besoin, la chose qui en est l'objet, essentiellement de manière à ce que la préférence consentie ne conduise pas à immobiliser de manière trop importante le contractant ou la chose objet de la préférence. Par exemple, la jurisprudence considère qu'un pacte portant sur un type de contrat ne joue pas dès lors que le contrat conclu avec le tiers est un autre type de contrat, par exemple un pacte portant sur une éventuelle vente alors que le contrat conclu avec le tiers est une donation (**298**), un échange (**299**), une constitution d'usufruit (**300**), un bail (**301**), une adjudication (**302**) ou un

---

03700, Bull. civ. III, no 9, JCP G 2003, 10129, note E. Fischer-Achoura, D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack.

297 D. Mainguy, Contrats, spéciaux, Dalloz, 9ème éd. 2012, n°81s.

298 Cass. civ. 1re, 18 oct. 1983, no 82-11.687, Gaz. Pal. 1983. Pan. 80 ; Cass. civ. 2e 21 janv. 1999, no 96-22294.

299 Cass. soc., 13 mai 1949, D. 1949. J. 477, note R. Savatier ; Cass. com. 7 mars 1989, no 87-17.212, Bull. civ. IV, no 79, p. 52, JCP 1989. II. 21316, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

300 Cass. civ. 3e, 5 mars 1970, no 67-12.398, Bull. civ. III, no 178, p. 133.

301 Cass. civ. 3e, 1er avr. 1992, no 90-16.985, Bull. civ. III, no 116, p. 71 ; Cass. civ. 3e, 10 mai 1984, no 82-17.079, Bull. civ. III, no 96, p. 77, RD imm. 1985. 74, note Ph. Malinvaud et B. Boubli, JCP 985. II. 20328, note M. Dagot, Defrénois 1985. 33612, note Olivier, à propos d'un bail rural considéré comme une violation du bail.

302 Décisions contrastées : certaines décisions ont refusé que le droit de préférence soit mentionné dans le cahier des charges relatif à l'adjudication (Lyon, 22 nov. 1927, DP 1928. I. 151) ; d'autres ont admis qu'un dire du cahier des charges pouvait permettre au bénéficiaire de se substituer à l'adjudicataire (Nancy, 31 oct. 1928, DP 1929. II. 166, note H. Lalou, et sur pourvoi, Req. 6 janv. 1931, Gaz. Pal. 1931. 1. 471).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

apport en société (**303**) ou un traité de fusion de sociétés (**304**), ou bien encore lorsque la préférence porte sur une chose déterminée sans s'étendre à d'autres (**305**).

Pour éviter donc de mauvaises surprises au bénéficiaire et le fait que le contrat conclu porte sur un autre objet que celui spécifié dans l'accord de préférence, il est donc prudent d'envisager toutes les stituations juridiques et matérielles dans lesquelles le pacte à voctation à jouer, qu'il s'agisse d'un pacte de préférence classique ou d'u pacte de préemption. Par exemple, le fait de spécifier que le bénéficiaire disposera d'un droit de préférence (ou de préemption) portant sur la cession du fonds de commerce de son contractant, est sans doute insuffisant si l'on imagine toute la gamme des posiblités offertes pour transférer tout ou partie de son entreprise, de manière alternative à une cession de fonds de commerce, à un tiers.

De même, la question de la durée de l'accord de préférence, ou plus exactement, de la préférence instituée par l'accord, importe. Au-delà de la spécificité de la règle de l'article L. 132-4 CPI, qui limite le droit de préférence prévu dans les contrats d'édition à cinq ouvrages à compter de la signature du contrat conclu pour la première œuvre, pour une durée de cinq années maximum, mais, également, dans une certaine mesure, dans les contrats de préférence insérés dans les relations de la grande distribution (Cf. infra, n°), cette durée n'est pas une condition de validité de l'accord (306). Souvent la clause de préférence est insérée dans un accord plus vaste : elle emprunte sa durée à cet accord : dans un contrat de distribution par exemple, la préférence cesse de produire ses effets lorsque le contrat prend fin (307). En revanche, les parties peuvent

303 Paris, 27 juin 1949, D. 1949. J. 537 ; Cass. civ. 5 mars 1951, JCP 951. II. 6496, note L. Laurent (le pacte ne joue pas) ; Cass. com. 9 déc. 1974, n°73-13113, Bull. civ. IV, no 323, p. 266, Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21037, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 486, note D. Poracchia ; Cass. com., 17 mars 2009, no 08-11.268, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 847, note B. Saintourens. Comp. Cass. civ. 3e, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698, note D. Mainguy.

304 Cass. com. 9 nov. 2010, D. 2010. 2702, obs. A. Lienard, RTD civ. 2011. 139, obs. P.-Y. Gautier, Cass. com., 28 avr. 2004, n°00-15.003, RJDA 2004, no 983.

305Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-11.627, RTD com. 2010, p. 159, obs. B. Dondero, pour la cession des actions d'une société mère de celle dont les titres faisaient l'objet de la préférence, Cass. civ. 3ère, 15 déc. 1971, n70-13755, Bull. civ. III, no 635.

306Cass. 1re civ., 6 juin 2001, n°98-20673, Bull. civ. I, n°166, JCP G 2002, I, no 134, obs. F. Labarthe, RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier. Adde : Cass. civ. 3ème, 15 janv. 2003, n°01-03700, Bull. civ. III, n°9, JCP G 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura, D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack.

307Cass. civ. 3ème, 21 déc. 1988, n°87-14943, JCP N 1989, II, p. 205, obs. M. Dagot : la clause insérée dans un bail qui se renouvelle ne reprend pas ses effets en raison de

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

parfaitement prévoir une durée particulière à la préférence, soit que la préférence soit instituée en un contrat autonome, soit qu'elle soit l'accessoire d'un autre contrat auquel cas la durée de la préférence peut être plus courte ou au contraire plus longue. Inversement, certains accords de préférence sont prévus pour une durée indéterminée, ce qui pose le problème de la prescription du droit de préférence qui en résulte : sous l'empire du droit de la prescription antérieur à la réforme, la Cour de cassation considérait que la prescription ne commençait de courir qu'à compter du jour où le mécanisme de préférence ne commence de jouer, à savoir lorsque l'offre de conclure le contrat ainsi préparé est adressée ([308]), ce dont il résulte que, depuis 2008, le droit personnel de préférence né de l'accord se prescrit, sans doute dans les mêmes conditions, par cinq ans. Autre est la question de l'efficacité de l'accord de préférence, dans la durée, notamment lorsque celui-ci est prévu pour une durée indéterminée et qu'une longue durée s'est écoulée, du point de vue de l'éventuelle renonciation par le bénéficiaire au droit de préférence. C'est le cas notamment lorsque le bénéficiaire laisse se conclure le contrat se conclure avec le tiers ([309]). L'accord peut, bien au contraire, prévoir une durée maximale assurant au bénéficiaire la possibilité d'exercer la préférence instituée par l'accord. Dans tous les cas, il est bien clair qu'il convient de distinguer l'accord ou la clause de préférence, celui qui contient et institue le mécanisme de préférence choisi par les parties, et le déclanchement de la préférence proprement dite.

B. – Effets du contrat de préférence

152 Le mécanisme de la préférence institue un droit de priorité au profit de son bénéficiaire en fonction de la technique retenue. Ce droit de priorité s'analyse en un droit de créance, l'obligation pour le promettant de réserver son offre au bénéficiaire et, implicitement, de ne pas offrir ce bien à la vente à un tiers sans l'avoir préalablement présentée au bénéficiaire.

Celui-ci dispose donc d'un simple droit de créance contre le promettant, qui peut d'ailleurs faire l'objet d'une cession pour autant que

son caractère accessoire. Mais comp. : Cass. civ. 3ème, 16 juin 1999, n°97-16764, Bull. civ. III, n°142.

308Cass. civ.1ère, 22 déc. 1959, n°59-10037, Bull. civ. I, no 558, JCP G 1960, II, 11494, note P. E., RTD civ. 1960, p. 323, obs. J. Carbonnier.

309Cass. civ. 3ème, 3 nov. 2011, no 10-20297, RJDA 2012, n°139. V. cependant : Cass. civ.3è, 14 déc. 2011, n°10-18105, RJDA 2012, n°386.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

le pacte de préférence ne soit pas affecté d'un *intuitus personae*([310]),ou bien d'un mécanisme de substitution, assez classique au demeurant.

Il en résulte surtout que le promettant doit, avant que d'envisager de retrouver sa liberté, soit pour conclure le contrat avec un tiers, « purger » le droit de préférence ([311]).

Lorsque l'accord est envisagé comme un contrat de préférence de type « classique » il institue un droit au profit du bénéficiaire, celui d'être préféré avant tout autre à partir du moment où le débiteur de préférence, le promettant, aura décidé de réaliser son objet, vendre, louer, conclure un autre contrat. Ce droit de préférence naît dès la conclusion du pacte mais il ne sera exercé que lorsque le promettant émettra son offre ou en recevra une d'un tiers.

Il en résulte, en corollaire, que le promettant doit pendant la durée d'efficacité du pacte de préférence s'abstenir de proposer à un tiers l'offre dont il a réservé la primeur au bénéficiaire. De même, il doit, dès qu'il émet une offre ou qu'il en reçoit une, proposer immédiatement cette offre au bénéficiaire.

Lorsque l'accord met en œuvre un mécanisme de préemption contractuelle, la solution est légèrement différente. Les régimes légaux organisant des droits de préemption au profit de personnes publiques ou de particuliers, organisent des techniques d'information obligatoire reposant souvent sur une *« déclaration d'intention d'aliéner »* souvent établie par les notaires, qu'une clause pourrait adapter dans le pacte de préférence. La mesure de l'efficacité conventionnelle de ce type de mécanisme est plus délicate. Il peut s'agir d'envisager une logique d'information du bénéficiaire, sous la forme d'une telle *« déclaration d'aliéner »*, notamment lorsque le mécanisme de préemption institue un droit de substitution au profit du bénéficiaire, sur le contrat que le promettant envisage de conclure, ou bien qu'il a effectivement conclu. Le pacte doit également envisager les suites de cette procédure et notamment la technique de substitution.

L'efficacité de l'accord de préférence se mesure en effet moins à l'aune du principe de la préférence instituée qu'à celle des techniques

310 Cf. Cass. civ. 3e, 4 janv. 1995, Defrénois 1996. 36100, note Ph. Delebecque. V. cependant, en cas de procédure collective : Cass. com., 13 févr. 2007, no 05-17296, Bull. civ. IV, n°38, RTD civ. 2007, p. 332, obs. J. Mestre et B. Fages : « *attendu que le pacte de préférence constituant une créance de nature personnelle, la cession du contrat de bail ordonnée par le jugement arrêtant le plan de cession du preneur mis en redressement judiciaire n'emporte pas transmission au profit du cessionnaire du pacte de préférence inclus dans ce bail* »). Une telle solution ne signifie pas, évidemment, que le pacte de préférence perd toute efficacité en cas de procédure collective.

311 Inversement, si le bénéficiaire ne se déclare pas intéressé, le promettant peut vendre librement la chose objet du pacte de préférence : Cass. civ. 3e, 29 janv. 2003, Bull. civ. III, no 24.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

conventionnelles retenues et leur précision.

153 L'autorité du pacte de préférence et, donc, son efficacité, se mesure également à l'aune de son opposabilité à l'égard des tiers et du bénéficiaire. Les principales situations litigieuses sont en effet celles dans lesquelles le promettant ne respecte pas l'accord, soit qu'il renonce à sa volonté de conclure le contrat, soit qu'il conclut le contrat avec un tiers, très certainement prce que le tiers à proposé des conditions plus intéressantes que le bénéficiaire, ou pour toute autre raison d'ailleurs. La question est alors de savoir quelles sont les sanctions imposées au promettant d'un pacte de préférence qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire.

Or, force est d'observer que cette efficacité n'est pas parfaite. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence n'entrave pas la cessibilité des actions, dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions ([312]). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc possible sinon valable.

Si le promettant n'exécute pas correctement son obligation, le promettant engage sa responsabilité contractuelle. L'obligation est, cependant, strictement observée : la préférence ne joue que pour les actes visés dans le pacte de préférence.

La principale difficulté demeure, comme pour la promesse, celle de *l'exécution forcée du pacte de préférence*.

Imposer l'exécution forcée en nature supposerait de contraindre à l'exécution de l'obligation de présenter une offre au bénéficiaire, dans les conditions prévues ou bien, si le promettant a cédé la chose objet du pacte à un tiers, de remettre en cause le contrat, situation autrement plus délicate.

L'exécution forcée du pacte supposerait d'une part que le bénéficiaire obtienne l'annulation du contrat conclu avec le tiers, en pratique une vente le plus souvent et, d'autre part, que le juge ordonne l'exécution forcée de la relation avec le bénéficiaire.

La jurisprudence distingue selon que le tiers ignorait ou connaissait l'existence du pacte de préférence.

Dans le premier cas, le tiers est considéré comme de « bonne foi », ce qui ne signifie pas grand-chose sinon que le tiers est dans une situation où il a conclu le contra dans l'ignorance de la situation du bénéficiaire. Le contrat de préférence est en effet une convention inopposable au tiers, selon la règle de l'article 1165 du Code civil ; par conséquent, le

312 Cass. com 26 avril 1994, Les Petites affiches 12 février 1996 n° 19, p.9.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

bénéficiaire peut simplement demander les dommages et intérêts au promettant et point au tiers ([313]).

Dans le second cas en revanche, le tiers est considéré comme de « mauvaise foi ». Le contrat, la vente, conclu entre le promettant et le tiers peut alors être annulé si deux conditions, particulièrement difficiles à rassembler son réunies, d'une part le fait que le tiers connaissait l'existence de l'accord et d'autre part l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, ce qui suppose, pour le bénéficiaire, de démontrer, ce qui paraît bien difficile, ces deux éléments. Dans cette situation, une fraude aux droits du tiers peut alors être reprochée au tiers par le bénéficiaire pour obtenir l'annulation du contrat conclu avec ce tiers ([314]). Cette solution présente l'avantage d'une part de déterminer une solution dans l'hypothèse d'une fraude entretenue contre les droits du bénéficiaire et d'être suffisamment difficile à mettre en œuvre pour respecter les accords conclus. Demeure, en effet, la question des suites de l'annulation du contrat conclu avec le tiers en contravention des termes du pacte. Le bénéficiaire peut-il être substitué au tiers alors que le promettant, en traitant avec ce tiers, a manifestement fait état de son refus de contracter avec le bénéficiaire ? C'est une question difficile car cette substitution constituerait une sanction en nature de l'obligation violée. La jurisprudence ne l'admettait cependant qu'avec beaucoup de prudence ([315]) jusqu'à un arrêt important du 26 mai 2006 ([316]) qui a décidé que : *« si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir »*. Même si, en l'espèce, les conditions n'étaient pas rapportées, il en résulte donc

313 Cass. civ. 3e, 24 mars 1999, RJDA 1999. 536.

314 Cass. civ. 3e, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n°208 ; Cass. com. 7 mars 1989, D. 1989. 231, concl. M. Jéol, JCP 1989. II. 21316, concl. M. Jéol et note Y. Reinhard. Contra : Cass. com., 27 mai 1986, n°85-10006 (sur le fondement de l'article 1583 C. civ.), Cass. civ 3e., 30 avr. 1997, n95-17598, JCP G 1997, II, 22963, note B. Thullier, D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud (art. 1142 C. civ.), Cass. civ. 1re, 10 juill. 2002, n°00-13669, RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier. (art. 1143 C. civ.).

315 Cass. civ. 3e, 26 oct. 1982, préc. mais contra, Com. 7 mars 1989, préc. cf. Cass. civ. 3e, 30 avr. 1997, préc. ; mais à nouveau, Cass. civ. 3e, 10 févr. 1999, RJDA 1999, n°392, censurant l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » et v. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998. Chron. 203.

316 Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier, JCP G 2006, I, 176, obs. F. Labarthe, RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, RLDC 2006/30, no 2165, note H. Kenfack, RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre J. et B. Fages.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

que la Cour de cassation prend acte de la possibilité de prononcer l'annulation et la substitution du bénéficiaire à la place du tiers contractant, malgré bien des critiques sur cette solution qui, au final, nie l'indépendance du pacte de préférence, et peut-être de tous les contrats préparatoires. Depuis, la Cour de cassation a pu appliquer cette solution de manière efficace en 2007 ([317]) avant de considérer que la connaissance de l'existence du pacte de préférence s'apprécie au moment de la formation du contrat tiers ([318]) et que, en toute hypothèse, c'est au bénéficiaire de faire la preuve que les éléments nécessaires à l'annulation et à la substitution sont rassemblées, et non au tiers à qui on ne peut reprocher de n'avoir pas vérifier la situation d'un éventuel bénéficiaire et de ses intentions ([319]).

154 Dès lors, la sanction de la violation d'un pacte de préférence, consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence ([320]). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l'exécution forcée du contrat et imposer la conclusion forcée du contrat avec lui, en vertu du principe de l'effet relatif du contrat selon lequel le pacte de préférence n'est pas opposable au tiers ([321]).

III. – Les accords de promesse

155 Les accords de promesse sont des contrats qui sont simplement évoquées, et encore partiellement, par l'article 1589 du Code civil. Autant dire que ces accords sont, comme les accords de négociation et les accords de préférence, des accords qui quoique très usités ne connaissent

317 Cass. civ. 3e, 14 févr. 2007, RDC 2007. 701, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2007. 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. 38621 ; Civ. 3e, 3 nov. 2011, CCC 2012. 60 ; Cass. com., 7 janv. 2004, no 00-11692, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 544, note P. Le Cannu. Hypothèses rejetées au contraire : Cass. civ. 3ème, 14 déc. 2011, n°10-18105, RJDA 2012, n°386 ; Cass. civ. 3ème, 31 janv. 2007, D. 2007. 1698. note D. Mainguy; Cass. civ. 3ème, 29 juin 2010, n°09-68110, RDC 2011. 30, obs. E. Savaux.

318 Cass. civ. 3e, 25 mars 2009, RDC 2009. 991, obs. Y-M. Laithier. En revanche le tiers ne commet aucune faute en n'interrogeant pas le bénéficiaire sur son intention d'exercer son pacte de préférence : Cass. civ. 3ème, 29 juin 2010, préc.

319Cass. civ. 3ème, 29 juin 2010 préc.

320Cass. civ. 3ème, 30 avril 1997, D.1997. 475. V**.** aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 février 1994, doctrine p.210.

321Cf. Cass. civ. 3ème 24 mars 1999, RJDA 1999, n°536 : la bonne du tiers fait obstacle à l'élargissement de l'action en dommages et intérêts – légitime contre le promettant – à ce tiers. Sur la responsabilité du conseil : Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2006, no 03-18528, Bull. civ. I, n°389, D. 2006, p. 2510, note P.-Y.Gautier, JCP G 2006, II, 10191, note M. Mekki.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

pas de régime supplétif légal, mais simplement jurisprudentiels. Nés de la pratique notariale, ce sont des formules qui s'imposent, en pratique, comme techniques de préparation de bien des contrats, notamment lorsque l'un deux est presque certain de conclure le contrat préparé.

Elles peuvent être décrites comme des contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) la « promesse » de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu.

Comme pour les accrods de préférence, l'objet de ces promesses peut être n'importe quel contrat à préparer, même si l'essentiel des difficultés est concentré sur la préparation de contrats de vente d'immeubles ou de cession de titres ou de fonds de commerce.

L'une des difficultés de la matière tient au fait que, sans doute du fait de l'utilisation majeure de ces contrats, et de leur description par la doctrine, existe, parfois, une différence entre la description, et le régime promis, proposée par la doctrine, et le régime réel que la jurisprudence a forgé, à travers le traitement du retrait, par le promettant d'une promesse unilatérale de contracter, avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option, impliquant une description en corelation avec le régime ainsi déterminé ([322]).

A. – Les promesses unilatérales de contracter

1. – Définition et domaine de la promesse unilatérale de contracter

156 Parmi les avant-contrats, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option ([323]) tient une place particulière et représente une forme très élaborée de contrat préparatoire dont le modèle est, lui-même, la promesse unilatérale de vente.

La promesse unilatérale de contrat est l'accord par lequel convenu l'une des parties, le promettant, promet à l'égard de l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celle-ci lève une « option » résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans l'accord : seul le promettant promet. Le bénéficiaire demeure libre de conclure le contrat objet de la

322 Comp. D. Mainguy, A propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », JCP, éd. G, 2012, 808 ; La rétractation par le promettant de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1.

323F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, Bibl.dr.priv. t. 77, LGDJ, 1983 ; M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. de B. Fages, n°125 s ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, Jur-Class. Civ.., art.1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois 1999.833.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

promesse, ce que « l'option » traduit ([324]) : dans les promesses synallagmatiques de contracter, au contraire, les deux parties promettent réciproquement de conclure le contrat promis.

Par ailleurs, le terme *« unilatéral »* identifie le fait qu'une seule des parties est engagée à promettre, à la différence de la promesse synallagmatique, est source de confusion. Une chose est de savoir si l'une seulement ou si les deux parties sont obligées à promettre, une autre d'observer la nature du contrat qui supporte cette promesse. Si une seule partie à l'accord, le promettant, est obligé par la promesse unilatérale, le contrat de promesse est alors un contrat unilatéral de promesse unilatérale ; inversement, lorsque les deux parties à la promesse unilatérale sont obligées, le promettant promet et le bénéficiaire doit payer un prix, une indemnité d'immobilisation, il s'agit d'un contrat synallagmatique de promesse unilatérale.

157 La promesse unilatérale de contracter se distingue en principe d'une offre de contracter car elle constitue un véritable contrat et non une simple pollicitation. Avant même la conclusion du contrat, le bénéficiaire de la promesse est placé dans une relation juridique de nature contractuelle avec le promettant, ce qui n'est pas le cas entre l'offrant et le destinataire de l'offre. Il demeure cependant de nombreux éléments de rapprochements. Ainsi, le promettant émet par la promesse un accord de volonté qui n'attend plus que celle du bénéficiaire, par la levée de l'option, comme dans l'hypothèse de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Simplement, dans la promesse, l'occurrence de cette rencontre est organisée par le contrat. Par ailleurs, le régime de la promesse unilatérale a été, depuis 1993, précisé par la jurisprudence en un sens dont ses détracteurs considèrent qu'elle tend à rapprocher le régime du contrat de promesse unilatérale de celui de l'offre (cf. infra), en ne considérant pas que l'engagement du promettant est ferme et irrévocable, tel qu'il paraissait être avant 1993.

158 La promesse unilatérale de contracter est en outre un contrat d'une grande banalité qui se rencontre à l'occasion de la préparation de toutes sortes de contrat : de vente d'immeubles ou d'actions – ou d'achat –, de bail, de société, de prêt, d'hypothèque, notamment. Il est clair cependant que les promesses unilatérales de vente sont les plus importantes, même si on rencontre d'autres formules.

159 Ainsi en est-il des *promesses unilatérales d'achat* : le promettant,

324 Comp. Cass. civ. 3ème, 23 janv. 1991, n°89-10489, Bull. civ. III, n39, D. 1992, p. 457, note I. Najjar.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'acheteur, s'engage à acheter le bien, réservant au vendeur, le bénéficiaire de la promesse, le choix de lever ou non l'option de vente. Par exemple, le contrat de *buy-back* est un contrat de vente sur lequel s'agrège une promesse unilatérale d'achat ([325]) : à titre promotionnel, le vendeur d'un bien s'engage à racheter ce même bien d'occasion, plus tard, si l'acheteur l'accepte c'est-à-dire s'il lève l'option et – surtout – s'il acquiert un autre bien, neuf, en remplacement. De même, on rencontre des promesses unilatérales d'achat dans certains contrats financiers comme le contrat de portage ([326]) dans lesquels une personne remet à un financier des titres et promet de les lui racheter ou bien charge un financier d'acheter des titres d'une société et promet de les lui acheter et, plus généralement à l'occasion d'opérations par lesquelles une personne cherche à prendre le contrôle d'une société ([327]).

La *promesse de société*, qui peut être aussi bien unilatérale que synallagmatique, est également rencontrée lorsque certains éléments de la société à constituer ne sont pas encore définis ([328]). L'une des difficultés est de savoir si la promesse – parfois aussi appelée protocole – pourrait poursuivre ses effets après la constitution de la société. La jurisprudence, rare, ne l'admet pas en raison de la contradiction entre cet objectif et le principe selon lequel les statuts sont modifiables à tout moment, faisant de la promesse qui se poursuit un engagement extracontractuel annulable ([329]).

On trouve également, en droit du travail, la formule de la *promesse d'embauche*. L'employeur désireux de retenir la candidature d'un salarié lui adressera une promesse d'embauche, dernière étape de la négociation avant la formation du lien contractuel. La promesse unilatérale – éventuellement synallagmatique – d'embauche *« est la convention par laquelle un individu, le promettant, qui peut être l'employeur ou le salarié, s'engage envers un autre, le bénéficiaire, et si celui-ci lui demande dans un certain délai à conclure un contrat de travail dont les conditions sont dès à présent suffisamment déterminées »* ([330]). La promesse d'embauche suit le régime général des promesses de contrat avec quelques différences tenant à la qualité des contractants. Ainsi, la promesse d'embauche peut engager l'employeur si elle est ferme,

325 Cf. G. Raymond, *Analyse juridique du "buy back"*, *JCP,* 1992, I, 3564.
326 Cf. P. Soumrani, Le portage d'actions, Bibl. dr. priv. t.260, Préf. B. Oppetit, LGDJ, 1996; F.-X. Lucas, Les transferts temporaires de titres, LGDJ, 1998.
327 Cf. Cass. com. 18 juillet 1989, Bull. joly, 1989.822, obs. J.-C. Bacrot et P. Berger ; Cass. com. 17 octobre 1995, Bull. joly, 1996.33, obs. A. Couret.
328 Cf. Cass. com. 28 avril 1987, Rev. soc. 1988.59, note F. Bénac-Schmidt.
329 Cf. Cass. com. 24 février 1987, D. 1987.599 note A. Honorat, Bull. Joly, 1987.213, note P. Le Cannu.
330 D. Fabre, Les promesses d'embauche, in Les aspects juridiques du recrutement, Litec 1994.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

adressée à une personne désignée et précise l'emploi proposé, la rémunération et, éventuellement, la date et le lieu d'entrée en fonction. Par ailleurs, et de façon classique, en cas de retrait de la promesse, celui qui subi ce retrait peut demander réparation. En cas de rétractation de l'employeur, la jurisprudence ne semble guère fixée sur la qualification de la réparation qu'il convient d'octroyer à la partie lésée. Certaines décisions accordent au salarié des dommages et intérêts ([331]), d'autres condamnent, en outre, l'employeur à verser une indemnité de préavis, peu important à cet égard que la prise de fonctions de salarié ne fût pas encore intervenue ([332]), solution ambiguë car elle semble présupposer que le contrat de travail avait été formé, solution peu conforme avec les traits généraux du régime de la promesse unilatérale. Pareillement, la rétractation tardive du salarié, pourrait l'amener à devoir verser des dommages et intérêts à l'employeur ([333]). Certains observent alors que les effets sont les mêmes qu'il s'agisse d'une rupture d'une promesse d'embauche ou d'un contrat de travail. *« Dans l'une ou l'autre des hypothèses, il s'agit en effet de dédommager la partie lésée par le non-respect des obligations du débiteur. Le résultat sera identique que l'on se place dans le cadre de la rupture de l'avant-contrat pour laquelle les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de l'étendue du préjudice ou dans celui d'un licenciement »* ([334]).

La*promesse de bail*est une hypothèse également rencontrée. Ce type de promesse ne soumet aux mêmes exigences que la promesse de contrat en général, par exemple le fait que la promesse doit contenir les éléments essentiels du bail ([335]). Par ailleurs, la promesse de bail est efficace au point que les juges du fond considèrent que le promettant peut être contraint à l'exécution en nature, c'est à dire à mettre la chose à la disposition du bénéficiaire ([336]). Ce type de promesse est cependant rarement accompagné de conditions ([337]), en raison de la plus grande sobriété des conditions de conclusion du bail.

Plus délicate est la question des *promesses de contrats réels* comme la promesse de prêt, la promesse de gage ou la promesse de dépôt. L'intérêt de telles promesses tient en effet à l'existence de la catégorie des contrats réels ([338]). Un contrat réel en effet n'est formé que par la remise de la

331 Cass. Soc. 31 janvier 1983, BS F. Lefebvre 1983. 137, n°334.
332 Cass. Soc. 12avril 1995, CSB 1995.203, S. 94.
333 Cass. Soc. 29 mars 1995, CSB 1995.203, S.93.
334 N. Hauser Costa, La promesse d'embauche, RJS 1997, p.338.
335 Cass. civ. 3ème, 27 juin 1973, Bull. Civ. III, n°446, à propos du prix.
336 Cass. civ. 3 avril 1938, Dalloz Jurisprudence générale. V° Louage, n°80.
337Cass. civ. 3ème, 18 mars 1998, Dr. et Pat. 1998, n°62, p.75, obs. P. Chauvel : le paiement d'un droit d'entrée auquel est subordonné la conclusion d'un bail commercial n'est pas une condition suspensive.
338 M.-N. Jobard-Bachelier, Existe-t-il encore des contrats réels ? RTD civ. 1985.62.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

chose. Dès lors, l'échange de consentement préalable ne peut identifier le contrat lui-même mais simplement une promesse de contracter et ses conséquences, l'admission ou le rejet d'une exécution forcée, en nature, en cas de refus pas le promettant de remettre la chose. Depuis 1998, la jurisprudence considère cependant que certains contrats de crédit soumis aux règles du crédit à la consommation ([339]) n'ont pas la nature de contrat réel, pas plus que « *les contrats de prêt conclu par un professionnel du crédit »* ([340]), en sorte que l'exécution forcée de ces contrats *consensuels* de prêt devient possible. Il demeure que ce contrat, comme tout autre, peut être préparé par une promesse de prêt, comme n'importe quel autre prêt ou ouverture de crédit.

2. – Validité et efficacité de la promesse unilatérale de contracter

160 La promesse unilatérale de vente est, avant tout, un contrat de promesse de contracter supposant donc un consentement portant sur la promesse elle-même, de sorte que l'offre de conclure une promesse ne peut être considérée comme une promesse identifiant une option efficace (341).

En outre, comme tout contrat, le contrat de promesse est soumis à toutes les exigences du contrôle de la validité des contrats, l'absence de vices du consentement.

En termes de capacité, le contrat de promesse suppose que le promettant dispose de la capacité de conclure le contrat promis, vendre par exemple, laquelle est appréciée au jour de la promesse, dans la mesure où le contrat de promesse et tout le long de l'efficacité de celle-ci. Si cette capacité venait à s'altérer après la signature de la promesse, la validité de celle-ci ne pourrait pas être remise en cause (342). En revanche, la capacité du bénéficiaire à conclure le contrat définitif n'est appréciée qu'au moment de la levée de l'option (343). Selon la même logique, les éléments essentiels du contrat promis doivent être précisés, déterminés ou déterminable à peine de nullité du contrat, être licites, etc.

339Cass. civ. 1ère, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n°186, D. 1999.14, note M. Bruschi, , somm. 28, obs. M.-N. Jobard-Bachelier, Defrénois, 1999, art. 36921, note S. Piédelièvre.

340 Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, JCP 2000, II, 10296, conc. J. Sainte-Rose.

341Cass. civ. 3ème, 20 mars 1979, no 77-15045. Comp. Pour une acceptation de l'offre de conclure un contrat de promesse et la levée de l'option concomitante : Cass. civ. 3è, 12 juill. 1976, n°74-15124, D. 1976, p. 657, note M. Poulnais ; Cass. civ. 3è, 14 nov. 1972, n°71-10425, Bull. civ. III, n°593.

342 V. Cass. civ.,3è 7 janv. 1982, n°80-14396, Gaz. Pal. 1982, 1, pan., p. 184 ;Cass. civ.3è, 30 nov. 1971, n°70-12683, JCP G 1972, II, 17018.

343 Cass. civ., 24 octobre 1950, JCP.1951, IV.174.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

La promesse de vente est souvent assortie d'une ou plusieurs conditions suspensives. Dès lors, les règles de la promesse et de la condition se combinent : le bénéficiaire ne bénéficiera de l'option que si les conditions prévues sont remplies dans le délai imparti dans la promesse ; à défaut, la promesse est caduque.

161 Les conditions de fond de la promesse suffisent en principe, l'accord de promesse étant un contrat consensuel. En revanche, les contrats de promesse de vente sont soumis à une règle fiscale, une condition de forme, très importante. Selon l'article 1589-2 du Code civil, qui a repris depuis 2006 les dispositions de l'article 1840 A du Code général des impôts, la promesse de vente doit, à peine de nullité absolue, être enregistrée dans les dix jours de sa formation, lorsqu'elle porte sur un immeuble ou sur un fonds de commerce à peine de nullité de la promesse (344). L'objectif poursuivi par ce texte était de lutter contre la fraude fiscale qui aurait consisté pour un intermédiaire à se faire consentir une promesse de vente occulte dont il cèderait le bénéfice à un nouveau bénéficiaire. En fait, loin de réaliser cet objectif, ce texte a surtout été utilisé par le bénéficiaire de mauvaise foi qui, désireux de ne plus acheter, chercherait, par la sanction de la nullité absolue, à récupérer l'indemnité d'immobilisation qu'il aurait versée. C'est pourquoi la jurisprudence tendait parfois à interpréter de manière restrictive ce texte, par exemple à travers la qualification de promesse unilatérale, pour proposer celle de promesse synallagmatique, qui n'est pas visée par l'article 1589-2 du Code civil (345). En revanche, la promesse unilatérale de vente qui s'inscrit dans un ensemble contractuel plus vaste (346), ou

344 L'enregistrement doit survenir dans les dix jours de la conclusion de la promesse et non dans les dix jours de la levée de l'option : cf. Cass. civ. 3e, 10 oct. 1968, Bull. civ. III, no 368, JCP 1969, II, 15910, obs. P.L. ; Cass. com. 6 janv. 1970, JCP 1970, II, 16240. V. aussi R. Savatier, Délai d'enregistrement des promesses de vente unilatérales et des cessions de ces promesses, RTD civ. 1971. p. 65.

345 Cass. civ. 3e, 1er juill. 1998, JCP E 1999. 169, n°5, obs. Ph. Neau-Leduc.

346 Cass. com. 15 janv. 2002, Bull. civ. IV, n°12, Defrénois 2002. 765, note E. Savaux, RTD civ. 2002. p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP E 2003, I, 543, obs. D. Mainguy, imposant cependant l'enregistrement des promesses et censurant l'arrêt d'appel qui avait jugé l'inverse et qui aurait dû rechercher *« s'il existait un lien de dépendance nécessaire entre ces diverses obligations réciproques susceptibles de modifier les caractéristiques de la promesse de vente »* ; Cass. civ. 3e, 26 juin 2002, Defrénois 2003. 1261, note E. Savaux, RTD civ. 2003. p. 77, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP E 2003, I, 543, obs. D. Mainguy ; Cass. civ. 3e, 26 mars 2003, Bull. civ. III, n°71, D. 2003. p. 2241, note P. Lipinski, Defrénois 2003. p. 841, note E. Savaux ; Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, , n°04-20525, RTD civ. 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. com. 22 nov. 2005, Bull. civ. IV, n°234, pour des promesses croisées d'achat et de vente valant vente.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

bien dans un autre contrat particulier (347), échappe à l'obligation fiscale.

Il reste cependant que l'exigence d'enregistrement posée par l'article 1589-2 du Code civil, même appliquée avec réserve par la jurisprudence (348) s'impose ; la sanction du défaut d'enregistrement est la nullité du contrat de promesse de vente, nullité absolue et donc insusceptible de confirmation (349) et qui s'étend à tout le contrat de promesse dans toutes ses composantes (350).

3. – Régime et effets de la promesse unilatérale de contracter

162 Indemnité d'immobilisation. Une promesse unilatérale de contracter est un contrat unilatéral ou synallagmatique, selon que le bénéficiaire s'oblige ou non à quelque chose. Ce peut être le plus souvent le versement d'une somme d'argent destinée à payer le prix de la réservation appelée « indemnité d'immobilisation » : la promesse est alors un contrat synallagmatique et à titre onéreux, un contrat synallagmatique de promesse unilatérale de contracter, souvent une promesse unilatérale de vente. Si le bénéficiaire lève l'option, le contrat est conclu et l'indemnité d'immobilisation s'impute sur le prix du contrat. Si, au contraire, le bénéficiaire ne lève pas l'option, il perd l'indemnité, le vendeur la conserve (351). L'indemnité d'immobilisation n'est cependant ni une indemnité ni une indemnisation. Elle constitue un prix, celui de la réservation, la contrepartie de l'exclusivité consentie par que le promettant pendant la durée de l'option (352). Dès lors, la question de savoir si le montant de l'indemnité ne devrait pas être calculé au prorata de la durée de la réservation, en sorte que si le bénéficiaire renonce à acheter pendant le délai d'option, il pourrait récupérer une

347 Cass. civ. 3e, 3 nov. 1981, Bull. civ. III, no 173, JCP 1982, II, 19867, note E.-M. Bey, RTD civ. 1982. p. 434, note Ph. Rémy (promesse insérée dans un contrat de crédit bail), Cass. civ. 3e, 26 mars 2003, préc. (promesse de vente dans un contrat de transaction).

348 Cf. pour l'admission de la validité de la promesse reproduite dans un acte déposé au rang des minutes d'un notaire : Cass. civ. 3è, 8 oct. 1975, n°74-12398, Bull. civ. III, n°288.

349Cass. civ. 3è, 7 juill. 1982, n°81-13361, Bull. civ. III, n°176, Gaz. Pal. 1983, 1, pan., p. 24, obs. J. Dupichot, Defrénois 1983, p. 330, note J.-L. Aubert ;Cass. civ., 3è, 3 févr. 1993, n°91-10274, Bull. civ. III, n°16 ; Cass. civ. 3è, 14 déc. 1994, n°92-20633, Bull. civ. III, n°218.

350Cass. civ. 3è, 7 juill. 1982, no 81-13361, Bull. civ. III, n°176.

351 Cass. civ. 3e, 11 mai 2004, RDC 2004. 972, obs. F. Collart-Dutilleul, à propos d'une d'indemnité versée à titre de « dépôt de garantie ».

352Cass. com., 23 juin 1958, D. 1958, p. 581, note Ph. Malaurie. ; Paris, 19 mars 1981, RD imm. 1982, p. 110, note J.-Cl. Groslière et Ph. Jestaz.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

partie de l'indemnité (353) a été rejetée car l'indemnité d'immobilisation est bien le prix de la réservation, qui ne se découpe pas, et non une sorte de prix de location (354).

En outre, se pose la question de savoir si l'indemnité d'immobilisation doit être rapprochée d'institutions voisines telles que le dédit ou la clause pénale. Du dédit, l'indemnité se distingue en ce qu'elle est versée pour prix de la réservation et, donc, du temps accordé au bénéficiaire pour ne pas conclure définitivement la vente, ne pas acquérir. À l'inverse, le dédit permet au contractant d'un contrat déjà conclu de se dédire, en versant le dédit (355). De la clause pénale également, l'indemnité d'immobilisation diffère. L'intérêt du rapprochement est bien entendu la faculté de révision judiciaire de la clause pénale ouverte par les articles 1152, al. 2 et 1231 du Code civil. La clause pénale est, cependant, un mécanisme permettant la fixation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation alors que l'indemnité d'immobilisation n'a pas cette nature de sanction (356).

En revanche, le montant de l'indemnité d'immobilisation n'est pas sans incidence : plus le montant est élevé et plus le bénéficiaire peut être considéré comme incité à acheter. La jurisprudence admettait depuis un arrêt du 20 novembre 1962 (357) que la promesse, unilatérale, pourrait alors devient synallagmatique, en tout cas si le bénéficiaire ne conserve pas sa liberté de choix (358). On pourrait se demander, si le bénéficiaire refuse d'acquérir, perdant l'indemnité, si celle-ci, qui apparaîtrait davantage comme une sanction, ne doit pas être qualifiée de clause pénale, éventuellement réductible. Pourtant la jurisprudence considérait que même si le bénéficiaire verse une indemnité d'éviction presque égale au prix de vente, la promesse demeure unilatérale si le bénéficiaire dispose toujours d'une réelle option (359). Il en résulte que l'existence

353 Cass. civ. 3e, 5 déc. 1984, préc.

354 Cass. civ. 3e, 10 déc. 1986, JCP 1987. II. 20857, note G. Paisant ; Cass. civ. 3e, 28 mars 1990, D. 1991. p. 187, note R. Cabrillac ; Cass. Civ 1ère, 5 déc. 1995, n°93-19874, Bull. civ. I, n°452, Defrénois 1996, p. 757, note D. Mazeaud.

355 L. Boyer, La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 41.

356 Cass. civ. 3e, 5 déc. 1984 (2 arrêts), D. 1985. 544, note F. Bénac-Schmidt ; JCP 1986. II. 20555, note G. Paisant ; RTD civ. 1985. 372, obs. J. Mestre ; 592, obs. Ph. Rémy.

357 Cass. com. 20 nov. 1962, D. 1963. 3 ;Cass. com., 24 avr. 1972, n°71-10327, Bull. civ. IV, n°120, Cass. com. 13 févr. 1978, Bull. civ. IV, n°60 ;Cass. com., 25 avr. 1989, n°87-17281, Bull. civ. IV, n°136, Defrénois 1991, p. 198, note Y. Dagorne-Labbé. Adde : D. Mazeaud, La révision de l'indemnité d'immobilisation ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges, JCP N 1992, I, p. 113.

358Cass. com., 8 nov. 1972, n°71-12459 et 71-12479, Bull. civ. IV, n°280, JCP G 1973, II, 17565, note B. Boccara.

359 Cass. com. 9 janv. 1991, D. 1991. 481, note G. Paisant, Cass. com. 18 janv. 2011, RDC 2011. 812, obs. Y.-M. Laithier, RTD civ. 2011. 122, obs. B. Fages.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'une exigence de versement, quelle que soit son appellation (sauf à ce qu'il s'agisse d'une clause pénale), d'une somme d'argent en contrepartie de la conclusion d'une promesse a bien pour fonction de permettre de se dédire de son engagement et n'est pas, en tant que telle, une clause pénale ce qui permet de se demander, depuis un arrêt du 1er décembre 2010 (360), la jurisprudence n'est pas revenue sur sa solution de 1962.

163 Effets de la promesse. La situation du bénéficiaireest celle qui suscite le moins de difficulté. La promesse unilatérale est un contrat préparatoire à un contrat qui permet au bénéficiaire de disposer d'un délai pour décider s'il lève l'option ou non. Pendant toute la durée de la promesse de vente, promettant et bénéficiaire se trouvent dans une situation d'attente, attente de la réalisation des conditions pour le bénéficiaire, attente de la levée de l'option pour le promettant, chacune demeure donc dans sa position contractuelle départ, le bénéficiaire ne peut pas considérer que les droits que le contrat promis est destiné à produire lui sont déjà acquis, par anticipation. Le bénéficiaire de la promesse dispose alors de la faculté d'opter à tout moment pendant la durée prévue par la promesse. Cette faculté, cette liberté ou ce droit d'option, est considéré par la jurisprudence comme de nature personnelle (361). Elle doit s'effectuer selon les modalités prévues dans le contrat ou à défaut par tout moyen efficace (362). En pratique l'efficacité de la levée de l'option est souvent associée, dans les promesses de vente, au paiement du prix, afin d'éviter que le promettant ne subisse le risque d'impécuniosité du bénéficiaire.

En effet, aucun transfert de propriété ne s'est réalisé, encore, à son profit, ce qui n'est pas sans conséquence dès lors que le promettant n'exécute pas son obligation. À défaut de lever l'option dans le délai prévu, qui pourrait d'ailleurs être prorogé (363), la promesse cesse de

360 Cass. civ.1e, 1er déc. 2010, RDC 2011. 420, obs. Y.-M. Laithier. Mais Comp. pour la considération en clause pénal et sa réduction : Cass. civ. 3è, 24 sept. 2008, n°07-13989, RTD civ. 2008, p. 675, obs. B. Fages.

361 Cass. civ. 26 nov. 1935, *DP* 1936. 1. 37, rapp. Pilon. Adde : L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente », RTD civ. 1949. 1 ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif, LGDJ, 1967. V. ainsi Com. 7 juill. 1949, Bull. no 279, : la créance du bénéficiaire est de nature mobilière même si le contrat définitif porte sur un droit réel immobilier mais *contra* Cass. civ. 3e, 12 janv. 1994, D. 1995. p. 52, note F. Macorig-Venier, validant la conclusion par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble d'un bail commercial avec un tiers car le bénéficiaire avait été placé « en possession réelle » et bénéficiait de ce fait, « d'un droit de caractère immobilier ».

362 Pour une levée d'option dans des conclusions d'avocat : Cass. civ. 3è, 11 mai 2005, n°03-20669, RTD civ. 2006, p. 106, obs. J. Mestre et B. Fages.

363Cass. civ. 3è, 15 déc. 2004, n°03-14036, Bull. civ. III, n°245.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

produire ses effets, certainement par caducité ([364]). Lorsque le délai est prévu pour une durée indéterminée, le contrat peut alors faire l'objet d'une rétractation unilatérale, ce qui devrait supposer que le promettant mette en demeure le bénéficiaire, en respectant un préavis, de lever l'option, dont le non respect, eu égard à la jurisprudence sur la rétractation de la promesse, ne devrait pas avoir beaucoup d'effet.

164 Circulation de la promesse. Le contrat de promesse, comme n'importe quel contrat peut faire l'objet d'une stipulation assurant que la promesse soit considérée comme affectée d'un *intuitus personae* ou au contraire que le bénéfice de la promesse puisse être transmis par le bénéficiaire avant la levée de l'option, solution qui résulte le plus souvent d'une faculté de substitution insérée dans la promesse ([365]), qui peut s'analyser comme une cession de contrat ([366]) où toutes sortes de modalités peuvent être envisagées : agrément, information préalable, notification, etc. La substitution permet ainsi au tiers substitué de prendre la place du bénéficiaire dans ses droits et obligations : il est débiteur de l'indemnité d'immobilisation et créancier du droit d'option.

165 Rétractation de la promesse par le promettant avant la levée de l'option. La question essentielle posée par les promesses de contracter demeure la question de la sécurité à laquelle les parties peuvent s'attendre : le bénéficiaire doit-il s'inquiéter du risque de rétractation par le promettant ? Le promettant peut-il répondre à l'offre plus intéressante proposée par un tiers et donc rétracter la promesse ?

La jurisprudence considère que le promettant peut rétracter efficacement la promesse avant la levée de l'option par le bénéficiaire

364 Cass. civ. 1re, 8 oct. 2003, CCC 2004. 3, obs. L. Leveneur. Rien n'interdit au promettant de conclure tout de même le contrat : Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, n°92-17008 et 92-20569, Bull. civ. I, n°53, D. 1996, somm., p. 8, obs. G. Paisant.

365 Cass. civ. 1ère, 14 déc. 1982, n°81-15455, D. 1983, p. 418, note L. Aynès ; Cass. civ. 1ère, 28 nov. 1962, n°58-11255, Bull. civ. I, n°509 ; V. Soubise, La transmission par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente, D. 1994, chr., p. 237 ; Ph. Brun, Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?, RTD civ. 1996, p. 29 ; M. Behar-Touchais, Retour sur la clause de substitution, Mél. L. Boyer, Toulouse, 1996, p. 85 ; L. Boyer, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP G 1987, I, 3310 ; E. Jeuland, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, D. 1998, chr., p. 356.

366 Cass. civ. 3è, 13 juill. 1999, n°97-18926 et 97-18927, JCP G 1999, II, 10207, note M.-C. Psaume; Cass. civ. 3è, 1er avr. 1987, n°86-15838, Bull. civ. III, n°68, D. 1987, p. 454, note L. Aynès L., RTD civ. 1987, p. 777, obs. Ph. Rémy ; Cass. civ. 3è, 17 avr. 1984, n°83-12106, Bull. civ. III, n°87, D. 1985, p. 234, note I. Najjar ; Cass. civ. 1è, 14 déc. 1982, n°81-15455, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

([367]) contre les propositions doctrinales majoritaires qui considèrent, en général, que le promettant s'engage irrévocablement à conclure le contrat promis, de sorte qu'il aurait déjà consenti au contrat promis. Tel est bien le problème : quel est le contenu du consentement donné dans la promesse, s'étend-il au contrat promis ? Comment empêcher le promettant de résilier le contrat de promesse, même de façon fautive ? L'exécution forcée du contrat de promesse serait-elle une exception ou le principe ? Les questions abondent et les réponses jurisprudentielle aboutissent à répondre d'une part que le consentement donné à la promesse ne porte que sur celle-ci, et point sur le contrat promis, que le promettant peut bien entendu résilier le contrat et que celle-ci, efficace, quand bien même elle serait fautive, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature, ce qui est exactement le contraire des propositions doctrinales.

Ces solutions sont l'aboutissement d'un raisonnement juridique complexe, entamé en 1993.

Certains auteurs estimaient que le promettant est débiteur d'une obligation de ne pas faire : ne rien faire qui puisse empêcher le bénéficiaire de lever l'option qu'il a réservée à ce dernier ([368]). Si tel était le cas, le bénéficiaire pourrait obtenir la destruction du contrat conclu avec un tiers sur le fondement de l'article 1143 du Code civil. Pour d'autres, ce serait une obligation de donner ([369]), permettant cette fois une exécution forcée en nature sans difficulté, solution critiquée car elle ferait de la promesse une sorte de « demi-vente ».Pour d'autres encore, il pourrait s'agir d'une obligation de faire : maintenir son offre au profit du bénéficiaire, solution que la jurisprudence a retenue. Cette question est induite par la solution jurisprudentielle donnée au problème de l'exécution forcée en nature, éventuelle, de la promesse de contracter, alors que le promettant s'y refuse, pendant le temps d'efficacité de celle-ci, c'est-à-dire avant que le bénéficiaire lève l'option, question devenue

367 Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, no10-12875: D. 2011. p. 1457, note D.Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; JCP N 2011. 1163, rapp. G. Rouzet.

368 A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, no 93 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit*., no 227, A. Terasson de Fougères, « Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente », *JCP* N 1995. I. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Cass. civ. 3e, 10 juill. 2002, JCP G 2002. Pan. 1396 : *« L'article 1143 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur »*.

369 P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988. p. 673.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

classique et connue comme le problème de la « rétractation » de la promesse par le promettant ([370]).

Or, la Cour de cassation s'est prononcée dans un important arrêt *Cruz* du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant : *« les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et (…) la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* » ([371]). Pour la Cour, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option peut utilement s'effectuer et le bénéficiaire n'est créancier que d'une obligation de faire, ce qui l'empêche d'obtenir exécution forcée en nature de la promesse, mais une simple allocation de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire déçu.

La décision de 1993, fondée sur l'ancien article 1142 du Code civil, reposait donc sur les obligations et leur nature de la promesse.

Le contrat pourrait aussi être envisagé du point de vue du contrat lui-même de sorte que, aux termes de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil, tout contrat est en principe irrévocable et la rupture unilatérale du contrat n'est pas possible, sauf clause à cet effet ou à considérer la résiliation unilatérale comme fautive. Par conséquent, si on admet que le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente puisque la levée de l'option par le bénéficiaire formera la vente, il devrait en résulter que le promettant ne peut rétracter son consentement et que le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, formant ainsi le contrat malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée de la promesse que le maintien forcé du consentement du promettant. C'est donc par la considération de l'effet obligatoire de la promesse elle-même, indépendamment de ses obligations : *« le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais (…) il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat »* ([372]).

---

370 Le tout, pour autant que la promesse contienne un terme, un délai pour opter ; à défaut, le promettant peut rétracter sa promesse et il lui suffit de le signifier (Cass. civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *RDC* 2009. 995, obs. Y-M. Laithier), contrairement à la jurisprudence antérieure qui considérait que le promettant devait mettre en demeure le bénéficiaire d'opter ou de renoncer.

371 Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, D. 1994. p. 507, note F. Bénac-Schmidt, Somm. 230, obs. O. Tournafond ; 1995. Somm. 88, obs. L. Aynès ; JCP N 1995. J. 31, note D. Mazeaud ; Defrénois 1994. 35845, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1994. p. 588, obs. J. Mestre. Adde : A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP N 1995. 1. 194 ; F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patr. déc. 1995. 58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ?, AJPI 1996. 568, R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois 1999. 37021.

372 P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. p. 771, spéc. no 21 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, art. cit. n°10-11 ;

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

A l'inverse cependant, on pourrait considérer qu'aucun fondement juridique ne permet de forcer le consentement d'un contractant, ici le promettant, qui a manifesté son intention de ne pas conclure le contrat préparé, mieux de le résilier, y compris de manière fautive. La jurisprudence admet en général que nul ne peut être forcé de demeurer dans les termes d'un contrat. La résiliation unilatérale, irrégulière donc, d'un contrat produit effet, mais en engageant la responsabilité du contractant fautif. Aussi on pourrait toujours concevoir que le promettant peut résilier unilatéralement, mais fautivement, le contrat de promesse, du moins jusqu'à la levée d'option ([373]), à moins de s'engager vers une conception plus objective du contrat et, admettre l'hypothèse d'un maintien forcé de l'engagement du promettant.

La Cour de cassation a d'ailleurs maintenu sa jurisprudence, dans un arrêt du 26 juin 1996 ([374]). Le résultat de ces arrêts est que le promettant peut rétracter sa promesse tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée, comme il pourrait rétracter son offre, sauf aménagement contractuel, devenu fréquent par exemple pour favoriser l'exécution forcée ([375]). Malgré les nombreuses critiques doctrinales, la Cour s'est à nouveau prononcée dans le même sens dans un arrêt du 11 mai 2011 ([376]) : *« En*

Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patr. mai 1998, no 60, p. 78.

373 En ce sens, D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de sa promesse par le promettant, RTD civ. 2004. 1 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, D. Stapylon-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ?, art. cit., M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. p. 85 et spéc. no 17.

374 Cass. civ. 3e, 26 juin 1996, Bull. civ. III, n°165, Defrénois 1996. 36434, obs. D. Mazeaud, RJDA 1996. 636, rapp. D. Pronier, LPA 30 mai 1997, p. 27, note B. Bévière : *« la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »*.

375 Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, n°07-11721, RDC 2009. p. 143, obs. Ph.Brun ; 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud, p. 1239, obs. F.Collart-Dutilleul, JCP2008. II. 10147, note G. Pillet. V. aussi Cass. civ. 3e, 8 sept. 2010, *D.* 2011 p. 477, obs. S. Amrani-Mekki; RTD civ.. 2010, p.. 770, obs. B. Fages; Defrénois 2010. 2123, obs. L. Aynès; RDC 2011. p. 153, obs. Ph. Brun.

376 Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, no10-12875: D. 2011. p. 1457, note D.Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; JCP N 2011. 1163, rapp. G. Rouzet ; adde: Y.Paclot et E.Moreau, L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, JCP 2011. 736 ; N. Molfessis, De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni, D. 2012. 231. Adde : Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19526 reproduisant la solution du 11 mai 2011 et Cass. civ. 3è, 6 sept. 2011, n° 10-20362, contre, assez vaguement, cette solution.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

application des articles 1101 et 1134 du Code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente ». L'arrêt valide ainsi l'analyse selon laquelle le contrat de promesse n'a pas pour objet un consentement qui aurait déjà été donné par le promettant à la vente mais au contraire le fait que le contrat de promesse est un contrat qui s'inscrit pleinement dans la négociation d'un contrat, d'une part, et comme un contrat. Il en résulte que la « rétractation » par le promettant de sa promesse s'analyse comme une résiliation unilatérale du contrat de promesse, certes fautive, mais efficace, excluant l'exécution forcée en nature puisque comme l'explique la Cour aucune rencontre des volontés réciproques sur la base d'un hypothétique consentement déjà donné par le promettant ([377]).

Quand bien même la doctrine continuerait de tonner contre ces décisions, la solution demeure : le promettant peut rétracter la promesse, du moins tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option. Plus exactement, la rétractation faite par le promettant dans ces conditions est clairement une résiliation fautive, qui engage la responsabilité du promettant, dans la mesure où il s'était engagé, souvent à titre onéreux, à laisser le bénéficiaire en mesure d'exercer son option. L'un des pistes qui pourrait être envisagée consiste à considérer le préjudice subi par le bénéficiaire.

166 **Indemnisation du bénéficiaire et sécurisation de la promesse.** Le régime de la promesse, identifié par les décisions de la jurisprudence sont donc, de manière supplétive, favorables au débiteur du droit d'option, le promettant.

La question se pose alors des techniques contractuelles possibles de sécurisation du bénéficiaire. On peut observer, en premier, que le préjudice subi par le bénéficiaire est soit faible soit difficilement identifiable. En effet, le bénéficiaire qui subit la résiliation unilatérale du contrat de promesse de contracter se retrouve en situation identique à celle qui était la sienne avant de conclure la promesse : il dispose toujours de la même somme d'argent et est en mesure de conclure un nouveau contrat. Quant au promettant, il a soit considéré que ne pas conclure le contrat était préférable pour lui ou que la conclusion du contrat avec le tiers lui était plus profitable. En clair, il préfère conserver la chose objet de la promesse de vente ou a vendu à un prix plus important que le prix de la promesse. Le préjudice du bénéficiaire, dans les promesses de vente d'immeubles, est donc ou bien un simple

377 D. Mainguy, A propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de vente », JCP, éd. G, 2012, 808.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

préjudice moral, celui du rêve envolé, et un préjudice économique, celui de l'indemnité d'immobilisation versée, ce dont il résulte que son indemnisation est souvent faible.Le préjudice de frustration pourrait cependant être considéré avec plus d'importance, s'il s'agissait de rendre plus onéreuse la résiliation par le promettant.

Dans certaines hypothèses toutefois, le préjudice peut être bien plus important, par exemple lorsque l'objet de la promesse est une chose irremplaçable ou une chose frugifère, comme des titres sociaux, un fonds de commerce etc. En toute hypothèse, donc le préjudice subi peut être aisément identifié : le montant de l'indemnité d'immobilisation ou bien les pertes estimées du fait de la violation de la promesse, et éventuellement un préjudice moral. L'indemnisation du bénéficiaire du fait de la résiliation de la promesse et donc de la violation de son contenu n'est pas complexe à prévoir, tant pour le bénéficiaire que pour le promettant.

La sécurisation de la promesse ([378]) peut donc passer, dans un premier temps, par la stipulation d'une clause pénale, suffisamment importante pour enchérir le coût de la violation, mais point trop pour ne pas encourir le risque d'une réduction sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. Quand bien même d'ailleurs, le caractère comminatoire de la clause pénale devrait constituer une incitation suffisamment dissuasive, à moins que la valeur réelle du contrat promis soit considérablement plus élevée que celle prévue dans la promesse, auquel cas le promettant à très bien fait de n'y point donner suite.

La question se pose en outre de savoir si, alors que l'exécution forcée en nature est exclue devant le juge, une clause à cet effet ne peut pas aboutir à priver le promettant de la possibilité de résilier la promesse. La cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 27 mars 2008 ([379]) qu'une telle clause était efficace. Une telle clause ne devrait pas se contenter que contrat est ferme et irrévocable, ni que le promettant s'interdit de

---

378 Adde : B. Nuytten, L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeubles, le point de vue du praticien, RDC 2005, p. 75.

379 Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, préc. : *« Mais attendu qu'ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil, la cour d'appel, sans dénaturation, en a exactement déduit que la société Ogic n'était pas fondée à prétendre à une exécution en nature et que la société Foncière Costa devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer à la société Ogic ».* Adde : Y.-M. Laithier, La prétendue primauté de l'exécution en nature, RDC 2005, p. 161.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

rétracter la promesse, quelle qu'en soit la cause avant la fin du délai d'option ou sa levée par le bénéficiaire mais surtout (et peut-être uniquement) prévoir que *en cas de rétractation par le promettant le bénéficiaire pourra obtenir l'exécution forcée en nature du contrat promis* ([380]). En effet, la clause d'exécution forcée pourrait être considérée, à trop en ajouter, et notamment le fait que promettant s'interdit de rétracter la promesse, comme une forme de renonciation à un droit, qui n'est possible qu'après que le droit soit né. A l'inverse, la soumission volontaire à un mode de sanction déterminé, comme l'exécution forcée en nature, peut apparaître comme le choix délibéré d'une technique de sanction d'une inexécution. On pourrait même considérer alors qu'une telle promesse, notariée, associée à la possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir l'exécution forcée en nature sans qu'il soit besoin de recourir au juge, se suffirait à elle-même.

B. – Les promesses synallagmatiques de contracter

167 Le contrat de promesse synallagmatique est un contrat par lequel les parties s'engagent l'une comme l'autre et réciproquement à conclure un contrat dans des conditions déterminées. Le contrat de promesse constate donc le consentement réciproque sur le contrat envisagé. Aussi, pour la préparation d'un contrat de vente, l'article 1589, alinéa 1er du Code civil dispose que *« la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix »*. Dès lors que la promesse de vente rassemble tous les éléments de la vente, l'autonomie de la promesse synallagmatique est refusée par l'article 1589 du Code civil : la promesse de vente est une vente ([381]) et il en est de même pour une promesse de contrat autre.

La promesse synallagmatique a une existence autonome lorsque tous les éléments nécessaires à la formation du contrat promis ne sont pas réunis. Elle présente un grand intérêt en tant que contrat préparatoire assorti de conditions ou d'un terme. Dans cette hypothèse, la formation de la vente est repoussée à la réalisation des conditions ou à l'existence des éléments « essentialisés ». Le compromis est alors pleinement autonome par rapport à la vente.

Comme pour les promesses unilatérales, la difficulté repose sur la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de la promesse, *a priori* plus aisée puisque le consentement donné est ici réciproque. Le contrat de promesse

380 Cf. D. Mazeaud, obs. in RDC 2008, p. 734.

381Cass. com., 2 févr. 1970, n°68-10079, RTD civ. 1970, p. 785, obs. G. Durry. Adde : Cass. civ. 3e, 31 janv. 2001, RJDA 2001. n°569, à propos d'une promesse de vente qualifiée de promesse unilatérale de vente et donc soumise à la formalité de l'article 1840 A du CGI (C. civ., art. 1589-1).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

devient en effet le contrat promis du seul fait de la réalisation des conditions.

Toutefois, le contrat de promesse prévoit très souvent que le contrat promis doive faire l'objet d'une réitération, notamment pour les promesses synallagmatiques de vente.

La question de l'efficacité de la promesse dépend alors de la rédaction de la clause de réitération. Lorsque le compromis indique que la *formation* de la vente est retardée au jour de la signature de l'acte authentique réitérant la vente, ou que la vente est formée mais son *exécution* est repoussée au même acte (hypothèse qui vaut également pour une promesse unilatérale de vente après levée de l'option), la question se pose de savoir quelles sont les conséquences d'un refus du vendeur de procéder à cette signature.

La jurisprudence admet qu'il n'est pas possible de refuser de signer l'acte authentique dès lors que l'acte comporte les éléments essentiels à la formation de la vente (chose et prix) et, estime la Cour de cassation, qu'aucune circonstance n'est « de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement » ([382]). Par conséquent, deux situations s'opposent et qui dépendent de la rédaction de la clause ayant pour objet la réitération de la vente en sa forme authentique :

– ou bien le compromis ([383]) ou la promesse unilatérale de vente après la levée de l'option) a fait, par une clause, de la réitération de la vente en sa forme authentique un élément de la formation de la vente ; cette réitération est alors l'objet d'une obligation de faire de la promesse : la vente n'est pas formée, seule une obligation de faire n'est pas exécutée et, donc, cette inexécution se résoudra par des dommages et intérêts ;

– ou bien au contraire le compromis a fait de la réitération de la vente une modalité d'exécution de la vente : la vente est alors formée dans les conditions ordinaires : elle produit ses effets. Mais alors, parce que la promesse s'efface derrière la vente, le refus, par le vendeur (le plus souvent) de signer l'acte ne se résout pas en dommages et intérêts ; la vente est conclue, il doit exécuter les obligations qui naissent, notamment celle de réitérer l'acte en sa forme authentique. En effet, de la formation de la vente naît l'une de ses obligations principales, l'obligation de donner, susceptible d'exécution forcée, de sorte que le refus de signer l'acte authentique doit être surmonté par le jugement valant acte

382 Cass. civ. 3e, 20 déc. 1994, JCP 1995, II, 22491, note Ch. Larroumet, JCP N 1996, J, 501, note D. Mainguy.

383 Sous réserve, cependant, que la condition suspensive affectant la vente ne consiste pas en la signature de l'acte notarié en raison de la potestativité qui la menacerait : cf. Cass. civ. 3e, 7 juin 1983, Bull. civ. III, no 132 : la vente n'en est pas une et le contrat ne consiste qu'en un simple projet.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

authentique, en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache ([384]), ce qui suppose que la promesse de vente contienne une clause faisant de la réitération par acte notarié une modalité d'exécution et point un élément de la formation de la vente ([385]).

168 à 199 réservés.

384 Cass. Ass. plén., 3 juin 1994, Bull., no 4.
385 Cass. civ. 3e, 20 déc. 1994, préc. ; Cass. civ. 3e, 5 janv. 1983, D. 1983. p. 617, note P. Jourdain, JCP 1984, II, 20312, note H. Thuillier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

DEUXIEME PARTIE

LES REGLES COMMUNES DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

200 La notion de « contrat de distribution » ou « d'accord de distribution », ne présente pas de sens normatif universel, pas davantage d'ailleurs que celle de « contrat d'affaires ».

Ce qui est ici présenté comme relevant de cette catégorie, avec un accent très grave placé sur les accords de distribution, sont les accords 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 mêms 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.

201 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 prestation 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 sans oublier les contraintes propres (Titre 1), la contruction (Titre 2).

D'une manière générale en effet, les contrats de distribution, d'affaires, sont établis sur un principe pluriel de liberté : liberté contractuelle, liberté d'entreprendre, etc., de sorte que les interdits constituent autant de contraintes, d'obstacles, difficiles ou non à contourner, c'est-à-dire que les techniques de rédaction des contrats se présentent comme des choix de gestion.

TITRE 1

LA CONSTRUCTION DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

202 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

203 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 ([386]).

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.

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

205 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 :

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

qu'il soit un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée, la rupture du contrat, fracassante ou négociée est inéluctable.

206 L'originalité de la formule justifie, une fois tracée les limites de l'identification des contrats d'affaires (Chapitre 1) que l'on s'attarde un temps sur cette figure contractuelle (Chapitre 2) avant de revenir, plus classiquement à la question de la qualification des contrats de distribution (Chapitre 3) et de leur contenu (Chapitre 4).

CHAPITRE 1. – L'IDENTIFICATION DES CONTRATS D'AFFAIRES DES DE DISTRIBUTION

207 Un certain nombre d'éléments s'imposent pour identifier ou encadrer le contrat : titre, préambule, langue, définitions, durée, loi applicable, etc. Tous ne sont pas systématiquement présents,mais tous présententun intérêt particulier pour la compréhension du contenu du contrat.

Section 1. – Le choix de l'écrit

208 Le préalable est bien entendu la technique d'externalisation de la volonté des parties : le contrat est en effet un instrument juridique produisant des *effets de droit*, dont des obligations, des effets réels, des facultés, des options, des mécanismes particuliers comme des techniques de résiliation, une ou des durées, etc.

Le principe posé dans les droits moderne est celui, dérivé du principe d'autonomie de la volonté, du *consensualisme*, ce dont il résulte que le contrat est valablement formé par le seul échange des volontés des parties, échange qui forme ce qu'on appelle le *consentement*. Cet échange des volonté, ce consentement est une pure abstraction, elle-même définie souvent comme la rencontre de l'offre et de l'accepation, alors que toutes les techniques de négociation du contrat démontre que le chemin parcouru pour parvenir à la conclusion du contrat est évidemment beacuoup plus complexe que cette saisie, virtuelle d'une « offre » et d'une « accepation », comme si les contrats se concluaient dans des places de marché. Le principe du consensualisme signifie surtout que la validité du contrat n'est pas soumise, en principe, à des conditions de forme : le contrat verbal, le contrat gestuel, ou le contrat écrit sont équivalent.

A bien des égards, d'ailleurs, le contrat compris comme une pure abstraction, une *seule* rencontre des volontés est impossible sauf à faire œuvre de télépathie. L'échange des consentements nécessite une rencontre, une compréhension de la volonté de l'autre et une forme

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'extériorisation de sa volonté, donc, un vecteur formel, une parole, un geste ou un ensemble complexe de gestes, paroles ou signes ou bien un écrit. L'une des difficultés est, alors de savoir si toutes ces formes d'extériorisation se valent ou si, au contraire, seules certaines sont retenues. Dans le premier cas le système est consensualiste ; dans le second, formaliste. Le *consensualisme* est, alors, un système qui se satisfait d'un consentement exprimé d'une manière quelconque, la plus légère sans exclure a fortiori la plus lourde. Au contraire, le formalisme caractérise un système qui exige le respect de telle forme prédéterminée, généralement par la loi, pour que le consentement, exprimé par ailleurs, produise ses effets. Bien entendu, le système consensualiste tolère un certain nombre d'exceptions formalistes qui tempèrent et justifient le principe. Ainsi, le droit français se caractérise par l'affirmation du consensualisme de principe et admet le formalisme à titre d'exception.

Le principe du consensualsime sedéuit d'une longue hérédité, allant des lourds contrats formels du droit romain vers l'efficacité et la rapidité des contrats modernes, en passant par le biais de l'influence du droit canonique faisant du contrat un engagement envers son contactant et envers Dieu ([387]). Le retour du formalisme, qui pourrait être trop rapidement assimilé à un retour vers des formes archaïques de contrat répond en réalité au constat que le consensualisme enporte des conséquences irrémédiables : pour les parties conduites dans des conditions éventuellement discutables vers un engagement trop rapidement donné, sans le temps nécessaire de la réflexion, pour les tiers également alors que le contrat consentuel se révèle d'une dangereuse discrétion. De sorte que le formalisme moderne a pour objectif de permettre, précisément, le temps de la réflexion, l'insistance sur telle formalité, telle mention obligatoire, par des techniques dites du formalisme *ad validitatem* ou validant, ou bien au contraire déviter la discrétion contractuelle à travers un formalisme *ad probationem* ou probatoire ([388]).

209 En réalité, l'écrit dans les contrats se présente comme un caractère commun, notamment des contrats d'affaires et ce pour trois raisons principales assumées par les fonctions de l'écrit.

210 En premier, l'écrit assure une forme de preuve de l'existence du contrat et de son contenu. Au delà des exigences du code civil, dont les

387387 Cf. J.-Ph. Lévy, Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil, Rev. sc. morales et politiques, 1995, p.209.
388 J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Mélanges Ripert, t. 1, 1950, p.93; M.-A Guerreiro., L'acte juridique solennel, Bibl. dr. priv., t.137, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

dispositions de l'article 1341 du Code civil n'intéressent pas les contrats d'affaires, par hypothèse, dans la mesure où, entre commerçants tout au moins, règne le principe de la liberté de la preuve. Dès lors, les commerçants, et point tous les contractants de contrats d'affaires, peuvent sans difficulté prouver l'existence et le contenu d'un contrat par toutes sortes de moyens autres que l'écrit : photocopies, courriels, télécopies, à tout le moins tant qu'un écrit, au sens de la notion d'écrit de l'article 1341 du Code civil, ne peut être présenté : un mode de preuve autre qu'un écrit ne saurait prouver contre un écrit, ordinaire ou électronique, sauf exceptions particulières. Enfin existent des règles qui imposent par exception un écrit à titre probatoire y compris pour des contrats d'affaires.

211 En deuxième, l'écrit est souvent une forme, une « formalité ». Nombre de contractants font ainsi la confusion entre le fait de « conclure » un contrat et « signer » un contrat. Toute l'ambiguïté des « protocoles d'accord » ou des « accords de principe » repose d'ailleurs sur cette confusion, signant un protocole, les parties estiment parfois que le contrat qui en résulte ne sera « parfait » qu'un fois celui-ci réitéré. Ici encore, au-delà des exigences particulières du droit supplétif des contrats et de l'exception formaliste qu'il propose, exigeant ici un contrat écrit (sous seing privé ou, rarement, authentique), là une mention obligatoire, *à peine de nullité*, il apparaît bien souvent que l'écrit contractuel est une « forme » conventionnelle et sans doute psychologique.

212 Enfin et c'est le plus important, l'écrit assure une technique de sécurisation juridique de la volonté des contractants. Le contrat est une règle du jeu et à cet égard, il est fondamental de définir le jeu, et la règle du jeu, aussi précisément que possible, du moins en fonction de l'intérêt du contrat, de ses enjeux et de l'investissement que les parties voudront bien consentir pour parfaire cette règle du jeu.

Certains contrats sont des contrats « courts », d'autres des contrats « longs », selon les enjeux sans doute, selon les goûts des rédacteurs, mais également selon le système juridique de rattachement : le modèle français, continental plus exactement, propose un système de normes supplétives, qui, pour imparfaites et évolutives qu'elles peuvent être, assurent la possibilité de conclure des contrats relativement « court », ou en toute hypothèse sans être nécessairement « longs » en raison de l'existence de ces normes supplétives auxquelles il est expressément ou implictement renvoyé chaque fois que le contrat est taisant sur un point particulier.

La fonction principale de l'écrit contractuel est ainsi de permettre aux parties, pour autant qu'elles s'en donnent la peine, d'envisager

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'intégralité des règles de fonctionnement de leur relation, actuellement et pour le futur.

Section 2. Les éléments d'identification du contrat

213 **Le titre**. Pratiquement tous les contrats, pactes, convention, protocole, engagements, clauses mêmes, portent un titre, souvent très simple et renvoyant à une formule connue d'une loi quelconque, du Code civil ou d'une loi annexe, contrat de vente, contrat de bail, contrat de crédit-bail, etc.

Bien des contrats cependant proposent un titre de fantaisie parce que le titre ne renvoie à aucune régime connu de la loi. Enfin, bien des contrats à objet simple, proposent des titres qui ne correspondent pas nécessairement à cet objet. Par exemple, tel contrat, qui pourrait être considéré comme un contrat de vente, s'intitule *contrat de distribution*, ou *contrat de commercialisation*, etc.

En outre, bien des contrats d'affaires sont des contrats portants sur des opérations complexes, associant plusieurs opérations simples, ou une opération complexe et non prévues par une règle ou un régime supplétifs.

Enfin, des désignations sont parfois utilisées à des fins de *marketing* juridique : tel titre sera par choisi par ce que supposément plus savant ou plus « in » qu'un autre, contrat de *management fee* plutôt que que *contrat de centralisation financière*. Telle autre sera au contraire retenue parce que l'aura associée au titre d'un contrat n'est guère aimable : un temps beaucoup de *contrats de franchise* étaient désignés *contrats de partenariat* en raison de quelques scandales qui jetaient une ombre sur cette technique d'organisation contractuelle. Telle autre sera choisie par habitude ou par commodité sans qu'elle renvoie nécessairement à un modèle précis, comme c'est le cas du *pacte de de préférence,* ou du *pacte d'actionnaire*s, ou encore de l'appellant *contrat-cadre* qui est un mode d'explication de certains contrats, ou alors de *master contrat*, qui en est un autre, ou encore, dans le domaine des contrats de la propriété incorporelle, *contrat de licence,* qui évoque parfois un contrat de location, de licence donc, un contrat de cession, un contrat de transfert de technoloqie non appropriée, etc., sans beaucoup de rigueur donc.

Dans tous les cas, le titre du contrat, ou de la clause, ne lie pas le juge, et encore moins lorsqu'il s'agit d'un titre ne renvoyant à aucun régime légal. La clause, parfois rencontrée, selon laquelle le titre n'a pas de valeur juridique, est à cet égard parfaitement inutile, soit qu'elle s'oppose au pouvoir de requalification, soit qu'elle aitpour objet d'éviter de s'en servir comme d'un indice de qualification, ce qui paraît bien vain.

Bien des contrats d'affaires, pourtant bien connus de la doctrine ou de la jurisprudence, comme les contrats de distribution, contrats de

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

franchise, de concession ou d'approvisionnement, les conventions sociétaires, les contrats financiers, les contrats de construction, etc., disposent ainsi d'un titre qui n'est qu'un titre de fantaisie ou de convention. Ces titres pourraient aussi bien être remplacés par d'autres, par exemple, pour les contrats de distribution, contrat de partenariat, contrat de distribution exclusive, contrat de coopération. Parfois le titre est impraticable. Par exemple l'intitulé contrat de services ou bien contrat d'entreprise renvoie à un régime si vague qu'il est inutile.

L'ensemble de la question est à rattacher à l'exercice de qualification, qui consiste à identifier un contrat à une catégorie juridique modèle qui détermine son régime juridique. D'ailleurs, le juge est, d'après l'article 12 NCPC, chargé de procéder à cet exercice de qualification ou de requalification.

Celui-ci importe essentiellement parce que les règles du droit des contrats sont fondées sur des règles supplétives qui servent d'étalon à l'appréciation des clauses aménageant la volonté des parties, qu'il s'agisse de leur validité ou de leur contenu.

Les techniques de qualification empruntent plusieurs voies.

Le plus souvent, il s'agit de comparer l'objet d'un contrat, ou bien sa cause, son opération globale, avec le modèle d'un contrat ou d'une clause connue. En pratique, il s'agit de rechercher l'obligation fondamentale, l'obligation essentielle ou encore la prestation caractéristique d'un contrat. Le résultat n'est pas toujours garanti. La vente par exemple a pour obligation principale une obligation de livrer, contrepartie de l'obligation de payer de l'acheteur mais la prestation caractéristique de la vente est le transfert de propriété, qui n'est pas une obligation. Ce dont il résulte que l'opération de qualification n'est, comme tout en droit d'ailleurs, pas une science exacte.

Dans d'autres situations, face à une opération complexe dont le rapprochement avec une opération simple est impossible, la mesure du principal et de l'accessoire permet parfois de qualifier le contrat. Il peut s'agit de l'application distributive de deux opérations simples, comme le contrat associant la vente d'une machine et son entretien.

Souvent, cependant, la qualification par comparaison échoue et le contrat, par sa répétition, par la jurisprudence qui s'en dégage, devient lui-même une forme de nouveau type de contrat, la catégorie des contrats *sui generis* qui n'est soit qu'une forme intermédiaire, soit une forme subsidiaire de contrats. La pratique des contrats d'affaires fourmille d'exemples de contrats dont le régime de rattachement était inexistant ou fantaisiste, et devenus de nouveaux types de contrats : contrats de franchise, de concession, de sponsoring, de parking, d'affacturage, de portage, de *renting*, de *buy-back.*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

214 **Le préambule.** Le préambule ensuite est très usuel. Il révèle des informations sur le passé des parties, leur négociation ou l'histoire de leur relations, des circonstances qui ont participé à la conclusion du contrat, l'existence de liens avec d'autres contrats, illustrant peut-être une hypothèse d'indivisibilité, mais également sur l'avenir, en fournissant les objectifs des parties et, partant, quelques éléments sur la cause, au sens français de la cause subjective, du contrat. L'utilité du préambule est souvent soulignée ; sa dangerosité l'est rarement alors même que la fourniture d'informations de manière irréfléchie peut conduire à des effets peu désirés.

215 **La Langue du contrat.** Le choix de la languedu contrat ([389]) est tout à fait fondamental dans la mesure où elle correspond généralement avec celle de la procédure et où une langue véhicule des concepts de façon particulière, impliquant l'interprétation du contrat. La loi du 4 août 1994, dite loi « Toubon », impose l'emploi de la langue française, sans exiger que les contrats de droit privé soient intégralement rédigés en français, ce qui permet de douter de sa réelle portée normative sauf dans les relations avec les consommateurs (C. consom., art. R. 112-8), même si une autre langue peut être adjointe. De fait, nombre de contrats ou de clauses utilisent un titre anglais : le contrat de *management* ou de *franchising*¸ de *licensing*, etc., la clause d'*earn out*, dans les cessions de titres sociaux, qui fait dépendre une partie du prix des parts d'une société des performances de cette dernière pendant une période ultérieure déterminée ([390]), les clauses de *hardship* qui instituent un mécanisme de révision ou d'adaptation en raison du changement des circonstances économiques de l'exécution du contrat, validant les logiques liées à l'imprévision dans le contrat (cf. infra, n°212), etc.

216 **Définitions et déclarations.** Les définitions et les déclarations sont souvent placées en tête du contrat. Les définitions apportent pour assurer une terminologie commune pour certains termes techniques du contrat, les objets contractuels, les services, les performances attendues, ne serait-ce qu'en raison des différences entre les différents systèmes de mesure, etc. Il peut s'agir également de déterminer un terme juridique, ou bien de renvoyer à un autre contrat.

---

389 Cf. J. Julien, « La langue française et le contrat », Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 465, J.-M. Mousseron et P. Mousseron, « La langue du contrat », Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec 1999, p. 219 s. Adde B. Fages, « La rédaction du contrat », in Droit du contrat (Dir. B. Fages), Ed. Lamy, étude 170.

390 Cass. com., 10 mars 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 464, note A. Couret, RTD civ. 1998, p. 899, obs. J. Mestre.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

En pratique, lorsque des définitions sont ainsi données dans le contrat, elles sont présentées avec une majuscule et reprises dans le contrat avec un même majuscule, signe que le mot renvoie à la définition : il n'est évidemment pas inutile de le préciser en chapeau, avant que les définitions ne commencent.

217 Les déclarations constatent un certain nombre de points de départ de l'exécution du contrat, l'existence de parts sociales ou de titres, l'existence d'immeubles, de fonds de commerce, de savoir-faire, etc. Dans certains systèmes juridiques, les conséquences de telles déclarations sont très importantes. En droit anglais par exemple, le « Misrepresentation Act » de 1967 sanctionne ces déclarations selon l'intensité de la fausseté que l'on peut mesurer (« *fraudulent, negligent ou innocent* »). Plus le contrat est complexe et plus des définitions rendent compréhensibles le contrat.

CHAPITRE 2. – LE CAS PARTICULIER DES CONTRATS CADRES DE DISTRIBUTION

Section 1. L'utilité des contrats cadres de distribution

218 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.

Depuis la réforme de 2016 des règles du droit commun des contrats dans le Code civil, une forme de prise en compté légale de cette figure contractuelle est apparue.

Ainsi, **l'article 1111** du Code civil dispose que « le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

De même, au titre des règles relatives au « contenu » du contrat, **l'article 1164** du Code civil précise que « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

L'ensemble est cependant assez faible et ne rend guère compte de la réalité des questions juridiqus posées en matière de contrat-cadre.

Ces contrats sont très souvent des contrats de distribution intégrée

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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.

Pourtant c'est surtout dans le domaine des contrats de distribution que la formule a fait floès, essentiellement, dans les années 1970 à 1990 en raison de la difficulté de lier, ou délier contrat cadre et contrats d'application, en matière de détermination des prix des contrats futurs d'application.

219 Mise en pratique et distinctions. Une première technique de distribution, élémentaire, repose en effet sur des **contrats de vente** : un fabricant vend ses produits à un distributeur, un revendeur. On peut supposer que la vente s'effectue sur la base de *conditions générales de vente* rédigées par le fournisseur et de *conditions générales d'achat* par le distributeur.

On est ici dans la situation de *relations d'affaires*ou de *rélations commercials établies.*

Le support de la distribution est ainsi une succession de ventes isolées, sans liens entre elles ce qui peut ne rassurer ni le fournisseur, qui désire peut-être s'assurer une filière de vente de sa production, ni le distributeur qui désire peut-être s'assurer d'un approvisionnement sûr.

On voit donc que la réflexion contractuelle et la construction d'une solution idoine repse sur un ***modèle économique***.

Une solution, lourde, peut-être la conclusion d'un contrat de vente à livraison successive, portant sur une certaine durée, avec cette difficulté, alors, d'une maigre souplesse, dans le prix, les moments de livraison, etc., qui devraient être précisés dès les départ.

Une autre solution consiste à associer les éléments existant des deux partenaires : *conditions générales de vente* et/ou *conditions générales d'achat* : une première solution consiste pour les parties de faire de l'un, ou l'autre, ou d'un amalgame, *un contrat.*

Le premier contrat élémentaire de distribution est ainsi un contrat fondé sur des conditions générales de vente, contractualisées.

Dans cette situation, le **fabricant et le distributeur sont, juridiquement, parfaitement indépendants**.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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, sélection, fourniture d'un savoir-faire, 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.

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.

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** dite alors « conditions particulières » et où on peut alors trouver des éléments relatifs à une éxonération d'exécution d'une obligation, l'ajout d'une autre, etc.

C'est d'ailleurs la situation qu'illustre la formule de l'article 1191 du Code civil : « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet. En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ».

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.

220 Intérêt des contrats-cadre. 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 nmbre minimal de contrat d'application[391].

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 soumis 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[392]. 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[393].

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 atributive de compétence et qu'il n'est pas expressément précisé que celles-ci valent pour les 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.

221 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 conlure un contrat-0cadre ou encore pour les ditinguer des conditions générales de contrat [394], de sorte que, aujourd'hui cette étude théorique a

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

392Cass. civ. 1ère, 15 mars 1988, n°86-10875, Bull. civ. I, n°83.

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

394 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,

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

beaucoup perdu de son utilité.

Il demeure que 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. 441-2, II) ou à celle de contrats d'entremise également soumis à une rupture *ad nutum* seulement compensée par l'obligation, parfois, de versée 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 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[395], préparation rendue en core plus nécessaire si on admet que la plupart des contrats-cadres contiennent une obligation de conclure des contrats d'application[396].

222 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 1104 du Code civil, comme on pourra l'observer.

« Le contrat-cadre par delà les paradoxes », RTDcom. 1996, p. 179, A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'assemblée plénière surle 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.

395 D. Mainguy, La revente, Litec, 1996, op. cit., nos 256 s.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Section 2. – Qualification, caratères et classification des contrats de distribution

223 **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. 441-2 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 « désignation » 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.

224 **Contrats commerciaux, contrats civils, contrats professionnels.** Les contrats de dsitribution sont des contrats d'affaires, principalement, et relèverait plutôt du domaine du droit commercial. Toutefois, et comme nous l'avons déjà entrevu, les contrats de distribution se singularisent par le fait qu'ils se présentent sur le fondement du droit des contrats, lequel relève, sauf exception du du droit commun, civil, des contrats.

Par ailleurs des catégories de « distributeurs » ne sont pas des commerçants : ils peuvent être des salariés, des VRP, des agents commerciaux, dont le régime relève du droit civil.

De même, les relations de distribution associent, dans le cas d'école, un fournisseur, qui est en général un commerçant ou un industriel, mais qui pourrait être un agriculteur, un distributeur, et un acheteur qui peut être un consommateur. Il reste que l'esprit de ces contrats, au-delà de la division ancienne et sans doute désuète, parfois, entre droit civil et droit commercial, est d'être des **contrats *professionnels***.

Le distributeur est, en général, un professionnel, si l'on excepte les hypothèses de la *vente en réunion*, utilisant des ressources d'un

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

consommateur intéressé.

Nous avons également vu que les contrats de distribution sont au cœur de la discussion s'opérant entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion et que la plupart des débats intéressant un litige, principalement, autour des contrats de distribution empunte des considérations qui sont souvent éloignés des canons de la réflexsion civile.

Par exemple, la question se pose de savoir si les contrats de distribution sont des **contrats anonymes ou conclus *intuitus personae***. La plupart des contrats prévoient des mécanismes relevant des *« clauses d'agrément »*, qui permettent le contrôle de la circulation d'un contrat ; mais, dans le cas de l'omission d'une telle clause, peut-on considérer qu'un tel contrat est conclu *intuitu personae* ?

A priori, la ***sélection*** du distributeur, selon des critères dont la régularité est appréciée différement selon les contrats, est une donnée essentielle : ce n'est pas n'importe quel opérateur avec lequel un contrat de distribution est conclu, mais un opérateur disposant de telle compétence (et de tel financement) : les contrats de distribution sotn des contrats *intuitu personae* (cf. infra).

De même on peut consdérer que les contrts de distribution s'sincrivent dans la catégorie des *contrats relationnels* (à opposer aux contrats d'occasion ou « discrets »), catégorie issues des travaux d'économistes du droit[397], qui institue un rraport de durée dans le contrat et un rapport étroit, social, entre les contractants.

Souvent, une **conception optimiste** de ces contrats les figure comme de contrats fondés sur la *confiance* et une *communauté d'intérêts*, qui ferait d'un contrat une sorte de petite sociaté, dans laquelle des rapport d'*affectio contractus* pourraient naître, fondement d'obligations de coopération et d'une prise en compte des intérêts de son cocontractant par l'autre partie.

On peut avoir une conception plus tragique et concevoir que ces contrats sont, au contraire, fondés sur une forme de défiance, qui s'illustre par l'existence de clauses contraingantes, surtout pour l'une des parties, et par uen divergence d'intérêts qui fait que le contrat a vocation, par nature, à prendre fin, au moment précis où cette divergence, derrière une convergence première et souvent de façade, se manifeste clairement.

225 **Contrats de dépendance?** S'agissant des contrats-cadres de

397 I. Mc Neil, The new social contract. AN inquiry into modern contractual relationsn New Haven 1980, Yale University Press. 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. ; D. Mainguy, Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions du droit des contrats, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 725.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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[398] 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 minima 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[399] de laquelle découlent 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[400].

S'ajoute l'interprétation de l'article 1143 du Code civil à la violence économique[401] pour autant cependant que celle-ci soit illégitime, ce qui

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

399 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.

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

401 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 ; 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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.

226 **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'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***[402], lesquels 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), mais pour proposer une obligation générale d'information au

---

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 conctractuelles, Dalloz 2002, p. 356 s. ; G. Parléani, Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, Mél. Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 881 s.

402 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 1104 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 *aniumus cooperandi* justifierait un esprit de coopération, cet intérêt commun[403] lequel porterait sur la clientèle[404].

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 : 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 1168 du Code civil qui évoque l'équivalence, présumée, des obligations réciproques dans les contrats commutatifs et les règles assurant la police du contenu 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[405], sans convaincre cependant la Cour de cassation[406].

227 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

403 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.

404 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.

405 Aix-en-Provence, 31 oct. 1963, JCP G 1964, II, 13647, note J. Hémard ; 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.

406 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([407]).

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 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[408].

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

407 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

face à ce type de contrats ([409]). C'est moins de « *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.

228 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[410] ou plus simplement que ces contrats permettent de créer des réseaux de distribution[411].

Il n'est pas aisé de proposer une présentation efficace des contrats de distribution tant ils empruntent des formes juridiques différentes. Nous n'évoquerons 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[412], d'autres envisagent des formulations plus descriptives, parlant de *« distribution contrôlée »* par exemple.

Ces contrats sont nés du pratique 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).

229 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

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

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

411 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou physiques, distinctes.

230 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[413]. Il s'agit par là pour une entreprise, qui peut être un producteur ou un distributeur, de développer des points de vente en différents endroit 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.

231 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 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 qi 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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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[414]. 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 forme plus structurée des centres commerciaux.

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

232 Dans le même temps, des études se sont concentrées sur la **considération juridique du réseau** ([415]). 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 ([416]), 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.

414 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.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 la tête de réseau représente, juridiquement, le réseau et donc ses membres, 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, 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[417], quand bien même quelques textes de loi envisagent le terme « réseau » en droit de la consommation (cf. C. consom., art. L. 122-6, al.3), de la concurrence, par l'idée d'effet cumulatif de réseau par exemple[418], et timidement, en droit des contrats à travers les articles L. 341-1 et 2 du Code de commerce, mais également en droit du travail.

A l'issue en effet de la loi « Travail » du 8 août 2016, impose la création d'une « instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des repésentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur ».

Il n'en résulte cependant pas que l'on puisse nier que la notion de réseau de distribution soit sans intérêt. En premier il est possibile d'organiser, par des structures sociétaires adaptées, un réseau dans lequel le « pouvoir » de décision soit dévolu à une entité appartenant à tous ses membres. Par ailleurs, un réseau produit en soit des effets juridiques : un

417 Comp. D. Ferrier, « La notion de réseau », Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 107.
418 Cf. D. Ferrier, « Les effets cumulatifs de réseax au regard des restrictions verticales de concurrence », JCP E 1999, *Cah. Dr. Entr.*, n°5, p. 7.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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, 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

telle coexistence de plusieurs catégories de distributeurs étaient compatibles avec les règles de droit de concurrence ([419]).

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

Il peut s'agir alors d'une exclusivité portant sur la fourniture de services ou de vente de produits : ce sont ces derniers qui forment les cœurs des contrats et réseaux de distribution.

Le **contrat d'approvisionnement exclusif** contient, son nom l'indique, une exclusivité d'approvisionnement en sorte que le fourni ne pourra s'approvisionner chez un autre que son fournisseur. En échange, le fournisseur assure au fourni une assistance, technique ou financière, comme les contrats dits de pompiste de marque ou les contrats de bière ([420]). 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 fourni 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 réciproquepar laquelle le fourni 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 ([421]). Le **contrat de franchise** ou de franchisage, encore

---

419 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..

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

421 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 conclu sans exclusivité. Le **contrat de distribution sélective** ([422]) 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 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-

422 J.-P. Viennois, La distribution sélective, Bibl. dr. entr., nº 40, Litec. 1999.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([423]).

234 **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 dsitribution « 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 ([424]). 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 ([425]).

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 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 conernant 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 ([426]) et notamment son point 52 ; de telles limitations sont considérées comme des limitations injustifiées. Le contrat de distribution

423 Cf. M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Bibl. dr. ent., no 25, Litec, 1991.

424 Cf. D. Ferrier, La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, Chron. p. 2594 ; S. Alma-Delettre, Les réseaux de distribution et Internet, un panorama des évolutions récentes, RLDI 2009/46, no 1527, B.-H. Dumortier, ABC pour l'Internet, Dr. & patr. 2002, no 101, p. 28.

425 O. Savary et E. Dubuisson, Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, RLDA 2009/37, no 2234 ; D. Ferré et M. Troncos, Places de marchés électroniques, Rev. Lamy dr. aff. 2001, no 39, no 2453.

426 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ne saurait ainsi faite 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 limitee 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 ([427]) 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 les distributeurs ([428]) 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 gràce 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 rélgementation 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

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

428 Cf. Supra, à propos de la création d'un site par le fournisseur en presence d'une clause d'exclusivité territorial 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'existence d'un magasin réel ou toute autre restriction ([429]).

CHAPITRE 3. – LE CONTENU DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

235 **Droit commun des contrats d'affaires et de distribution ?** Apparus sous la plume de praticiens, puis adoptés par la jurisprudence puis par certains textes réglementaires, les contrats de 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 d'affaires et de

429CJUE, 2 déc. 2010, aff. C-108/09, *Ker-Optika bt c/ ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, RLDI 2011/68, no 2248, obs. M. Trézéguet, à propos d'une loi hongroise limtant les conditions de distribution de matériel ophtalmologique ; Adde. C. Castets-Renard, L'essor du commerce électronique, D. 2011, Chron. p. 419.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distribution

236 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

237 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 ([430]). 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 »* ([431]). C'est désormais

430 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.

431 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 (dir.), *La protection du franchisé au début du XXIe 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^os^ 14 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la formule 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 codifié 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.

238 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.

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 ([432]), dépôt, prêt, voire vente ([433]) ou bien des contrats aboutissant à cette logique comme un contrat de location-gérance d'un

432 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.
433 Contra : C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, Litec 2010, n° 124.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fonds de commerce, comprenant son enseigne ([434]), 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. 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 ([435]). La Cour de cassation retient cependant les seuls produits couverts par le contrat, et donc une conception plus sévère pour le fournisseur ([436]).

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

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

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

436 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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.

239 **Contenu de l'obligation d'information précontractuelle. –** Cette obligation de renseignement est très importante car elle porte sur des renseignements d'un intérêt 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°, 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°, al. 2 que le fournisseur doive

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fournir une étude précise du marché local ([437]) ni des prévisions d'activité ou des comptes prévisionnels ([438]). 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 réitération 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 ([439]) et cette exigence découlerait elle-même de la « présentation » du marché local ([440]). 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 ([441]).

En revanche, la jurisprudence exige que la présentation du marché local s'effectue de manière effective ([442]) sérieuse, objective, sincère, etc. c'est-à-dire professionnelle, ce qui suppose que la clientèle locale soit présentée ([443]). A défaut, l'annulation du contrat pourrait être encourue ([444]).

240 **Document précontractuel : modalités de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. –** L'ensemble de ces

437 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 ».

438 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 XXIe 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 XXIe siècle, op. cit., p. 97 s..

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

440 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.

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

442 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.

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

444 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).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([445]).

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 ([446]).

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 précontractuelle d'information s'impose en cas de renouvellement ([447]).

241 Sanction de l'obligation précontractuelle d'information. – La sanction est en premier lieu de nature pénale et constitue une amende de 5ème 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 ([448]).

Plus délicate est la question de savoir si l'absence d'information ou une mauvaise infirmation 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 ([449]) est possible depuis un

445 Cf. Cass. com. 12 nov. 2008, D. 2009, pan. 2895, os. D. Ferrier.

446 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 prévoie une date de prise d'effet antérieure.

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

448 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

arrêt du 10 février 1998 ([450]) pour autant, cependant, que le distributeur parvienne à démontrer l'existence d'un dol, plus globalement l'existence d'un vice du consentement ([451]). 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 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 sn 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 (C. civ., art. 1112-1). 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 ([452]), voire davantage, le mécanisme créerait un dol spécial : le seul fait de ne pas fournir l'information correcte identifierait, sauf démonstration contraire, ce dol ([453]). Telle n'est cependant pas la solution retenue ([454]), du moins sur le fondement du dol : la cour de cassation maintient le principe selon lequel l'article L. 330-3 du Code de commerce ne crée pas un vice partioculier du consentement, au régime original, mais demeure sanctionné par les règles du droit commun des vices du consentement.

La situation est encore un peu plus complexe dès lors que les exigences de l'article 330-3 sont remplies (ou indifférentes) et que le

---

450 Cass. com. 10 février 1998, n°95-21906, CCC 1998, nº 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, nº 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.

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

452 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.

453 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.

454 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fournisseur, débiteur de cette remise d'informations, ajoute aux exigences légales, notamment par la fourniture d'un bilan prévisionnel, systématiquement demandé par le distributeur, ne serait-ce que pour valider son projet auprès de tiers. Dans cette situation, les logiques propres à la sanction de droit commun via les vices du consentement retrouve leur place naturelle, via la sanction du dol, traditionnellement. Toutefois, un arrêt du 4 octobre 2011 avait singulièrement la perspective en considérant ([455]), 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 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 pouvait être considéré comme cheangeant 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'agit 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, dans l'hypothèse de la fourniture d'un bilan prévisionnel très laudateur, 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. Depuis, et dans la même affaire, la Cour de cassation a mododifé son approche, par un arrêt du 17 mars 2015 ([456]), sanctionnant la remise d'un prévisionnel

455 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.

456 Cass. com., 17 mars 2015, n°13-24.853; CCC. 2015, comm. 148, AJCA 2015, p. 286, note S. Regnault, JCP E 2017, I, 1079, obs. D. Mainguy : *le franchisé « avait été déterminé à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié"*, adde Cass. com. 13 sept. 2017, n°15-19.740.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

non sérieux, emportant un dol.

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 ([457]), solution non retenue par la jurisprudence française ([458]) avant une décision de 2012.

§ 2. – La durée

242 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.

La durée du contrat est une donnée permanente, même le contrat de vente, perçu comme un contrat à exécution instantanée, ce qui est exact pour les ventes de choses de consommation (à tous les sens du terme) est moins vrai pour d'autres choses dont l'utilité s'inscrit dans la durée. Le vendeur doit alors une garantie que la loi fixe à deux ans. Pour tous les autres contrats, la durée du contrat est essentielle : le contrat, une fois conclut entre en vigueur ([459]), aussitôt, à moins que les parties aient prévu une date postérieure, auquesl cas le contrat entre en vigueur le jour dit à minuit, voire une date antérieure, soit pour conforter une activité déjà commencée, soit des raisons extérieures, fiscales par exemple, comme dans certaines opérations intéressant le droit des sociétés, où il peut être utile que l'entrée en vigueur d'un contrat corresponde à l'exercice fiscal des parties. Nous retrouverons ces questions à l'examen de la rupture du contrat ou du terme (Cf., infra, n°310 s. et n°456), mais il est important de noter que la durée du contrat est, en principe, indépendante de la durée des effets du contrats pris un par un : dans un bail par exemple certains effets ont la même durée que le contrat (l'obligation du bailleur de fournir la chose louée), d'autres ont des durées périodiques (obligation de payer le loyer), d'autres des durées instantanées (obligation d'effectuer une réparation), d'autre encore naissent à la rupture du contrat (éventuelle obligation de non concurrence), etc.

243 Limitation de la durée maximale des contrats d'affaires. 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 la durée est cependant plus fine en

457 L. Idot, Droit international et distribution internationale, DPCI 1993, p. 215.
458 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.
459 Cf. T. Revet, La prise d'effet du contrat, RDC 2004, p. 29.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([460]). La sanction du non respect de cette exigence est particulièrement lourd : la nullité, absolue, du contrat ([461]). 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 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

460 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.
461 Cf. Cass. civ. 3ème, 20 févr. 1991, JCP 1992, éd. N, II, 22.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([462]), le justifiant cette extension du fait que *« la clause d'exclusivité concernait la vente »* ([463]). 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 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.

244 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.

462 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**.**

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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.

245 Sanction. Un temps, la jurisprudence considérait que la sanctiondu 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 ([464]). 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 elle seule, *« est limitée à dix ans »*, incitant d'une part à considérer la clause seul e 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 ([465]). Il reste que la question demeure relativement incertaine : certains arrêts décident que le dépassement emporte l'annulation du contrat ([466]).

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 ([467]).

246 Durée et droit de la concurrence. Touteautre est, cependant,

464 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.

465 Cf. Cass. com. 10 févr. 1998, CCC 1998, nº 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, nº 46, obs. M. Malaurie-Vignal : clause insérée dans un bail commercial.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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'obligeant 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 1er, 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'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché 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*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun » ([468]).

§ 3. – La question du prix

247 Au-delà des questions relatives à la détermination du prix (Cf. supra, n°143), la fixation du prix permet de distinguer monnaie de compte et monnaie de paiement dans un contrat de manière à formaliser le caractère onéreux d'un contrat.

Certains contrats sont effet gratuit, soit qu'ils le soient comme condition d'existence, comme le contrat de donation, ou par principe, comme le mandat (C. civ., art. 1986 : *« le mandat est en principe gratuit »),* ce qui ne résiste pas au caractère professionnelle du contrat.

248 Expression du prix. D'une manière générale le prix, comme technique exprimant le caractère onéraux du contrat peut s'effectuer de toute manière, et point seulement par l'utilisation d'un prix exprimé en monnaie. Ainsi dans le contrat d'échange, le prix est un contrat sans prix, chaque chose échangée étant lea contrepartie de l'autre ; en général cependant un prix en monnaie s'ajoute, par une clause de soulte, établissant la différence entre la valeur des deux choses échangées. De même, le prix peut s'exprimer par une expression monétaire mais être payé par la remise d'une chose à la place de ce qui était convenu, en obtenant l'accord du créancier (cf.C. civ., art. 1243).

Il reste que le prix s'exprime, le plus souvent, sous une forme monétaire, celle-ci pouvant être forfaitaire ou proportionnelle.

Le prix forfaitaire établi un prix, déterminé ou déteminable, fixe ou révisable, sous la forme d'un montant à payer, lequel distingue la monnaie de compte et de paiement. La monnaie de compte est celle qui permet le calcul du prix ; inversement, la monnaie de paiement est celle dans laquelle le paiement s'effectuera. La monnaie de paiement est nécessairement la monnaie nationale, l'euro, et la monnaie de compte est également la monnaie nationale, sauf dans les contrats internationaux, pour autant que la loi du contrat le permette ([469]).

L'expression d'un prix proportionnel s'exprime sous la forme d'une fraction ou d'un pourcentage d'une assiette déterminée, comme dans le cas d'une *commission*, dans un contrat de représentation, ou d'une

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

469 Cf. Cass. civ. 1ère, 12 janv. 1988, *D*. 1989, p. 80, note Ph. Malaurie, pour le droit français. Comp. cependant Cass. civ. 3è, 2 oct. 2007, n°06-14725 qui considère qu'une clause prévoyant un paiement en monnaie étrangère est une clause d'indexation indirecte et Cass. com. 22 mai 2001, n°98-14406.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

redevance dans un contrat de licence de propriété intellectuelle par exemple.

En outre, l'expression du prix suppose de valider l'exigence de déterminabilité du prix : celui-ci doit être déterminé ou déterminable et ce, malgré la libéralisation de cette exigence par les arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995.

Ainsi, les *clauses de prix catalogue* désormais validées depuis l'arrêt du 1er décembre 1995 expriment le fait que le prix des contrats d'application conclus en exécution d'un contrat-cadre, peut s'effectuer sur la base d'un « catalogue » ou d'un « barème » établi par le seul fournisseur ; et c'est cette validation qui représente l'avancée principale des arrêts de 1995, outre l'affirmation que l'abus dans la fixation du prix pourrait être abusive. Il en résulte que le catalogue, établi par le seul fournisseur, peut être établi par celui-ci, mais également modifié unilatéralement. Il n'y a donc pas de difficulté lorsque la vente est conclue sur la base du tarif du vendeur du jour de la formation de la vente mais la pratique est plus discutable lorsqu'elle prévoit que le prix sera celui du tarif en cours au jour de la livraison ou du paiement. Toutefois, cette modification ne doit pas être abusive au sens des arrêts de 1995, c'est-à-dire se traduire par une hausse ou une baisse abusive, mais également au sens où le bouleversement qui en résulterait constituerait une modification du contrat lui-même voire une rupture partielle ou totale du contrat.

Est plus discutée la *clause prix de marché*, ou *clause vente au cours* même si elle semble une extension de la clause de prix à dire de tiers de l'article 1592 du Code civil (cf. infra). En pratique, cette question est souvent rencontrée dans les contrats de distribution. Plusieurs conditions doivent en effet être réunies. Il convient que ce cours ou ce marché existe, qu'il soit sérieux, précis et objectif, par référence à une bourse de valeur ou de commerce ou un marché dans lequel les cotations sont régulièrement relevées (au contraire de clauses tendance du marché). Il ne faut pas, en effet, que le prix dépende de la seule volonté de l'acheteur ou du vendeur.

249 Evolution du prix. Par ailleurs, le prix est susceptible de varier, notamment lrosque le prix est payé de manière répété dans les contrats de longue durée, ou lorsque, forfaitaire, il peut être conduit à évoluer.

Les *clauses d'indexation* permettent ainsi de faire évoluer un prix, soit pour tenir comptes des fluctuations des éléments de calculs de ce prix, par exemple lorsqu'il est établi en fonction de différents éléments (valeur de matières premières, coûts de production, etc.), soit pour tenir compte de la dépréciation de l'argent comme valeur au cours du temps. En effet, un euro est un euro, dans le référentiel euro, quel que soit le moment où

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

celui-ci est exprimé mais dès qu'on compare cet euro à un autre référentiel, une autre monnaie ou tout simplement la valeur d'une chose, on constate la monnaie évolue, s'appréciant ou se dépréciant. Dès lors, le créancier ne disposera pas de la même quantité de valeur entre le moment où le prix est exprimé et celui où il est payé.

Plusieurs outils sont à la disposition des parties, automatique, ou non automatique, comme pour toute modification de contrat.

Le modèle des clauses automatiques de révision du prix est celui des *clauses d'indexation.*

Ces clauses sont strictement réglementées depuis 1958 et 1959 (CMF, art. L. 111-1 à 112-4) pour les contrats internes. En effet, elles sont en principe interdites, et notamment les clauses prenant pour indice de référence le SMIC, un indice fondé sur le niveau général des prix et des salaires ([470]) et donc le taux d'inflation ou le coût de la vie ([471]) dans la mesure où elles accroîtraient l'effet inflationniste qu'elles traduisent, sauf les clauses retenant un indice en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties (CMF, art. L. 112-2). L' « objet de la convention » est l'opération économique poursuivie, entendue largement. Par exemple, un bail peut être indexé sur le coût de la construction, de même qu'un prêt finançant une construction. D'une manière générale, outre les prohibitions, elle-même strictement appréciée, le juge hésite considérablement à annuler une clause d'indexation supposée illicite.

250 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.

251 La détermination du prix : question d'histoire. La question de la détermination du prix est aujourd'hui dépassée, presque oubliée.

470 V. cependant Cass. civ. 3è, 15 févr. 1972, n°70-13280, D. 1972, p. 339, validant les clauses d'indexation fondée sur l'indice du salaire d'une catégorie professionnelle déterminée.

471 Cass. soc. 13 déc. 2006, n°05-44073.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 ([472]), 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 ([473]). 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 ([474]).

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 ([475]); 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

472 Cf. Com. 27 avr. et 5 nov. 1971, D. 1972.353, note J. Ghestin.
473 Com. 11 oct. 1978 (trois arrêts), D.1979.135, note R. Houin, JCP 1978, II, 19034, note Y. Loussouarn.
474 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..
475 Cf. L. Aynès, L'indétermination du prix dans les contrats de distribution, comment sortir de l'impasse, D. 1993, chron. 25.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de cette jurisprudence ([476]).

En 1991, la Cour de cassation chercha une solution en distinguant les contrats-cadres qui contiennent essentiellement des obligations de donner de ceux qui contiennent essentiellement des obligations de faire, seuls les premiers encourant l'annulation ([477]). 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 »* ([478]), 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 ([479]).

252 **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 ([480]), ce renversement de jurisprudence a été achevé par l'Assemblée plénière, le 1er décembre 1995 ([481]) qui, par quatre arrêts, décidait, sous le visa des

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

477 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.

478 Cass. com. 5 et 19 nov. 1991, D. 1992, somm. 266, nos 4 et 5, obs. L. Aynès; D. 1993.379, note J. Ghestin; Contr. conc. consom. 1992, n°3, obs. L. Leveneur et J. Ghestin, Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix, D. 1993, chron. 251.

479 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°8, obs. J. Raynard.

480 Cf. Cass. civ. 1ère, 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.

481 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([482]) et la tentation aurait pu être grande d'y voir l'obligation pour le fournisseur de pratiquer des prix concurrentiels ([483]) voire 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 »* ([484]). On aurait été alors dans une situation très proche de celle des contrats d'intérêt commun ([485]). 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 ([486]), c'est au distributeur de faire

arrêts de l'assemblée plénière, RTD com. 1997.1 s.; Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997**.**

482 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. 1è, 14 juin 2000, RJDA 2001, n°410.

483 Cf. déjà Cass. com. 3 nov. 1992 (arrêt Huard), Bull. civ. IV, nº 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, nº 277, Contr. conc. consom. 1999, nº 56, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP 1999, II, 10220, note Y. Picod, Defrénois, 1999. 371, obs. D. Mazeaud **> document n°J5.**

484 Th. Revet, in RTD com. 1997. sp. nº 13, p. 44.

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

486 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 dsitribution : de l'abus dans la détermination du prix, JCP 1996, I, 3959.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la démonstration qu'il y a abus ([487]).

253 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 ([488]) : 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 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.

254 Fixation du prix dans les cessions de titres.

255 Les accessoires du prix.

256 Fixation du prix par un tiers. Comme alternativeà la fixation du prix et le risque d'indéterminabilité qui en résulte, le Code civil prévoit

487 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.
488 Cass. com. 21 mars 1983, Bull. civ. IV, n°110.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

plusieurs textes, l'article 1592 et l'article 1843-4 du Code civil, ce dernier intéressant les cessions de titres.

La *clause de prix à dire de tiers* ou *clause de prix à dire d'expert* permet aux contractants de conclure le contrat, sans s'entendre sur le prix, mis en désignant un tiers, ou un mécanisme de désignation d'un tiers, dans le but de fixer le prix à leur place.

Cette difficulté à déterminer le prix peut résulter d'une impossibilité de s'entendre sur ce prix ou bien d'une difficulté liée à la technicité de cette fixation. Chaque fois que le contrat impose une détermination particulière du prix, l'éventuelle difficulté doit être comblée par une clause prévue à cet effet dès le départ : le juge n'aurait ainsi par le pouvoir, dans un contrat de vente, de désigner un expert pour pallier l'absence de détermination par les parties ([489]).

Ce type de clause est valable pour autant que le tiers soit bien un tiers impartial et indépendant ([490]). Ce tiers n'est cependant ni un arbitre, ni un expert mais un mandataire commun du vendeur et de l'acheteur.

Bien entendu ce type de clause peut être utilisé dans tout type de contrat, et pas seulement dans un contrat de vente. Dans les cessions de droits sociaux, les parties peuvent arrêter le prix conformément à l'article 1844-3 du Code civil, et la procédure qui y est associée, mais se référer à l'article 1592 du Code civil, et définir les conditions par lesquelles le tiers pourra établir le prix.

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

257 **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

489 Cf. Cass. civ. 1ère, 16 mai 1984, n°82-17008, Bull. civ. I,, n°164. V. cependant Cass. Com. 10 mars 1998, n°96-10168, en presence d'une clause prévoyant une technique imprecise d'évaluation.

490 Tel ne serait pas le cas si le tiers était une entité dépendant de l'une des parties, cf. Com. 29 janv. 1968, D. 1968. 341, rapp. Dallant ; Civ. 1re, 16 juill. 1998, D. Affaires 1998. 1442. Mais V. cependant, Com. 2 déc. 1997, D. Affaires 1998. 103, où la Cour de cassation valide le mode de détermination du prix d'une voiture vendue par un concessionnaire à son client consistant à appliquer le prix imposé à ce même concessionnaire par le fabricant, alors même que la clause de prix imposé est prohibée.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

obligations ([491]) ou l'abus dans les contrats ([492]), imposant par exemple à la charge du fournisseur une obligation de permettre de pratiquer des prix concurrentiels ([493]) tout à fait inédite.

258 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 .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 exclusivité, dans un local agréé par le fournisseur, aux conditions et prix fixé par ce dernier, les règles du droit du travail s'imposent : horaires de travail, congés payés, règles du licenciement applicables à la rupture du contrat…. C'est ainsi que la jurisprudence a appliqué ce texte à des pompistes de marque ([494]) ou bien à des mandataires consignataires ([495]) mais l'enjeu du texte tient à son application à des contrats de distribution en réseau, concession commerciale ou franchise notamment ([496]). 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 créé dans le seul but de contourner l'application des règles du droit du travail ([497]). Encore convient-il de vérifier que les règles de l'article L. 781-1 du

491 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.

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

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

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

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

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

497 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 »* ([498]). 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 »* ([499]).

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

§ 1. Les obligations des parties

259 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 par les règles propres aux droits des ententes (C. com. art. L. 420-2 et art. 36-2, abrogé par la loi du 1er 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

---

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.

498 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.

499 Cass. soc. 4 déc. 2001, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

obligations, etc.

260 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

261 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. 1er et al. 3).

Sans revenir sur les conceptions fondamentales qui sous-tendent ces questions (500), 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

500 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2008, no 66 et 204 et la bibliographie.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 [501]) 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 ([502]). 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 réduction([503]) 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*([504]) et l'arrêt *Chevassus-Marche* [505].

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

501 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.

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

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

504 Com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, no 338, JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy, RTD civ. 1993. 124. obs. J. Mestre, **>document n°J4 .**

505 Com. 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, no 277, JCP 1999. I. 143, no 6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, Defrénois, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, CCC 1999, no 56, obs. M. Malaurie-Vignal, RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre, **>document n°J5.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de l'agent. L'arrêt reprochait à l'arrêt d'appel ne 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 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([506]). 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

262 Les contrats dedistribution 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 deleur 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 majeures 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.

A. – Les clauses d'exclusivité

263 Clause d'exclusivité. La clause d'exclusivité est la clause la plus fréquente dans les contrats de distribution : elle impose par exemple au

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distributeur, pour une formule d'exclusivité d'approvisionnement, de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de tout autre([507]). Il s'ensuit une obligation de ne pas contracter avec d'autres mais également une obligation positive de contracter avec le fournisseur ([508]).

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 ([509]). La Cour de cassation considère par ailleurs que les clauses d'objectif créent des obligations de moyens, et non de résultat ([510]).

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

507 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.

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

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

510 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, nos 3952 s. ; Ph. Becqué, « Les clauses de quotas dans les contrats de concession exclusive », Cah. dr. ent. 1985/4, p. 21

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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.

264 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 »* ([511]). 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,

511 Cass. soc., 11 juill. 2000, JSL 2000, no 65-3, obs. M. Hautefort, Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. Mouly.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([512]). Pour autant, et à notre connaissance, aucune décision n'a jusque-là affirmé de telles restrictions ([513]). Dans ces deux arrêt, un concédant automobile avait été condamné pour ne pas avoir levé l'exclusivité à laquelle était tenu son concessionnaire pendant le 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 ([514]). 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 ([515]).

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 situer 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°

512 Cf. N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Petites affiches 30 sept 1998, no 117, p. 21.

513mais, de manière toutefois voisine : Cass. com., 12 nov. 1996, no 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.

514 Cf. Paris, 6 oct. 1999, BRDA 1999, no 24, p. 7.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

478).

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

265 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 ([516]).

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 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

516J.-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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 nait du contrat de société. En principe, le référant 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 ([517]). 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 ([518]), qu'il s'agisse d'une vente de fonds de commerce ([519]) ou de cession de parts sociales ([520]).

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 ([521]).

La question se pose véritablement à propos des contrats de distribution en réseau : contrats de concession, de franchise, 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 ([522]) 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

517 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. 3ème, 12 oct. 1971, Bull. civ. III, n°486 (SNC).

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

519 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.

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([523]), 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 ([524]).

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.

266 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.

523 Cf. Cass. com. 20 juill. 1965, Bull. civ. III, n°466.
524 Cf. Com. 15 déc. 1992, D. 1994. Somm. 75, obs. Y. Picod.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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* » ([525]).

267 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 ([526]). 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 **limitation,**

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

526 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 peutle 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 ([527]). Il est alors important de décrire la conception contemporaine de l'analyse de validité des clauses de non-concurrence.

268 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 »* ([528]) revenait sur la jurisprudence traditionnelle 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 majeur 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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 présence d'un savoir-faire à protéger suffisamment consistant ([529]). 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 ([530]), 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*

529 Cf. cass. com. 14 nov. 1995, D. 1997, somm. p. 59, obs. D. Ferrier **> document n°.**
530Cf 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([531]), 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 ([532]).

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

531Cf. Cass. com. 16 déc. 1997, Contr. Conc. consom. 1998, n°39, obs. L. Leveneur.
532Cf. 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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* » ([533]).

269 **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 »* ([534]).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 ([535]*)* 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, 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 ([536]). Certains professionnels ont tenté d'obtenir l'extension de cette jurisprudence à d'autres relations contractuelles que

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

534 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**.**

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

536Ch. Jamin, Clauses de non-concurrence et contrat de franchise, D. 2003, chr. p. 2878 ; D. Mazeaud, RDC 2005, p. 684.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la relation employeur – salarié, sans succès jusqu'à présent ([537]). 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) ([538]), 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 ([539]). Avant cette décision en effet, chaque employeur pouvait être tenté de maintenir dans l'ensemble des ses contrats de travail la clause de 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 ([540]).Cette contrepartie, qui ne peut être versée qu'après la rupture du contrat ([541]), demeure due quelle que soit la partie à l'origine de la rupture du contrat de travail ([542]), quelle qu'en soit la cause ([543]) et même

537 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.

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

539 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.

540 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

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

542 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.

543 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 employer, Cass. soc., 28 juin 2006, Bull. civ. 2006,

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

si le salarié a retrouvé un nouvel emploi ([544]).

270 **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 de propriété intellectuelle.

Plus originale est la **clause de non réaffiliation** ([545]) qui interdit à l'ancien membre d'un réseau de distribution d'intégrer un réseau concurrent, une forme organisée d'exercice de son activité ([546]). 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 ([547]), 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 ([548]), 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 ([549]).

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.

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

545 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-réafiliation, RLDC, 20110, n°4798.

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

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

548 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.

549 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 technique tout aussi protectrices pour l'employeur sans risque d'avoir à verser une contrepartie financière au débiteur de la stipulation contractuelle ([550]). 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* » ([551]). La chambre commerciale de la Cour de cassation, seul 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* » ([552]), 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* » ([553]).

---

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

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

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

552 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Enfin, l**a 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* » ([554]) alors même qu'elle ne comprendrait pas de contrepartie financière ([555]). 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 ([556]).

271 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 protection de telle manière que la nullité est en principe relative ([557]). 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

554 Cf. Versailles, 27 septembre 1994, D. 1995, somm. p. 206, obs. Y. Serra.
555 Cf. CA Paris, 2 décembre 2004, 21ème chambre B, inédit.
556 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, 5ème chambre section B, inédit.
557 Cf. Cass. soc. 18 déc. 1968, Bull. V., n°610.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([558]) 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 révise 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 uneexcellente 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 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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

cette dernière hypothèse est plus discutable.

272 **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.

De même dans les rapports entre franchiseur et franchisé, si la clientèle du franchisé est en réalité celle du franchiseur, une difficulté fondamentale se pose, s'agissant de la qualification du contrat, d'une part, et des conséquences de sa rupture d'autre part. Le contrat de distribution conclu, en effet, entre un fournisseur propriétaire d'une clientèle, à démarcher, et un distributeur, se rattache davantage à al catégorie des contrats de représentation qu'à celle des contrats d'achat pour revendre. En outre, et quelle que soit cette qualification, la rupture d'un tel contrat emporterait alors une forme d'expropriation d'une clientèle constituée sur la tête du distributeur et qui serait, en réalité, la propriété du franchiseur, sit telle était la situation.

La Cour de cassation n'a jamais véritablement tranché au fond la question du rattachement de la clientèle, au franchiseur ou au franchisé([559]), 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

559 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

franchisé, une clientèle propre depuis l'arrêt Trévisan([560]) *: « (…) 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 pratique dans ces affaires, dispose d'une clientèle locale et le franchiseur d'une clientèle nationale, attachée à la notoriété de la marque.

Par conséquent, le franchisé est bien propriétaire de tout, ou partie, de la clientèle qu'il exploite. Or, cette solution médiane n'est guère satisfaisante ni sécurisante. La question dérivée demeure celle de l'opportunité du paiement d'une indemnité de clientèle au profit du franchis », du moins pour la partie de la clientèle rattachable au franchiseur, qui par hypothèse lui appartient, voire, lorsque le franchiseur impose une clause de non concurrence au franchisé ([561]).

---

560 Cass. com. 9 oct. 2007, n°05-14118**>document n°J11**, JCP 2007, II, 10211, note N. Dissaux, Contrats, conc. consom. 2007, n°298, obs. M. Malaurie-Vignal, RLDA, 2008/1, n°1354, note D. Ferré et E. Debert, RLDC 2008/3, p. 6, note D. Mainguy et M. Depincé, Civ. 3e, 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, no 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.

561Cass. com. 9 oct. 2007, n°05-14118, préc.Sur le fondement de l'article 1371 du Code civil et donc d'un quasi contrat, la cour décidait que : « *Attendu que pour rejeter la demande de la société ETE en indemnité pour perte de clientèle, l'arrêt retient qu'il résulte de la formulation même de cette demande qu'une partie de la clientèle est attachée à la société SFR, et l'autre à l'exploitant, que ce n'est que pour cette seconde part que la société ETE pourrait formuler des prétentions, mais qu'elle n'apporte sur ce point aucun élément qui puisse être mis en relation directe et nécessaire avec le fait de SFR ;Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction »*.Comp. Cf. D. Ferrier,

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

§4. Le contrat de distribution et les tiers

273 **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

---

Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence, Cah.dr. entr. 1983/1, p. 21, C. Jamin, Clause de non-concurrence et contrat de franchise, D. 2003, p. 2878, Ph. Grignon, Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires de commerce, Litec, 2000, P.-X. Licari, La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, Litec, 2002.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contractuelles ([562]): 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 ([563])de sorte que le distributeur parallèle n'a pas à prouver que son approvisionnement est licite ([564]). C'est au contraire au fabricant ou aux concessionnaires de prouver que l'approvisionnement est illicite.

Section 3. – La circulation des contrats de distribution

274 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 ([565]) mais est propre aux contrats relationnels dont les contrats de distribution, qui illustrent ordinairement cette question.

275 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 distribution, par le fait que le contrat suppose une forme de

562 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, no sp. Cah. dr. entr. 1993/1, p. 23.

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

564 Cf. Com. 25 avr. 2001, CCC 2001, no 108, obs. L. Leveneurà propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location ; Com. 19 oct. 1999, CCC 2000, no 6, obs. M. Malaurie-Vignal ; Com. 10 févr. 1998, CCC, 1998, no 61, obs. L. Leveneur.

565 Cf. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2008, no 247 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 »* ([566]). 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.

566 Cass. com. 3 nov. 2004, JCP E 1177, no 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.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 [567]. 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.

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 ([568]) 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'agréer ou de ne pas agréer ([569]). L'agrément recherché peut être tacite ([570]) 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 ([571]), à moins qu'une stipulation précise que la cession est libre du côté du franchiseur.

---

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

568 Cf. Com. 3 nov. 2004, préc.

569 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.**

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

571 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).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

276 **Cession, préférence et préemption.** Très souvent, les contrats de distribution contiennent des clauses de préemption ou de préférence au cas où le distributeur cèderait 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 connaissaient le droit violé et l'intention de son bénéficiaire, le fournisseur ici, de s'en prévaloir ([572]). 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.

277 **Cession par le fournisseur, fusion, apport partiel 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 ([573]).

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

572 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. 1ère, 11 juill. 2006, *D*. 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier ; Cf. Cass. civ. 3ème, 31 janv. 2007, *D*. 2007, p.1698. note D. Mainguy(preuve non rapportée) ; Cass. civ. 3ème, 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 i*ntuitu personae* de ces contrats ([574]). 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 ([575]). 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 »* ([576]). 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 personne du franchiseur ne saurait avoir été transmis sans l'accord du franchisé ([577]). 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 [(578)]. 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

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

278 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 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

279 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.

Le droit français prohibe en effet, quoique le Code civil ne le précise nullement, les engagements perpétuels ([579]), prohibition dont le fondement à rechercher dans la peur du codificateur de 1804 du retour au servage (Cf. C. civ., art. 696). La prohibition vaut pour les contrats à durée déterminée en premier lieu : est un contrat perpétuel le contrat prévu pour une durée anormalement longue, une durée supérieure à la vie humaine ([580]) ou à la vie professionnelle ([581]), qui s'apprécie au cas par cas et non à la lumière de cette fameuse durée de 99 ans qui ne vaut que pour les sociétés (C. com., art. L. 210-2) ou bien un contrat d'une durée inférieure mais dont le renouvellement ou plus exactement le non renouvellement ne dépend que d'une seule partie de sorte que l'autre encourt le risque d'un engagement perpétuel ([582]). Cela n'empêche pas la conclusion de contrat de longue durée déterminée pour autant que cette

579 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.

580 Cf. Cass. civ. 1ère, 19 mars 2002, *RTD civ*. 2002, p. 510, obs. J. Mestre.

581 Cf. Cass. civ. 1ère, 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, N°53, *JCP* 1989, II, 21294, note J.-J. Barbiéri.

582 Cf. Cass. com. 3 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n°3; Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°339.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

longueur ne soit pas assimilable à une durée perpétuelle.

Il en est de même des contrats à durée indéterminée qui sont par nature des contrats précaires que les parties peuvent rompre à tout moment. A l'inverse, un contrat à durée indéterminée dans lequel cette faculté serait paralysée serait considéré comme un engagement perpétuel ([583]).

La sanction d'un engagement perpétuel est redoutable: le contrat est nul et de nullité absolue ([584]). Pourtant, cette nullité, son caractère absolu et sa rétroactivité, peuvent présenter des effets pervers : le contractant de mauvaise foi peut ainsi, pour échapper à ses obligations, se réfugier derrière le vice de perpétuité, de sorte qu'il serait parfois plus utile de paralyser le mécanisme qui rend le contrat perpétuel, voire de limiter le contrat à une certaine durée ou, inversement de le transformer en contrat à durée indéterminée, ouvrant faculté de résiliation unilatérale ([585]).

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 ([586]).

280 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 » ([587]).

281 Reconduction et prorogation du contrat. –La pratique contractuelle connaît deux techniques permettant de pallier l'extinction

583 Cf. Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°132, *RTD civ*. 2006, p. 762, obs. J. Mestre et B. Fages.

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

585 Cf. Cass. com. 19 mars 2002, préc., F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », art. préc.

586 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.

587 Cf. Cass. civ. 1ère, 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. 1ère, 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.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

automatique d'un contrat conclu pour une durée déterminée, la technique de reconduction et la technique de prorogation.

Les parties peuvent d'abord décider de renouveler – reconduire –une contrat à durée déterminée. Cette décision doit nécessairement intervenir *avant* l'arrivée du terme ou de manière concomittante avec l'arrivée du terme.

Ce renouvellement peut résulter d'une décision spontanée, l'un des contractants proposant le renouvellement à l'autre, éventuellement via une renégociation du contrat , on parlera de reconduction expresse.

Il peut résulter d'une simple poursuite du contrat : le terme est survenu, mais les parties continuent d'exécuter le contrat- *comme si* le contrat s'est poursuivi. Dans cette situation de *reconduction tacite*, on pourrait considérer en premier que la suite du contrat n'est pas contractuelle, que les « exécutions » contractuelles sont des faits volontaires, éventuellement susceptibles de répétition, mais pas sur le fondement d'un contrat qui en serait l'assise. On pourrait aussi considérer que les *actes d'exécution* sont la manifestation qu'un contrat s'est perpétué, mais, faute de volonté manifeste de reconduite le contrat étient, qu'il s'agit d'un contrat, dont les éléments sont simplement à identifier dans les règles du droit supplétif du contrat. SI par exemple le contrat éteint contenait des clauses d'exclusivité ou de confidentialité, ceux-ci ne seraient alors pas repris dans le nouveau contrat. On pourrait au contraire considérer que les *actes d'exécution* sont la manifestation de la volonté, implicite mais non équivoque, de reconduire le contrat, qui se serait alors reconduit, pour une nouvelle durée, indéterminée, mais contenant tous les autres éléments du contrat, en une véritable manifestation de *reconducion tacite.*

Ordinairement cependant, le mécanisme de la reconduction est l'effet d'une clause spécifique du contrat : une clause de *tacite reconduction* ([588]) (*« le contrat est prévu pour une durée de un an, il se renouvellera ensuite par tacite reconduction »*). Le renouvellement d'un contrat est en effet appelé *reconduction* du contrat. Le contrat reconduit est un nouveau contrat ([589]) qui prend effet au moment où le précédent prend fin et il est exactement le même que le contrat initial, auquel il emprunte tous les éléments, à un détail près cependant : le contrat reconduit n'emprunte pas, sauf précision contractuelle, la durée du contrat initial. Il en résulte

588 V. cependant pour une clause de reconduction expresse : Cass. com. 17 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°356 et, surtout, dans les contrats de consommation contenant une clause de reconduction tacite, cf. C. consom., art. L. 136-1, imposant l'obligation pour le professionnel d'informer, trois mois avant l'échéance de la possibilité de faire échec à la reconduction.

589 Cf. Cass. civ. 1ère, 17 juill. 1980, *Bull. civ.* I, n°220, Cass. com. 13 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°77; Cass. com. 6 févr. 2001, *JCP* 2001, I, 370, obs. A. Constantin.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

que le contrat reconduit est, en principe, un contrat à durée indéterminée ([590]), sauf si les parties ont prévu un mécanisme de reconduction prévoyant une nouvelle durée déterminée, identique ou non à la première d'ailleurs ((*« le contrat est prévu pour une durée de deux ans, il se renouvellera ensuite par tacite reconduction pour une nouvelle durée de deux ans et ainsi de suite (ou de un an)»*).

En outre, la question de la reconduction des contrats à durée déterminée pose difficulté chaque fois qu'une formalité quelconque est exigée pour sa formation ou bien s'agissant des éventuelles sûretés qui ont pu accompagner la conclusion du contrat, comme un contrat de cautionnement. Ainsi, les contrats solennels doivent en principe faire l'objet de nouvelles formalités, ce qui pose difficulté bien souvent, par exemple lorsqu'il s'agit d'un formalisme validant : l'exigence d'un écrit est par hypothèse exclue chaque fois le contrat est tacitement reconduit. On pourrait admettre que le nouveau contrat emprunte les conditions de forme du premier, sauf lorsque le formalisme est informatif ou destiné à assurer l'opposabilité du contrat aux tiers comme en matière de propriété intellectuelle, ce qui serait cependant curieux, dans la mesure où les conditions de formes validantes seraient alors moins bien sanctionnées en cas de reconduction. De même, certaines obligations d'information formelles doivent être répétées : c'est le cas de l'offre préalable de crédit (C. consom., art. L. 311-19) ([591]) l'obligation d'information précontractuelle imposée dans certains contrats de distribution (C. com., art. L. 330-3) ([592]), … à moins de choisir une autre solution, la prorogation du contrat.

La prorogation du contrat, consiste, avant l'expiration du contrat, à modifier, la durée en repoussant le terme et « proroger » le contrat : c'est alors, à la différence de la reconduction, le même contrat qui se poursuit, par un accord exprès avant l'échéance du contrat ou par une clause de prorogation tacite dans le contrat lui-même. Le grand avantage de ce mécanisme pourtant bien connu et utilisé que le précédent tient au fait que si c'est le même contrat qui se prolonge, lorsque le contrat est un contrat imposant certaines formalités pour sa validité, celles-ci n'ont pas à être répétées ([593]), les sûretés garantissant l'exécution du contrat

590 Cf. Cass. civ. 1ère, 15 nov. 2005, *Bull. civ.* I, n°413, *D*. 2006, p. 587, note M. Mekki, *Defrénois*, 2006, p. 828, obs. C. Le Gallou, *RDC* 2006,p. 696, obs. Y.-M. Laithier, *RTD civ*. 2006, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages : curieusement cependant, cet arêt précisait que le nouveau contrat est à durée indéterminée, mais que *« les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques »*.

591 Cass. civ. 1ère, 13 mai 2003, *Bull. civ.* I, n°116, *RTD civ*. 2003, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

592 Cf. Cass. com. 14 janv. 2003, *RTD civ*. 2003, p. 498, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

593 Cf. Cass. com. 9 juill. 2002, *Bull. civ.* IV, n°118.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

demeurent (Cf. C. civ., art. 2316), etc. En même temps, cette tranquillité n'est pas parfaite, s'agissant par exemple du formalisme informatif.

Dans les deux hypothèses, reconduction ou prorogation, le mécanisme ne saurait cependant être entièrement automatique, sauf à risquer le vice de perpétuité. Ainsi, les parties peuvent-elles toujours s'opposer à la reconduction ou la prorogation. Face, notamment, à une clause de tacite reconduction ou de tacite prorogation, les deux parties disposent de la faculté de faire échec au renouvellement ou à la prorogation, en respectant un préavis d'une certaine durée, exactement comme en matière de faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée. Enfin, ces deux mécanismes peuvent se répéter sans que la nature du contrat change : la succession de contrats à durée déterminée ne les transforme pas en un contrat à durée indéterminée.

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

282 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.

283 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* ([594]) succès qui est d'ailleurs concomitant, ou

594 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

presque, avec la fin de la jurisprudence sur la détermination du prix dans les contrats-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.

284 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.

285 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 ([595]) 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* ([596]).

286 « 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

---

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.

595 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([597]). On observe ainsi que la jurisprudence a validé un préavis correspondant à une saison en matière textile ([598]).

En définitive, la durée du préavis dépend de l'ancienneté des relations et des usages de la profession ([599]) 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 ([600]).

Si un préavis de deux mois ([601]) 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 ([602]) 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.

---

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

598 Paris, 25 nov. 1986, BRDA 1987, n° 6, p. 13. Comp. Cass. com. 23 mars 1971, D. 1971, p. 541, validant une clause de résilation 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.

599 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.

600 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.

601 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.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

287 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 ([603]) 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 ([604]).

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 »* ([605]); il impose la rédaction d'un préavis écrit, ajoutant une nouvelle condition de forme à la rupture d'un contrat.

288 **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([606]). Pourtant, des règles particulières imposent parfois une telle motivation, c'est le cas du mandat

603 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.

604 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.

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

606 Cf. Civ. 1re, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, no 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°.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 ([607]). 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 [(608)], refusée en principe par la jurisprudence.

289 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 quelques conditions bien précises (C. trav., art. L. 781-1). Le problème

607 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.

608 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([609]).

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.

290 **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 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

609 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. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

expressive ([610]). 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 ([611]). 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 ([612]).

Il convient toutefois que les relations, bien qu'établies, soient commerciales, de sorte qu'un notaire ([613]) et plus généralement le professionnel lié par un contrat d'exercice libéral ([614]) ne peut revendiquer son application ([615]).

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 ([616]) rejointe depuis par la Cour

---

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

611 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°.**

612 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. 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°.**

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

614Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774, JCP, éd. E, 2008, 1638, obs. D. Mainguy.

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

616Montpellier, 11 août 1999 Cah. dr. ent. 1999-5, n°4, obs. D. Mainguy.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de cassation ([617]) 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 ([618]) 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 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 1er décembre 1986, devenu l'article L. 442-6, I, 5° 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 »*.

291 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° 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

617 Cass. com., 5 mai 2009, n°08.11916 **>document n°.**
618 Cass. com. 23 avr. 2003, JCP éd. E, II, note D. Mainguy, **>document n°.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contractant et que la rupture intervient tôt ensuite ([619]) ou bien lorsque l'auteur de la rupture a pu laisser croire à son contractant que cette relation allait demeurer, sans toutefois, sauf exception, envisager l'exigence d'une motivation de la rupture ([620]).

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 ([C]*f. 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 l'évolution de la durée des contrats, ce qui n'est guère aisé ([621]).

---

619 Cf. Cass. com. 5 oct. 1993, préc., Cass. com. 4 janv. 1994, Contrats, conc. consom. 1994, n° 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° 20, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, RTD civ. 1998, p. 370, obs. J. Mestre.

620 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.

621 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([622]).

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.

292 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 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 ([623]). 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

---

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*)*.

622 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°.**

623 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ne dehors des relations entre fournisseurs et distributeurs, *« quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé »* ([624]).

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 ([625]), la Cour

624 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°06-10256, Contrats, conc., consomm. 2007, n°171, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP éd. E, 2008, 1638, n°2, préc.

625 Cass. com. 23 avr. 2003, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 aggravante* » ([626]). 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 ([627]) 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 ([628]) 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

626 Lyon 15 mars 2002 et Versailles, 22 mars 2002, préc.
627 Douai, 5 déc. 2002 (deux arrêts), Cah. dr. ent. 2003/3, p. , obs. D. Mainguy.
628 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([629]), 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).

293 **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 ([630]), 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 ([631]).

La jurisprudence rendue sur la base de ce texte ([632]) comme sur la base du droit commun des contrats ([633]) retient cette hypothèse l'assimiler à une rupture « ordinaire » du contrat, nécessitant donc le

---

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

630 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.

631 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 ce qui concerne les déréférencements 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 ».*

632 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°.**

633 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([634]).

294 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 ([635]) avec toutes les conséquences qui en 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 ([636]), 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

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

635 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, 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,

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

évincer le jeu d'une clause attributive de compétence ([637]).

295 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 ([638]). 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 ([639]). L'ensemble participe alors d'une modélisation de l'abus de la puissance d'achat ([640]) que tous ces textes épars d'une droit de la concurrence morcelé (v. not. C. com., art. L. 420-2, L. 441-3 et s., L. 442-6, I, 1°, 2°, 3°, 4°, 6°) peinent cependant à identifier.

637 Cass. civ. 1ère, 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 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 . »

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

639 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°.**

640 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

TITRE 2
LES CONTRAINTES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

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

296 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 ([641]) 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.

297 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 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

641 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([642]) 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

298 **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, 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 ([643]) mais aussi les clauses susceptibles d'imposer un prix minimum de revente ([644]).

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*

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

643 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.

644 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 lorgnette du 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 ([645]), complété par des « lignes directrices » ([646]). 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 ([647]) ; au-dessus l'exemption est exclue et suppose

645 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 verticlales à la concurrence, Contr. conc. consom. 2000, n°6, S. Poillot-Peruzzetto, RTD com. 2000, p. 492.

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

647 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 et 82 du Traité de Rome, en raison de la théorie dite *« de minimis »* dite aussi des « accords d'importance mineure » ([648]).

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 » ([649]). 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 ([650]).

299 Distribution automobile. Le domaine de la distribution

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

649 Cf. Supra, n° 230-1.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

automobile a, par ailleurs, toujours été considéré comme particulier ([651]), 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.

300 **Règlement n°330/2010.** Le Règlement de 1999 a été remplacé par un nouveau règlement, entré en vigueur le 1er 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 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*).

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

301 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 (652) 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 (653).

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.

302 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 (654). 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

652 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, 3e éd. 2002.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (655).

303 Présence des contrats internationaux de distribution. Encore convient-il de résoudre la difficulté consistant à savoir comment repérer un contrat de distribution *international*. On retrouve la dualité des critères juridique et économique (656) 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 (657).

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 (658).

---

655 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.

656 V. *supra*, nos 909 et s. – Cf. Cass. 1re civ., 21 mai 1997 : *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé.

657 Cf. C. Kessedjian, Les contrats de distribution, inV. Heuzé (dir.)Pratique des contrats internationaux, GLN-Joly, Livre XVI, n° 4.

658 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. cit., n° 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

304 Plan. Il conviendra alors d'observer les règles intéressant la loi applicable (§ 1)659, 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

305 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 (660). 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 instruments, la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (661) ou la convention de La Haye de 1955 ([662]).

---

allemand serait interne, surtout au regard de l'article 1er 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 ?

659 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.*, nos 685 et s.

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

306 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 » (663), 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 Cour de cassation avait alors considéré que le choix ainsi réalisé pour un contrat d'application ne vaut pas pour le contrat-cadre (664).

307 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.

308 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,

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

s'agissant des règles du droit de la concurrence notamment.

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

309 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 (665), 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 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.

310 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, agréation, 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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (666), 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) (667). 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 ([668]), ni une vente ([669]).

311 **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 »* (670) 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, celle du lieu d'émission et non celle du lieu d'établissement du débiteur de l'obligation de restitution, pourtant caractéristique du prêt (671). 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

666 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 ».

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

668Cass. civ. 1ère, 5 mars 2008, n° 06-21.949 : D. 2008, act. jurispr. 858, obs. X. Delpech, 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.

669 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.

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

671 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op.etloc. cit.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distribution *« un instrument d'intégration dans le réseau »* (672).

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.

312 **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

672 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([673]). 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 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 (674).

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.

313 **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'agréation 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

673 V. cependant Cass. civ. 1ère, 23 janv. 2007, 05-12166, Bull. civ. I, n°30, désignant la loi du fournisseur dans un contrat de dsitribution exclusive.
674 M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, nos 685 et s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (675), ce qui permettrait de désigner la loi 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.

314 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 (676) 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.

315 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 de ces opérations (677). Il en est de même d'une

675 Cf. J.-L. Respaud, *L'obligation de contracter dans les contrats-cadres de distribution*, thèse Montpellier I, 2000.
676 Cf. Cass. com., 9 oct. 1990 :*RJDA* 1991, n° 19.
677 Cf. contra : M. Béhar-Touchais et G. Virassamy,op. cit., n° 772.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (678) et répétée depuis dans une affaire où était en jeu l'application d'une loi impérative applicable sur le territoire du distributeur (679). 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 ([680]).

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.

316 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 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 ([681]), 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.

678 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.
679 Cass. civ. 1re, 25 nov. 2003, RLDC 2004, p. 7.
680 Cass. civ. 1ère, 23 janv. 2007, n°05-12166, Bull. civ. I, n°30, Cass. Civ. 1ère, 26 sept.2007, Bull. civ. I, n°304.
681 T. Azzi, La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I : D. 2008, Dossier 2169.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 le 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

317 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 (682). Pour certains, elle ne présenterait pas de véritable spécificité et serait très voisine de la notion d'ordre public international (683).

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 (684).

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 (685). 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

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

683 Cf. V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux, op. cit., nos 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.

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

685 Cf. par ex. V. Heuzé et P. Mayer, Droit international privé, Montchrestien, n° 124.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 » ([686]).

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 (687), 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

686 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.

687 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 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 »* (688), 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 (689). 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 »*(690)*,* ou encore de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en matière de clauses

688 P. Francescakis : Travaux comité fr. DIP 1966-1969, p. 144 ; Rép. dr. int. Dalloz, V° Conflits de lois, principes généraux, 1re 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.

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

690 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., 28 nov. 2000 : JCP E 2001 ; CDE 2001/2, p. 12, note J. Raynard ; Dr.&Patr. sept. 2001, p. 109, obs. D. Mainguy.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

abusives (C. consom., art. L. 135-1) (691). 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 ([692]), mais de son admission pour la sous-traitance immobilière ([693]) alors que les observateurs remarquaient, que, par contagion, la préoccupation 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,

691 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, 6e éd. 2003, n° 46.

692 Cass. com. 13 juill. 2010, n° 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° 08-21511 : D. 2010, p. 824 ; JCP 2010, 530, note D. Bureau et L. d'Avoult ; 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 exénérer le transporteur.

693 Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007 : Bull. civ. 2007, ch. mixte, n° 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

une portée internationale ([694]). 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 (695). 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 étatique de critiquer une sentence arbitrale pour sa contrariété supposée avec une loi de police, possibilité largement entamée par la Cour de cassation ([696]) 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 ([697]), mais rejetée par le juge commercial ([698]) impliquant une divergence majeure de jurisprudence

694 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.

695 Cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage international, Litec, nos 1516 et s.

696 Cass. civ. 1è, 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.

697 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.1ère, 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.

698Cass. civ.1ère, 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. 1ère., 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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

particulièrement délicate à gérer pour les praticiens ([699]). 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 ([700]).

318 **Influence du droit antitrust.** Le droit antitrust, c'est-à-dire le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations701, peut être considéré comme une loi de police, tant s'agissant du droit interne que du droit communautaire (702) 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

---

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.

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

700Cass. civ.1ère, 4 juin 2008 : 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, act. 430, obs. J. Ortscheidt ; ibid. I, 164, n° 8, obs. C. Seraglini ; Rev. arb. 2008, 473, note I. Fadlallah.

701 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.

702 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

présente souvent des effets sur plusieurs 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 (703). 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 (704). La méthode consiste à isoler les vrais conflits de lois de police (705). 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 (706). Lorsque la règle de concurrence est partie de la loi du contrat, elle s'applique bien 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

703 V. cependant en droit américain : P. Selvin, L'application internationale des lois antitrust américaines, D. affaires 1997, p. 1314.
704 Cf. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op. cit., n° 781.
705 L. Idot, Les conflits de lois en droit de la concurrence, art. cit.
706 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

impératives du droit du marché (707).

319 **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) (708) 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 pénales709. 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 alors s'imposer pour tenter de résoudre cette difficulté (710), 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 (711). 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 (712).

---

707 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.

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

709 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, nos 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.

710 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.

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

712 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.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 ([713]), 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 être totalement convaincu ([714]), 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

713 Paris, 25 oct. 2011, RDC 2012, p. 563, note J.-B. Racine
714 Paris, 30 nov. 2001, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

faisant écarte les clauses attributives de juridiction ([715]), solution pourtant contrariée par les décisions de la première chambre civile lorsque des enjeux internationaux sont clairement identifiés, qui retient la responsabilité contractuelle du fait de l'application de ce texte ([716]) 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.

320 **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 (717). Cette analogie718 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 travail (719). C'est surtout l'autorité reconnue à la loi du 26 janvier 1991

715 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 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.

716Cass. civ.1ère., 6 mars 2007, n° 06-10946 : D. 2007, p. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E 2008, 1638, obs. D. Mainguy, Cass. 1re 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).

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (720). 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 (721), ne reconnut pas la loi de 1991 comme une loi de police, à la différence de l'arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 qui la retint comme telle (722). La différence des solutions n'est pas sans plonger les opérateurs dans une singulière insécurité juridique qui devrait

720 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.

721 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 1er janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».*

722 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 mandant 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 ».*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

logiquement se solder par la soumission de la juridiction française (723).

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

321 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.

322 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 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 (724). 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

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

724 H. Kenfack, *La franchise internationale, LGDJ, 2002. – D. Ferrier, La franchise internationale : JDI 1988, 625 ; Droit de la distribution, op. cit., nos 652 et* s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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 (725). On retrouve alors les principales difficultés posées par la conclusion d'un contrat de franchise, mais en plus complexes. Le 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.

725 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° 903.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

TROISIEME PARTIE

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

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

324 La notion de réseau de distribution est, *a priori*, purement descriptive. Un réseau, c'est un ensemble d'entreprises liées entre elles par des liens, souvent contractuels. Le réseau permet d'affermir une relation, ou un ensemble de relations, qui, à défaut, seraient demeurées au niveau du marché, de la rencontre, aléatoire, de l'offre et de la demande et qui, par le biais de contrats, des contrats-cadres, constituent un groupe de contrats[1]. De ce point de vue, le réseau finalise la relation, il l'active et

1 Comp. L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la pérennise. En même temps, le réseau assure une forme de hiérarchie : il y a une tête de réseau, le promoteur du réseau qui assure sa promotion, la police du réseau, son développement, etc., et qui imprime son autorité par sa marque par exemple qui distingue ce réseau d'autre réseaux, conccurrents ou non, ou par des services particuliers ou encore par la sélection des produits qu'il opère. Il apparaît ainsi, au premier abord, que la notion de réseau de distribution assure une forme d'organisation, d'identification d'entreprises sous l'autorité d'une autre entreprise qui se place à sa tête, dans le but d'optimiser les fonctions de tous ses membres.

325 La considération du réseau, déjà envisagée, est l'un des moyens les plus efficaces de jeter un regard sur les contrats de distribution. D. Ferrier les sépare en deux catégories, les accords de spécialisation d'une part et les accords de réitération d'autre part ([2]). Il définit les accords de spécialisation comme ceux « *par lesquels un fournisseur établit une relation privilégiée avec un ensemble de distributeurs répartis sur le marché géographique afin qu'ils se spécialisent dans la commercialisation de ses produits et appliquent ses exigences en matière d'approvisionnement et de revente* ». Les rôles sont définis : le producteur produit le mieux possible, le distributeur distribuele mieux possible, chacun se spécialise ainsi dans sa fonction la plus efficace. Il définit les accords de réitération comme ceux *« par lesquels un distributeur, qui peut être de surcroît producteur, après avoir connu une réussite commerciale dans son activité de distribution, propose à d'autre distributeurs d'appliquer ses normes de commercialisation pour réussir à leur tour dans la même activité »*. Les rôles sont ici différemment envisagé : le promoteur du réseau est un distributeur qui transmet à d'autres distributeurs les secrets de sa réussite, laquelle doit se pérennisée. Le modèle de ces contrats est assuré par la formule du contrat de franchise.

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

CHAPITRE 1 – LES CONTRATS DE SPECIALISATION

326 Les contrats de spécialisation sont divers et difficilement classables : on identifiera ici les contrats fondés sur une exclusivité, quelle soit d'approvisionnement, ou, réciproquement, de fourniture

2 N. et D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°527.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

(Section 1), le contrat de distribution sélective (Section 2), et les formes contractuelles qui assurent l'application du modèle de la « distribution exclusive » (section 3).

Section 1. Les contrats fondés sur une exclusivité d'approvisionnement ou de fourniture

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

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

Dans les contrats de distribution de produits, l'**exclusivité d'approvisionnement** consentie par un distributeur dans un contrat est, souvent, l'objet d'une clause, la clause d'approvisionnement exclusif, qui détermine elle-même une obligation, l'obligation d'approvisionnement exclusif. Celle-ci identifie l'obligation, pour le distributeur de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de tout autre ([3]). Ce faisant, le distributeur assume une obligation de faire, acquérir les produits ou service du fournisseur, le créancier d'exclusivité ([4]), mais également, et surtout, une obligation de ne pas faire, ne pas contracter acquérir de produits concurrents, ou ne pas acquérir quelque produit que ce soit, même non concurrent.

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

§1. Le contrat d'achat exclusif

328 Exclusivité d'achat. Le contrat d'approvisionnement exclusif est sans doute le contrat de distribution le plus répandu, ne serait-ce que

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

parce qu'il accompagne la plupart des autres formules contractuelles de distribution. Il s'agit des contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur ayant pour objet l'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif du second et à propos desquels s'est plus particulièrement posée la question de la détermination des prix et de la durée de l'exclusivité (*Cf. supra*). Le distributeur s'oblige alors à ne s'approvisionner qu'auprès du fournisseur qui par là-même lui interdit de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur ([5]). Le but de ces formules est évidemment de permettre au fournisseur de s'assurer de canaux de distribution fiables et pérennes et inversement ils permettent au distributeur d'organiser ses achats de produits du fournisseur dans l'objectif de leur revente.

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

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

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

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

5 G. Durry, Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant, Th. Paris, 1957 ; S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Litec, 2002 ; G. Parléani, Les clauses d'exclusivité, in Les principales clauses de contrats entre professionnels, PUAM, 1990, p. 55.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits ».

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

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

Cette situation peut résulter d'une **clause d'approvisionnement prioritaire,** mécanisme par lequel un distributeur s'engage à s'approvisionnement prioritairement auprès d'un fournisseur désigné, mais sans que des quotas ou des minimas soient identifiés de manière particulière. A priori, ce type de clause n'est pas équivalent d'un mécanisme d'exclusivité ; mais il peut s'y apparenter dès lors que le distributeur est dans une situation de quasi-exclusivité, voire s'approvisionne pour 80% de ses achats, pour autant que ces critères du droit de la concurrence soient utilisables en droit des contrats ([6]).

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

concurrents ([7]).

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

Les règlements spécifiques de 1984 leur avaient consacré des développements particuliers et nourris, trop sans doute, développant ce qu'on avait appelé alors l' « effet de camisole » en ce que les dispositions spécifiques du droit de la concurrence avaient une influence sur le contenu de ces contrats, quand bien même ils n'auraient pas été concernés par ces règles du droit communautaire de la concurrence, mais proposant cependant une exemption particulière, tandis que le règlement général de 1999, replacé par celui de 2010, propose en revanche une analyse très restrictive des engagements d'exclusivité qui est susceptible de faire perdre à ces contrats leur raison concurrentielle d'être ([8]). En outre la très forte concentration sur le marché de la bière, dominé par deux géants, les groupes Heineken et Kronenbourg, s'est développée sur un plan horizontal, par acquisition de marques de bières ou de produits associés, mais également sur un plan vertical, par l'acquisition d'entrepôts indépendants. Cette concentration se retrouve également sur le marché des entrepositaires-grossistes. D'un point de vue concurrentiel, le duopole des brasseurs, qui laisse cependant coexister une myriade de brasseurs indépendants, se heurte à des entrepositaires grossistes géants, de sorte que la situation des brasseurs indépendants n'est guère aisée,

7 Cf. TPICE, aff. T.-7/93, 8 juin 1995, Langnese-Iglo, Rec. II, p. 1533 ; Cf. TPICE, aff. T.-7/93, 8 juin 1995, Schöffer, Rec. II, p.1611.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

confinant parfois à la situation de domination économique ([9]).

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

Dans le même temps, le distributeur lié par un contrat d'achat exclusif est, économiquement, dans une situation particulière, tenu par contrat d'acquérir les produits du fournisseur ou du contractant désigné par celui-ci, et plus strictement encore lorsque le contrat impose des quotas ou des minimas, des objectifs ou encore des rendements ([10]). Le distributeur ainsi contractuellement lié est dans une situation de dépendance économique, dans la mesure où il dépend du fournisseur. Toutefois, la jurisprudence n'en tire pas de conséquences juridiques, notamment sur le terrain de l'abus de dépendance économique ([11]). Mais ces contrats sont des contrats synallagmatiques de sorte que le refus de livrer opposé au distributeur justifierait la rupture du contrat.

332 Contenu du contrat. Le contenu de ce type de contrat est entièrement déterminé par sa lettre, ainsi que par l'esprit de ce contrat. Ainsi, le contrat d'achat exclusif impose une obligation d'acheter pour le distributeur, quand bien même le contrat ne prévoirait pas de clauses de minima ou de quota. Inversement, il en résulte une obligation de fournir pour le fournisseur, hors l'hypothèse d'un évènement de force majeure

9 Comp. Cependant : Cass. com., 29 janv. 2008, no 07-13.778, Bull. civ. IV, no 20, refusant cependant l'abus de dépendance économique.

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

11 Cf. Cass. com. 3 mars 2004, n°02-14529 : *« l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce »*.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

([12]). Dans un cas comme dans l'autre, l'inexécution de l'obligation d'acheter, ou de vendre, justifierait la résolution du contrat, ou le mode de rupture ou de sanction spécifiques prévu par le contrat.

De même, le contrat d'achat exclusif assure pour le fournisseur un monopole de vente au distributeur pendant la durée du contrat, pour les produits visés par le contrat. Ce monopole peut reposer sur des produits déterminés mais peut viser tous les produits nécessaires à l'exploitation de son fonds de commerce par le distributeur. Dans cette situation, le fournisseur doit livrer toutes les marchandises commandées sauf à laisser au distributeur la liberté de déroger à son obligation d'achat exclusif en ce qui concerne les produits n'existant pas à l'assortiment proposé par le fournisseur ou que ce dernier n'est pas en mesure de livrer ([13]).

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

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

12 Cf. Cass. com. 14 mai 1991, n°89-18093.
13 Cass. com., 5 mai 1987, no 84-17.585.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Il reste que la jurisprudence retient une analyse plutôt stricte de l'exécution des contrats d'achat exclusif. Ainsi, le distributeur qui s'approvisionne auprès d'un tiers contrairement au contenu du contrat ou de la clause d'achat exclusif commet une inexécution du contrat justifiant sa résolution, ou bien le mécanisme de sanction contractuelle *ad hoc* prévu par le contrat ou la clause. Toutefois, l'inexécution repose sur l'achat par le distributeur auprès d'un tiers de produits identiques ou *similaires* à ceux prévus par le contrat et la jurisprudence retient une notion de produits similaires très restrictive comme des produits quasiment identiques ou répondant exactement aux mêmes besoins ([14]) : il convient donc que la rédaction de la clause soit particulièrement précise quant aux produits désignés.

L'inexécution peut prendre la voie, triviale, de l'acquisition directe auprès d'un tiers, ou bien des formes plus indirectes. Ainsi, le fait pour un distributeur de prendre des intérêts, quelle qu'en soit la forme, dans une société distribuant des produits concurrents peut être considéré comme une violation de l'engagement d'exclusivité ([15]). De même le fait de laisser distribuer des produits concurrents de ceux du fournisseur est une violation de l'engagement d'exclusivité d'achat, puisque celui-ci comporte deux éléments, une obligation positive d'acheter et une obligation négative de non-concurrence ([16]).

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

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

14 Cass. com., 27 oct. 1969, no 67-12575.
15 Cass. com., 25 févr. 1986, no 84-14225.
16 Cass. com., 11 mai 1993, no 91-10261.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'application, s'il dépasse le seul domaine des contrats d'achat exclusif, demeure singulièrement attaché à ce type de contrat ou clause.

Ce contrôle passe également par l'exigence d'une **information précontractuelle**, dans les conditions posées par l'article L. 330-3 du Code de commerce ([17]), ou encore par le contrôle de l'éventuel abus dans la fixation du prix (*Cf. Supra*) ou encore du contrôle des obligations de restitution, illustrées notamment par l'affaire dite « des cuves » (cf. supra).

334 Contrôle concurrentiel des engagements d'achat exclusif. Le contrôle par les règles du droit de la concurrence relève d'un autre type de contrôle, non automatique dans la mesure où il convient préalablement de vérifier que les conditions d'application des règles, communautaires ou nationales, du droit de la concurrence sont respectées ([18]).

§ 2. Le contrat d'assistance et de fourniture

335 Présentation. Lescontrats d'approvisionnement exclusif s'inscrivent fréquemment dans un ensemble associant une exclusivité d'approvisionnement et une assistance qui constitue une forme de contrepartie de l'exclusivité consentie, en un contrat parfois décrit comme un *contrat d'assistance et de fourniture* ([19]). Cette assistance est très diverse : il peut s'agir de conseils, de promotions, de prêt de matériel ou d'argent – qui sont d'ailleurs à l'origine de contentieux de la restitution des matériels prêtés, de mise à disposition de signes distinctifs (marque, enseigne, nom commercial, éléments de publicité), etc.

336 Assistance et ingérence. L'assistance peut parfois être un piège pour le fournisseur qui peut avoir à subir l'engagement de sa responsabilité par exemple parce qu'un tiers reprochera une publicité considérée comme mensongère à l'égard du distributeur mais également du fournisseur concepteur du message ou bien parce qu'il n'aura pas appliqué une offre publicitaire que le fournisseur avait voulue nationale ([20]). C'est surtout l'attraction d'une procédure collective menaçant le distributeur qui peut s'avérer la plus dangereuse pour le fournisseur par exemple parce que l'assistance comptable et financière fournie au distributeur sera considérée comme un contrôle voire comme une

17 Cf. Supra et comp. Cass. com., 10 févr. 1998, no 95-21.906, préc. **>document n°.**
18 Cf. D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence Litec, 2010, n° .
19 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°495 s. ; J.-M. Mousseronet A. Seube, A propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973. chron. 197.
20 Cf. par ex : Crim. 16 avr. 1992, BID 1993-2.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

immixtion ([21]) ou au contraire parce qu'il n'aura pas cessé à temps son assistance ([22]).

On rencontre ce type de contrats en matière de distribution de produits de grande consommation : distribution des boissons et notamment de la bière ([23]), de produits pétroliers, mais encore en dehors des produits de grande consommation entre professionnels notamment. Ce contrat est en effet un outil très souple permettant l'assurance de débouchés pour le fabricant et d'approvisionnement pour son contractant.

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

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

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

En pratique, le contrat de location-gérance est souvent, parce qu'associé à un contrat d'approvisionnement exclusif, conclu pour un loyer très faible voire une absence de loyer. Le droit des affaires se méfiant tout particulièrement de la gratuité, une telle absence de loyer a pu poser difficulté : le contrat est cependant considéré comme valable dès lors que la cause, objective, du contrat, sa contrepartie, peut être

21 G.-A. Likillimba, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté¸ Bibl. dr. ent. t. 36, Litec, 2ème éd., 2001.
22 Cf. CA Pau, 28 avr. 1993, RJ Com. 1994, p. 23, obs. F. Grua.
23 Cf. T. Lambert, L'assistance dans le contrat de bière, Rjcom. 1999, 429.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

identifiée dans un « intérêt économique commun », au locataire-gérant et au propriétaire du fonds ([24]).

Par ailleurs, le fonds peut être créé pour l'occasion par le fournisseur et immédiatement placé en location gérance. L'exigence posée par le Code de commerce d'exploitation préalable pendant deux ans (C. com., art. 144-3 **> document n°**) est ainsi levée (C. com., art. L. 144-5, II, 1° **> document n°**) lorsqu'il s'accompagne d'un contrat ayant pour objet principal l'écoulement au détail des produits qu'il fabrique ou distribue de manière exclusive, un contrat d'approvisionnement exclusif, donc, solution justifiée puisque la jurisprudence considère que « *dès la réunion d'éléments susceptibles d'attirer une clientèle celle-ci est réputée exister, entraînant par là-même l'apparition d'un fonds de commerce* » ([25]). L'ensemble devient donc cohérent : le fournisseur peut créer un fonds de commerce, le donner immédiatement en location-gérance à un distributeur associé à un contrat d'approvisionnement exclusif, ou bien disposer d'un fonds de commerce et réaliser la même opération. Dans les deux cas, la durée du contrat d'approvisionnement exclusif peut être supérieure à 5 ans, pour respecter les critères concurrentiels, pour autant qu'ils s'appliquent ; se pose cependant la question de la durée de ce contrat au regard de l'article L. 330-1 du Code de commerce, dix ans.

Dans d'autres circonstances, le contrat d'approvisionnement exclusif est associé à un **contrat de prêt**, prêt de matériel ou prêt de somme d'argent. C'est une solution très fréquente dans le secteur des bars et de la restauration, donc des contrats de bière. Le fournisseur apporte une aide à l'installation, par le prêt de matériel ou de sommes d'argent ou en apportant un cautionnement de ses engagements financiers. Une telle situation pose difficulté au regard du monopole de l'activité bancaire aux établissements financiers (CMF, art. L. 511-5), pénalement sanctionné (CMF, art. L. 571-3). En effet, le fournisseur réalise bien une opération de crédit, au sens ou le détermine l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. Il suffit donc que le contrat de prêt d'argent s'inscrive dans le cadre d'une opération de crédit, et donc que le fournisseur-emprunteur tire profit du prêt pour que le délit d'exercice illégal de la profession bancaire soit constitué. Inversement, il suffit que le prêt soit conclu sans intérêt ou avec un intérêt inférieur à celui qu'aurait retenu un établissement financier pour qu'il ne le soit point. La faiblesse du raisonnement repose sur l'appréciation de la contrepartie du prêt. Même gratuit, le prêt trouve sa contrepartie dans le contrat d'approvisionnement exclusif, de sorte que même gratuit, il trouve une contrepartie, sans laquelle, d'ailleurs, sa validité serait douteuse, en elle-même. Peu

24 Cass. Com. 23 mars 1999, CCC, 1999, n°109, obs. L. Leveneur **> document n°.**
25 Cass. com. 27 févr. 1973, D. 1974, p. 283, note J. Derrupé, **> document n°.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

fournie, la jurisprudence a validé le principe d'un cautionnement ([26]), de sorte qu'on peut admettre qu'un tel prêt est intéressé et que s'il est conclu dans des conditions non profitables, il échappe au délit d'exercice illégal de la profession bancaire.

En toute circonstance, l'identification de ces contrats d'assistance et de fourniture, conçus comme des contrats d'approvisionnement exclusif améliorés, en ce qu'ils comportent une contrepartie claire et définie pour le distributeur à son engagement d'exclusivité d'achat, pose la question du **contrôle de la cause** de ces contrats. En effet, le distributeur face à une contrepartie donnée par le fournisseur peut être conduit à considérer que cette contrepartie est soit inexistante (absence d'assistance) soit insuffisante. Faute de contrepartie sérieuse ou de risque financier réel (dans le cas d'un cautionnement) assumé par le fournisseur, le contrat est annulable pour défaut de cause *« qu'ayant relevé que l'engagement consistait à s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-Omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20% du prêt consenti aux distributeurs, que la Brasserie était elle-même garantie par M. et Mme Rodier, qui s'étaient portés cautions, et qu'elle ne démontrait pas avoir pris un risque réel, la cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche du moyen, que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause »* ([27]). L'assistance ainsi consentie apparaît alors comme la contrepartie, entendons la cause, de l'engagement d'exclusivité([28]).

Sur ce marché très concurrencé, le contrôle de la justesse de la contrepartie apparaît alors comme un élément de police contractuelle comme l'illustre l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 février 2005. La jurisprudence affirme depuis longtemps la corrélation entre les engagements d'exclusivité, de durée ou encore de volume pris par le distributeur et l'assistance due par le fournisseur et la convention de fourniture([29]).

---

26 Paris, 5 avril 2002, D. 2002, somm. 3005, obs. D. Ferrier, Adde. J.-L. Rives-Langes et M. Ohl, Monopole bancaire et liberté, Rev. Banque, mai 1985, n°33, 4395.

27 Cass. com. 8 févr. 2005, D. 2005, p. 639, Cass. com., 14 oct. 1997, Defrénois 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud, D. 1998, Somm. p. 333, obs. D. Ferrier, RJDA 1998, n° 164, et T. Lambert, Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière, D. 2005, p. 1086.

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

29 Cass. com., 28 oct. 1969, no 67-10.446, JCP éd. G 1970, II, 16435 ; CA Colmar, 5 nov. 1958, D. 1959, p. 183) ; il est ainsi admis que l'assistance du fournisseur constitue la cause de l'engagement du distributeur (sur ce point V. R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto, Droit économique, Lamy 2005, not. no 4374, 4406 et 4635). Les professeurs

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Si le revendeur aliène sa liberté d'approvisionnement ce n'est qu'en contrepartie d'un avantage, d'une assistance. C'est ainsi que l'on a « nommé » certains de ces accords d'achat exclusif « contrats d'assistance et de fourniture ». Légitime, le contrôle de l'exigence d'une contrepartie repose donc, au final, sur une analyse économique, réalisée, par le juge judiciaire, du même type que celle du juge concurrentiel (dans le cadre du REC n°1984/83, l'exemption supposait l'existence d'une telle contrepartie). Le message est aujourd'hui clair, il ne suffit pas que des obligations et engagements corollaires existent, il est également nécessaire qu'ils soient proportionnés à la réalité de l'engagement du distributeur.

§ 3. Les contrats fondés sur une exclusivité de fourniture

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

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

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

Mousseron et Seube avaient mis en évidence cette réciprocité (J.-M. Mousseron et A. Seube, Le contrat d'assistance et de fourniture, D. 1973, chr., p. 197.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

(*Cf. Lignes directrices 19 mai 2010* **> *document n°5,*** *pt 192*).

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

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

permettre d'obtenir des services améliorés pour les consommateurs (information, conseil, démonstration, service après-vente, etc.), prix moins élevés dont bénéficient les consommateurs, etc. C'est notamment le cas de l'accord d'assistance, dans lequel l'exclusivité a pour contrepartie une assistance du fournisseur ([30]).

340 Seuils et effets cumulatifs. Par ailleurs, l'application des règles du droit de la concurrence à ces contrats est finalement assez rare en raison de la présomption de légalité concurrentielle qui s'attache à ces figures contractuelles, en raison des effets de seuil et des règlements d'exemption ([31]), celui de 30% du REC 330/2010 mais également les seuils **d'accès** au droit de la concurrence, nationale comme communautaire, de 15% pour les restrictions verticales. Toutefois, ce seuil de 15% est excepté en cas *« effet cumulatif de réseaux »* pour redescendre à 5%. Il s'agit en effet de considérer le cas où un accord n'est pas de nature, en lui-même, en raison des faibles parts de marché qu'il représente sur le marché, à affecter de manière sensible le marché, mais est, en même temps, à comparer avec l'éventuel cumul de réseau de contrats identiques ou voisins, de telle manière que la répétition de ces réseaux de contrats est de nature, par cet effet cumulatif, à restreindre l'accès au marché. C'est, très concrètement, le cas de nombreux secteurs, celui de la distribution des produits pétroliers, de la distribution alimentaire. D'une manière plus technique, on prend en compte divers indicateurs, comme le taux de saturation du marché par ces réseaux, la fidélité des consommateurs aux enseignes, etc.

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

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

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

La notion d'obligation de non-concurrence visée par le REC n°330/2010 recouvre celle d'obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, de sorte qu'un contrat peut contenir une telle obligation d'exclusivité pour autant qu'elle ne dépasse pas cinq ans, avec une exception pour les baux commerciaux ou les contrats de location gérance pour autant que la durée ne dépasse pas celle de la période d'occupation

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

Section 2. – Le contrat de distribution sélective

342 Définition : Sélection qualitative. Le contrat de distribution sélective ([32]) est un contrat fondé sur une sélection *qualitative* des distributeurs.

Selon une définition, que l'on peut considérer comme « classique » de la cour de cassation, le contrat de distribution sélective est celui par lequel : « *le fournisseur s'engage à approvisionner [c'est-à-dire à fournir] dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le*

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents » ([33]). Cette définition est à peu près celle du règlement n°2790/99, art. 1-d et celui du Règlement n°100/2002, art. 1 f).

Le mécanisme se présente donc comme une formule qui détermine les conditions d'une **sélection** de distributeurs aptes à distribuer les produits contractuels fournis par le fournisseur à travers une obligation de fournir pour le fournisseur, souvent une tête de réseau, une obligation, à définir contractuellement, de s'approvisionner, pour le distributeur sélectionné, et une obligation de ne pas fournir des distributeurs non sélectionnés pour le fournisseur. Il en résulte pour certains auteurs, que le contrat de distribution sélective est un contrat marqué par une exclusivité de fourniture puisque le fournisseur ne fournit que les distributeurs sélectionnés (*D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit.n°518 s.*) même si l'exclusivité de fourniture est traditionnellement envisagée comme attaché à un territoire, qui est ici exclu. En pratique les techniques sont variées : le réseau de distribution sélective peut être conclu entre le fournisseur et le distributeur en vue de ventes réalisées entre eux, ou bien se contenter de désigner des grossistes, ou bien encore, comme c'est le cas des réseaux de parfumerie, être établis à travers des réseaux de distribution organisés de points de vente.

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

En outre, les secteurs dans lesquels on trouve des contrats de distribution sélective sont finalement peu nombreux : il s'agit essentiellement de produits marqués, à forte notoriété et surtout dans le secteur des produits de luxe, notamment de l'habillement, des accessoires de mode, des montres ou de la joaillerie ou encore des parfums, mais également de certains produits de haute technicité, comme des véhicules

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou d'autres produits. Pour autant, l'opération peut être appliquée pour n'importe quel produit dont les qualités le justifieraient.

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

On trouvera donc dans un contrat de distribution sélective des éléments relatifs à la sélection, peu important la manière dont celle-ci

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

Le contrat de distribution sélective se distingue donc de contrats qui peuvent paraître voisins. Il se distingue d'abord du *contrat de concession exclusive* : le contrat de concession comporte une exclusivité réciproque qui est absente du contrat de distribution sélective, même si la distinction, du point de vue des règles du droit de la concurrence peut paraître parfois moins évidente. Le contrat de distribution sélective se distingue encore du contrat de franchise car le premier ne propose pas la reproduction d'un modèle commercial. En pratique cependant, la distinction est parfois malaisée dans la mesure où nombre de réseaux de distribution sélective, en matière de parfumerie notamment, mêlent franchise et distribution sélective : un commerçant sélectionné propose de reproduire cette formule auprès de commerçants indépendants qui devront respecter les critères de sélection et de la franchise ([34]).

344 Types de critères de sélection. Les techniques de sélection des distributeurs sont très variées. Elles sont naturellement, d'abord fondées sur des critères qualitatifs ; mais elles peuvent également prendre un tour quantitatif. On évoque à cet effet les réseaux de distribution sélective qualitative et les réseaux de distribution sélective quantitative. Cette distinction a notamment été promue en matière de distribution automobile. En effet, le Règlement d'exemption de 2002 en matière de distribution automobile assurait une faveur très marquée à l'encontre de la distribution sélective quantitative (avec un seul d'exemption établi à 40% contre 30% pour un contrat de distribution exclusive) et plus encore

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de distribution sélective qualitative (exempté en toute circonstance : 100%). Mais on retrouve cette logique de restriction du nombre des distributeurs dans la logique des réseaux traditionnels de distribution sélective, notamment dans le secteur des parfums ou des produits cosmétiques.

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

Les critères de sélection quantitative sont souvent compris comme allant des plus stricts, comme l'existence d'un *numerus clausus* à des clauses comme des clauses de minima de chiffres d'affaires, des clauses de stock ou des formules beaucoup plus lâches comme les clauses fondées sur des facteurs locaux de commercialité, par exemple, un nombre de magasin déterminé par tranche de densité de population, souvent plus discuté, ne serait-ce que parce que le REC 330/2010 exige que les critères quantitatif soient définis

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

De même, la technique de sélection doit pouvoir être justifiée : l'appréciation de la valeur des éléments de sélection, sur la base d'une grille d'appréciation, usuelle utilisée. Dès lors que la sélection échoue, les motifs de cet échec doivent cependant être communiqués au distributeur ([35]), ce qui pose, alors, problème en cas de renouvellement d'agrément (cf. infra).

346 Restriction de concurrence. Ce type de contrat provoque, en lui-même un ensemble de restrictions de concurrence : l'exclusion des distributeurs non sélectionnés aboutit, en premier, le fournisseur à ne pas fournir les autres distributeurs, déclenchant autant de refus de vente ; il aboutit également à interdire aux distributeurs sélectionnés de vendre à des distributeurs sélectionnés.
Cette situation aboutit donc à un mécanisme d'exclusion de distributeurs, situation potentiellement anticoncurrentielle, et donc à un contrôle concurrentiel des contrats de distribution sélective, comme d'ailleurs des autres types de contrats opérants une sélection, quelle qu'elle soit. Ce contrôle peut s'envisager de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une manière uniforme pour tous les contrats emportant une restriction du nombre de distributeurs, sauf à différencier ensuite, à la marge donc, pour chaque contrat, l'appréciation concurrentielle qui pourrait être effectivement faite. Telle était, d'ailleurs, la position française pendant longtemps. Par exemple, la Cour de cassation avait considéré, à propos de la réorganisation d'un réseau de contrats de concession exclusive, qu'il convenait de reprendre les critères du contrat de distribution sélective pour censurer l'arrêt d'appel qui avait admit la rupture d'un contrat de concession : *« en se déterminant ainsi, par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par la Seita, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ([36]). Cette solution conduit à une sévérité accrue du contrôle si l'on admet que le contrôle des contrats de distribution sélective est lui-même sévère.
Une autre manière consiste au contraire à proposer une analyse

35 Cf. Cass. com. 23 févr. 1993, CCC 1993, n°89, obs. L. Vogel.
36 Cf. Cass. com. 25 janv. 2000, CCC 2000, n°65, obs. M. Malaurie-Vignal, Cah. dr. ent. 2000/4, p. 19, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Cass. com. 28 janvier 2005, n°04-15279, ;Paris 29 nov. 2007, CCC 2008, n°70, p. 24, obs. M. Malaurie-Vignal : « si la condition quantitative opposée par la société Cartier pour organiser son réseau de distribution n'est pas illicite en soi, il lui appartient de s électionner les distributeurs sur la base de critères définis objectivement fixés et appliqués sans discrimination à l'égard de tous les revendeurs potentiels ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

différenciée. C'est d'ailleurs la solution promue par les règles du droit communautaire de la concurrence qui assure, notamment depuis la « révolution concurrentielle » de 1999 et les « nouveaux » réglements d'exemption par catégorie, d'abord une définition de la formule de la distribution sélective, contrairement à la situation antérieure et d'autre part une appréciation différente selon que le sysème de distribution choisi est un système fondé sur une sélection quantitative ou une sélection qualitative. En effet, où la sélection qualitative suppose une technique de sélection principalement fondée sur des critères objectifs déduits de la nature du produit contractuel, elle suppose, dans le second cas, une sélection fondée sur la réduction du nombre des distributeurs.
Cette distinction se s'entend pourant pas d'évidence : la position traditionnelle française peut se justifier comme considérant qu'une logique de distribution quantitative *ajoute* à une sélection qui est par ailleurs qualitative. Dans le même temps, les formules contractuelles ne sont pas simplement des emboîtements mécaniques, un réseau de distribution exclusif n'est pas simplement l'ajout d'une sélection quantitative à une sélection qualitative. Si sélection qualitative il y a en effet dans les logique de distribution quantitative, elle ne se fonde pas sur les mêmes critères : ainsi les critères de sélection qualitative peuvent être beaucoup plus lâches voire moins objectifs. Dès lors, on peut admettre qu'une sélection quantitative suppose d'autres arguments de justification, voire aucun et qu'il se justifie en lui-même tandis qu'une sélection qualitative suppose l'appréciation des critères objectifs de sélection. Curieusement cependant, cette solution aboutit à une appréciation plus sévère que pour le jeu de la distribution sélective.
Face à cette incertitude, la Cour de cassation a posé, le 29 mars 2011 ([37]) une question préjudicielle pour que la Cour se prononce sur ce point : la tête d'un réseau de distribution exclusive peut-il se contenter de poser les critères de réduction du nombre des distributeurs ou doit-il, comme dans la solution de 2000, justifier des critères objectifs de sélection qu'il a posé ?

347 Pour ces raisons, le contrat de distribution sélective pose un problème de validité, de licéité plus exactement, du réseau et des critères de sélection posés (§ 1), puis d'efficacité (§ 2) que ce soit dans les relations inter partes ou avec les tiers.

§ 1. Validité du contrat de distribution sélective

348 **Critères de sélection**. La distribution sélective suppose qu'un

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

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

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

La nature de ces critères est très variée : il peut s'agir de critères fondés sur le fonds de commerce, exprimés par exemple en termes de surfaces minimales, ou bien, sur un ratio surface d'exposition/surface totale, sur le nombre ou la surface des vitrines, sur l'existence des caisses spécifiques. Il peut s'agir de critères fondés sur les conditions de commercialisation comme le nombre de personnes employées, leur qualification, l'existence de promotions organisées, de cadeaux, de démonstrations, tests, informations, conseils, essayages que les clients

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

peuvent réaliser, sur l'assurance d'un service après-vente ou bien encore sur l'assortiment de produits à vendre ou encore sur « l'environnement de marques » qui entourent les produits objets du contrat.

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

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

349 Contrôle de la sélection par les règles du droit des ententes. Le contrôle de cette sélection s'effectue par le droit des ententes attendu que les autorités de concurrence ont décidé de considérer que la sélection ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise mais s'inscrit dans des entrelacs de relations contractuelles, nées du réseau de s'insère par contre dans les relations contractuelles : le contrat se forme sur la base d'une demande formulée par le distributeur, qu'elle repose sur un demande formelle de conclusion d'un contrat de distribution sélective, ou moins formellement sur un bon de commande portant sur les objets réservés au réseau de distribution sélective, et d'une acceptation par le fournisseur, qui passe par un « agrément », exprès ou tacite, du distributeur lequel est alors, de manière réciproque, en situation d'acceptation des critères de sélection ([38]).

Or, caractérise une restriction de concurrence le fait d'insérer une clause, dans un contrat imposant de refuser de fournir des distributeurs non agréés (concurrence *« intrabrand »*), au sens de l'article 101§1 TFUE ([39]).

L'ensemble suppose cependant sur les règles dites « *de minimis »* ne soient pas visées, donc que la part de marché détenue par chacune des

38 CJCE, 25 oct. 1983, aff. 107/82, AEG c/ Commission : Rec. CJCE 1983, p. 3151.
39 Déc. Comm. CE, n° 92/33, 16 déc. 1991, *Yves Saint-Laurent Parfums*, JOCE18 Janvier 1992, p. 35

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, seuil réduit à 10% lorsqu'il est difficile de déterminer si le système repose sur des accords entre concurrents ou entre non concurrents, et 5% en présence d'un effet cumulatif de réseaux similaires, pour autant, enfin, qu'on n'identifie pas des restrictions caractérisées (ici : interdiction des ventes par un membre du réseau à un distributeur non agréé ou prix de revente minimum imposés). Par ailleurs, et même en l'absence d'effet anticoncurrentiel démontré, la Commission peut prendre un règlement de retrait d'exemption lorsque des accords qui réalisent un effet cumulatif de réseaux parallèles excèdent 50% du Marché (REC 330/2010, art.6).

En outre, les autorités communautaires de la concurrence considéraient, avant l'entrée en vigueur du Règlement n°2790/99, que les contrats de distribution sélective bénéficiaient de la « règle de raison » ([40]), distinguant alors les techniques de distribution qualitative et quantitative, cette dernière n'étant pas *a priori* conforme au droit de la concurrence. Cette méthode a fait l'objet de vives controverses en doctrine qui dénonçait l'illégalité de la règle de raison, en tant qu'imitation d'une technique jurisprudentielle américaine inadaptée au droit européen et au droit français ([41]) qui aboutissait à distinguer les critères de sélection valides par nature et les autres, aboutissant à diverses affaires posées comme de principe, dont les célèbres affaires *Yves Saint-Laurent Parfums* et *Givenchy* ([42]). La jurisprudence française, très rétive à cette distinction et à la condamnation systématique de la sélection quantitative a cependant retenu l'application de la règle de raison ([43]). D'ailleurs et malgré les règlements d'exemption en vigueur depuis 1999, la méthode de la règle de raison issue des jurisprudences *Métro* et *Parfums YSL* et *Givenchy* demeure pour parie inhérente à la pratique

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

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

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

43 Cass. com. 21 oct. 1997, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

décisionnelle récente ([44]).

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

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

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

Trois questions donc : des critères *nécessaires* et justifiés par la nature du produit (A) ; l'existence de *critères objectifs et qualitatifs et non discriminatoires* et l'identification d'une *proportionnalité* entre ces critères et l'objectif de commercialisation poursuivi ; enfin l'ensemble suppose une appréciation particulière (C).

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

350 Le premier critère repose sur une logique de bon sens : le meilleur est l'ennemi du bien. Pour qu'une technique élaborée de distribution dont

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

S'agissant des produits de luxe ([45]), leurs qualités particulières, par exemple de fabrication ou bien des matières utilisées, leur fragilité, leur complexité, l'ensemble englobant par exemple les chaussures de sport ([46]), les instruments de musique, les produits alimentaires périssables, comme le chocolat, les produits supposant une technique de conservation particulière comme de la bière ou des cigares, les vêtements, les parfums et produits cosmétiques ([47]), électroniques ou informatiques ([48]), etc. La liste est longue et évidemment non exhaustive : le seul critère utilisé par les lignes directrices est la corrélation nécessaire entre la technique de sélection et la nature du produit, à démontrer par la tête de réseau ([49]). Ainsi, des produits de céramique ont été considérés comme justifiant le recours à cette technique ([50]).

S'agissant des produits de luxe, la démonstration est souvent facilitée, encore que la notion de luxe et l'image qui l'accompagne soit éminemment subjective et en même temps construite. Certains produits

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

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

47 Déc. Comm. 16 déc. 1991, Yves Saint-Laurent, Contr. conc. consom. 1992, n°37, Déc. Comm. 24 juill. 1992, Givenchy, Contr. conc. consom. 1992, n°164, CJCE, 28 avr. 1998, Javico International c/ Yves Saint-Laurent, D. aff. 1998. 951 ; TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92, Yves Saint Laurent, et T-88/92, Givenchy, Rec. CJCE, II, p. 1851, CCC. 1997, no 1, obs. L. Vogel), les produits Hi-Fi (CJCE, 25 oct. 1977, Metro I, Rec. CJCE, p. 1875.

48 Déc. Comm. no 84/233/CEE, 18 avr. 1984, IBM-computer.

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

50 Déc. Comm. no 85/626/CEE, 16 déc. 1985, Villeroy et Bosch) ou bien la distribution des journaux (CJCE, 3 juill. 1985, aff. 243/83, Binon, Rec. CJCE, p. 2015), des jeans (Cass. com., 11 janv. 2005, no 02-10566, CCC 2005, n°89

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

sont luxueux par nature, en raison des qualités de fabrication, de l'originalité, de la rareté de la qualité des matériaux, etc. tandis que d'autres développent une image de marque qui dépend d'autres facteurs et notamment la mise en œuvre, par une campagne de publicité, d'une image de marque déterminée. Mais, là encore rien n'est automatique : il ne suffit d'invoquer le l'image de marque d'une marque de luxe pour justifier la distribution sélective de n'importe quel produit vendu sous cette marqué ; par exemple des produits dérivés ou accessoires comme des sous-vêtements, commercialisés sous une marque de luxe, dont le but est d'accroître cette image, ne sont pas nécessairement des produits de luxe éligible à la catégorie des produits susceptibles d'une sélection qualitative ([51]). Ainsi, distinguera-t-on les produits de luxe, de haute qualité, de qualité, mais également la nature des produits vendus sous les marques.

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

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

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

Or, la condition posée pour la validité (concurrentielle) d'un contrat de distribution sélective impose que les techniques de sélections pour être objectives, de nature strictement qualitative, uniformes et non discriminatoires ne doivent pas exclure, *a priori* une forme déterminée de commercialisation ([52]). Les lignes directrices de 2010 imposent ainsi :

En premier lieu, cette adaptation n'est pas monologique : ainsi, un réseau de distribution sélective peut être associé à un réseau de contrat de

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distribution exclusive. C'est même une situation très fréquente en pratique, validée par la jurisprudence communautaire et depuis par le REC n°330/2012 (art. 5§1, a) et art. 4)c) ([53]).

En second lieu, cette adaptation ne doit pas aboutir à une exigence qui, en fait, aboutirait à une discrimination. Ce pourrait être le cas, par exemple d'une exigence de spécialisation du distributeur ([54]). Cette question a très nettement été présentée dans des systèmes contractuels qui, directement ou indirectement excluaient des formes particulières de distribution, et notamment pour des produits cosmétiques ou des parfums qui réservaient la distribution de leurs produits à des **pharmaciens d'officine** (ce qui, indirectement, assurait en outre une sélection quantitative puisque ces pharmaciens sont limités en nombre) de manière à exclure la grande distribution, en expliquant dans l'exposé des critères que ce circuit de distribution était le seul à même de garantir les conseils nécessaires aux acheteurs.

L'exclusion en résultant à été considérée comme anticoncurrentielle, d'une part parce que rien dans la législation ne permet de justifier que des produits cosmétiques soient réservés aux pharmaciens d'officine ([55]), ce dont il résulte que, pour des produits qui ne sont pas des médicaments, comme des produits cosmétiques ou de parapharmacie, et donc ne présentent pas de conséquences pour la santé des consommateurs, ces produits doivent pouvoir être distribués par n'importe quel type de distribution et par des revendeurs quand bien même ils ne seraient pas titulaires d'un diplôme de pharmacie. Dès lors, l'exigence d'un employé, au moins qui soit titulaire d'un tel diplôme n'est pas une condition nécessaire de la distribution de ces produits ([56]).

Une telle exigence est alors redoutable, notamment au regard de la distribution en **grande surface** d'autant que la Cour de cassation a ainsi décidé qu'il était faux d'affirmer que *« la commercialisation des produits de luxe selon les techniques de la grande distribution fait perdre à ces produits leur renommée et le caractère luxueux que veut leur conférer le fabricant »* ([57]).

---

53 Cf., pour des jeans, vendus en dehors et dans un réseau de distribution sélective : Cass. com., 11 janv. 2005, no 02-10566.

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

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

56 Cf. Dés. Cons. conc. n°96-D-57 1er oct.1996.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

L'interdiction faite aux distributeurs de procéder à des ventes par correspondance est tout à la fois une limitation des potentialités commerciales des distributeurs et, peut-être, une exigence liée à la nature des produits vendus ou du mode de distribution. Ce peut être le cas de produits qui nécessitent des informations particulières ou des conseils, comme pour les produis de luxe ([58]) des produits cosmétiques voire de produits dangereux ; il est clair cependant qu'une telle interdiction, si elle était considérée comme justifiée, ne devrait pas être discriminatoire.

De manière plus générale, il apparaît clairement que l'interdiction contractuelle qui serait faite, par le fournisseur, au distributeur sélectionné de procéder à des ventes des produits objets de ce mode de distribution sur Internet serait considéré comme illicite ([59]).

La jurisprudence et la doctrine ([60]) sont, depuis quelques années pléthoriques. Il en résulte que le principe selon lequel le fournisseur réserverait la sélection aux seuls commerçants physiques et refuserait d'agréer un commerçant disposant d'un site de vente sur Internet ou un « *pure player* », un commerçant exclusivement présent sur l'Internet, serait à défaut de stipulations particulières (et valables) dans le contrat, illicite : durcissant la position posée par principe par les règles du droit de l'Union européenne, l'autorité de la concurrence considère en effet et ce d'une manière générale que la restriction à la vente en ligne est une restriction caractérisée en tant qu'elle fait obstacle aux ventes actives passives mais également considère que la possibilité de limiter la distribution en ligne à des distributeurs ne peut être admise que pour des circonstances exceptionnelles ([61]). Du point de vue de l'application des

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

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

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

61 Cf. *Lignes directrices, pt. 52.* Déc. Cons. conc., déc. no 06-D-28, 5 oct. 2006 *Distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma* Dés. cons. conc. n°07-D-07 8 mars 2007, *Distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*; Dés. Cons. conc. n°08-D-25 29 oct. 2008, *Distribution des produits cosmétiques et d'hygiène*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

règles du droit de la concurrence de l'Union européenne la CJUE considère que l'interdiction générale et absolue de vendre par Internet constitue une restriction de concurrence par l'objet à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée pour bénéficier d'une exemption individuelle ([62]).

Cela ne signifie pas que tout exercice de la liberté contractuelle est exclue ; en effet, le fournisseur peut imposer des restrictions à la vente sur Internet, pour autant que celles-ci sont considérées comme proportionnées à l'objectif visé et qu'elles soient comparables aux restrictions qui seraient apportées dans un point de vente physique ([63]). Par exemple, la clause qui interdirait de réaliser des prix d'appel, ou qui fixerait des normes de présentation des produits, etc. sont valables dès lors qu'elles sont posées de manière non discriminatoire (*Cf. Lignes directrices, pt. 54*). Il en résulte une contrainte considérable pour les fournisseurs qui doivent alors adapter les techniques de sélection à l'hypothèse de la vente des produits distribués sur Internet, s'agissant par exemple de la présentation du personnel, de la taille des vitrines, de l'ameublement, d'environnement de marques, etc. et ce de manière d'autant plus importante que les effets « territoriaux » n'ont rien à voir, entre la détermination de la zone de chalandise d'un point de vente physique, et la capacité d'attraction, *a priori* non déterminée par les logiques physiques ou territoriales, d'un site de vente électronique.

Dans une affaire connue, un fabricant avait posé une question préjudicielle à la CJUE ([64])pour obtenir des précisions sur le traitement de l'interdiction de la ente sur Internet et la Cour avait répondu ([65]) qu'une telle interdiction consistait bien en une restriction caractérisée si elle n'était pas justifiée par les qualités propres aux produits eux-mêmes et que l'image de prestige n'est pas, en tant que telle, une justification suffisante de l'exclusion de ce type de mode de commercialisation.

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

---

corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, RLDA 2009, n°1272, obs. P. Arhel, CCC 2208, n°271, obs. M. Malaurie-Vignal. Comp. cependant Déc. cons. conc. n°07-D-07, préc., qui admet le jeu d'une exemption individuelle si le fabricant démontre l'existence d'une contribution suffisante au progrès économique.

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

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

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

65 CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, JCP, éd. G, 2011, 1430, note D. Ferrier, CCC 2011, n° 257, obs. M. Malaurie-Vignal, n°263, obs; G. Decocq. Adde J.-L. Lesquins et L. Ferchiche, Exemptabilité de l'interdiction des ventes sur Internet : l'étau se resserre, RLDA 2011/65, no 3717.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Ainsi, est-il possible d'exclure l'utilisation de la vente sur Internet dès lors que la vente suppose une relation physique avec le consommateur, notamment pour des raisons de santé ([66]).

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

Ainsi, l'interdiction des « *pure players* » est *a priori* valable, en tant, en raisonnant à l'envers, que l'utilisation de l'Internet par un distributeur peut être subordonnée à l'exploitation d'un ou plusieurs points de vente physiques ([67]).

Par exemple l'utilisation, sur le site du distributeur, de liens hypertexte vers d'autres sites peut être contrôlé, de même que l'imposition d'une charte graphique particulière visant à préserver l'image des produits vendus, ou bien encore imposer un stock minimum de produits ([68]).

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

L'ensemble de ces critères repose sur l'idée qu'ils doivent correspondre à des exigences nécessaires, et non excessive, au regard des impératifs de distribution de ces produits. Par exemple, pour des produits parapharmaceutiques, le promoteur du réseau peut imposer un environnement favorable, un environnement qui ne nuise pas à l'image de marque des produits, mais point un espace clos ([69]). C'est le cas notamment de l'exigence selon laquelle des produits de luxe devraient être commercialisés selon des critères de standing, ce qui ne saurait être considéré comme interdisant la vente en grande surface ([70]), ce qui suppose un espace dédié à ces produits et une méthode de distribution conforme aux exigences du promoteur du réseau, voire d'une caisse spécifique.

De manière plus générale, le fournisseur peut exiger que l'aspect extérieur du magasin, c'est-à-dire la **vitrine**, soit conforme à certains

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

critères et propre à préserver l'image du produit. C'est ainsi que l'existence d'une vitrine extérieure est souvent exigée, exigence conforme dès lors qu'elle correspond effectivement à cette image des produits. Ainsi, l'existence d'une « vitrine virtuelle » est également exigée dans la vente sur Internet ([71]). Lorsque, en revanche, l'existence d'une vitrine intérieure, par exemple dans une galerie commerciale ou dans un centre commercial, joue le rôle d'une vitrine extérieure, les autorités de concurrence considèrent que l'exigence de vitrine extérieure n'est alors plus justifiée ([72]).

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

Plus complexe est la question de l'enseigne du point de vente, dans la mesure où le critère visant à permettre au fournisseur de vérifier que l'enseigne soit compatible avec le standing des produits ne doit pas aboutir à une exclusion a priori de certains commerçants et notamment des enseignes de la grande distribution ([73]). Il convient donc que la clause du contrat qui envisage cette restriction soit le plus objectif possible : la perception que les consommateurs peuvent s'en faire, via des enquêtes d'opinion par exemple.

Enfin les critères précisent également, le plus souvent l'ensemble des qualités attendues du distributeur et de son personnel. Ainsi, la sélection du distributeur peut dépendre de ses qualités professionnelles, pour autant qu'elles soient strictement nécessaires à la qualité de la distribution des produits. Il s'agit notamment des critères posés pour des produits de haute technicité, critères techniques alors, ou des produits de luxe, critères alors commerciaux. L'exigence consistant à imposer au personnel de suivre des stages de formation (payants) est également valable dans les mêmes conditions dès lors que l'ensemble correspond, toujours, aux normes de distribution des produits : le conseil à la clientèle, le service après-vente ou des réparations par exemple, en fonction des produits et de la technique de commercialisation. Les limites posées sont celles correspondant aux exigences nécessaires pour la bonne commercialisation des produits.

355 Objectivité de l'application des critères. Dans la mesure où les

71 Cf. Versailles, 2 déc. 1999, CCC 2000, n°431, obs. M. Malaurie-VIgnal, D. 2001, somm. p. 299, obs. D. Ferrier.
72 Déc. Cons. conc. 96-D-57, préc.
73 Cf. TPICE 12 déc. 1996, aff. T-19-92, *Leclerc*, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

356 Application uniforme et non discriminatoire. L'exigence de non discrimination suppose que les critères soient appréciés et appliqués de manière uniforme, et en toute hypothèse semblable pour l'ensemble des distributeurs. Cette exigence de similarité n'a pour conséquence que le fournisseur ne puisse disposer de critères de sélection différenciés pour ses produits, par exemple, dans le secteur de l'habillement, selon les gammes de ses produits ou selon leur degré de technicité ([74]). Par exemple, des critères distincts peuvent être posés pour la grande distribution et pour des magasins spécialisés ou encore pour les « stands » des grands magasins. En revanche, l'exigence de similarité se retrouve à 'intérieur de chaque critère.

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

Il en résulte alors qu'une application discriminatoire de ces critères, c'est-à-dire une application différenciées selon les distributeurs ne permet pas d'identifier une restriction de concurrence sanctionnable, du moins en l'absence de restriction caractérisée ([75]). Cette appréciation, strictement concurrentielle et donc fondée simplement sur des éléments d'analyse économique, suppose alors que l'on ne considère pas que la distribution sélective puisse se définir, *par nature*, comme un système fondé sur une application non discriminatoire de critères objectifs de sélection.

74 Cf. déc. Comm.CE n°89-94, 2 déc. 1988, *Charles Jourdan*, n°94-29, 21 déc. 1993, *Grundig*, CCC 1994, n°31, obs. L. Vogel.
75 Cf. Déc. Cons. conc. n°03-D53, 26 nov. 2003 et n°03-D-60, 17 déc. 2003.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

En revanche, au-delà de ces seuils, les exigences de non discrimination sont systématiquement poursuivies, par exemple s'agissant d'exigences qui aboutissent à écarter une forme déterminée de distribution (cf. supra), mais encore le fait d'imposer une condition nouvelle ou originale et non exigée d'autres distributeurs ([76]) ou une appréciation « laxiste » des critères pour certains distributeurs.

357 Application de critères quantitatifs. Si, en principe, les critères de sélection des distributeurs doivent reposer sur ces critères de nature *qualitative*, il n'en résulte pas, du fait d'une évolution déjà ancienne des règles nationales et communautaires, que des critères quantitatifs ne puisent être mis en œuvre par le fournisseur ([77]). Bien au contraire, la jurisprudence reconnaît le caractère licite des critères quantitatifs ([78]). En droit communautaire, la jurisprudence a d'abord admis que la présence de critères quantitatifs pouvait justifier une exemption individuelle ([79]) puis en admettant que le fournisseur puisse poser de tels critères quantitatifs sans limite, en deçà de la limite des 30% des REC ([80]).

Cette reconnaissance aboutit d'ailleurs, en droit (communautaire) de la concurrence à admettre que ces critères quantitatifs n'ont pas être objectifs : ils doivent simplement exister et être précisément définis ([81]).

La question préjudicielle posée à la CJUE dans l'affaire « Jaguar-Land Rover » avait d'ailleurs également pour objectif de préciser la portée de ces critères quantitatifs, en tant qu'ils sont indépendants ou associés à des critères qualitatifs, en ce sens qu'ils pouvaient être librement retenu par le promoteur du réseau, dont la réponse, donnée le 14 juin 2012 ([82]) se pose en faveur de cette liberté d'établissement des critères quantitatifs. En d'autres termes, la position communautaire doit l'emporter, un

76 Paris 22 nov. 1999, préc.

77 Cf. M. Chagny, Conditions de conclusion d'uncontrat de distribution sélective quantitative, JCP, éd. E, 2005, 47.

78 Y compis au temps où le refus de vent e était pénalement sanctionné : Cass. crim. 3 nov. 1982, Bull. crim. n°238.

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

80 Lignes directrices, pt. 185 et 186.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

système de distribution sélective, même quantitatif, ne suppose pas, pour sa validité que soient respectés les critères d'une sélection quantitative.

De même peut être considérée comme une clause aboutissant à une sélection qualitative, la clause de chiffre d'affaire ou encore la clause imposant la détention d'un stock minimum de produits ou d'assortiment de produits, licite pour autant qu'elle ne soit pas disproportionnée.

Plus complexe est la question de la répartition des points de vente en fonction de la densité de population, critère retenu par exemple, par les autorités administratives, pour l'établissement de pharmacies ou d'études notariales. Il convient en effet que cette technique de détermination des distributeurs soit suffisamment définies, par exemple l'information que, outre le respect des exigences qualitatives, le fournisseur autorisera un magasin par aire de population urbaine déterminée ([83]).

358 Proportionnalité entre les critères et l'objectif de commercialisation des produits. Enfin, outre l'exigence d'objectivité et d'absence de discrimination dans l'établissement des critères de sélection, les critères doivent reposer sur une logique de proportionnalité, en ce sens que les critères doivent être strictement nécessaires à une distribution des produits, selon leur nature ou la nature de la technique de commercialisation choisir par le fournisseur. Par exemple, serait disproportionnée, l'exigence que l'activité de vente des produits sous distribution sélective soit posée en terme d'objectif de chiffre d'affaires par rapport au reste de l'activité du distributeur. En revanche, la clause qui fixe un chiffre d'affaires minimum à réaliser, et qui est cohérente au regard de la taille du distributeur, ou bien qui correspond à un seuil de rentabilité au regard des investissements demandés, est licite ([84]).

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

C. – Appréciation des critères de sélection

Refus d'agrément : exigence de motivation. La sélection négative aboutit à un refus d'agrément et, ce faisant, à un refus de vente. S'il est clair que les critères de sélection sont de la responsabilité, seule, du fournisseur, l'exigence d'objectivité qui s'attache à l'appréciation, concurrentielle, des critères de sélection, suppose que le rejet de la candidature d'un distributeur soit motivé, sur la base des exigences

83 Cf. cass. com. 28 juin 2005, n°04-15279, Bull. civ. IV, no 139, RLDA 2005, no 86, no 5379, obs. S. Mear.
84 Cf. Paris, 15 sept. 1995, CCC 1995, n°202, obs. L. Vogel.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

objectives posées, sans bien entendu qu'une part de subjectivité puisse être totalement éradiquée. C'est précisément la raison pour laquelle la jurisprudence exige d'une part que les critères soit accessibles et soient disponibles, dans un contrat, un contrat de distribution sélective, ou dans des conditions générales de distribution ou de vente.

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

Cette liberté d'établissement des critères de sélection a en outre pour contrepartie l'obligation de motivation du refus d'agrément ([85]), concret et objectif, et correspondant aux critères posés. A l'inverse, il en résulte que le refus d'agrément, considéré comme non valable par exemple parce que discriminatoire, serait considéré comme invalide. La question se pose surtout pour les contrats à durée déterminée qui feraient l'objet d'un refus de renouvellement, hormis le cas d'une faute invoquée par le fournisseur ([86]), mais également de l'obligation, éventuellement sous astreinte, de procéder à l'agrément, cas rare d'exigence de poursuite ou de commencement d'une relation contractuelle ([87]). Il s'agit de l'une des questions les plus cruciale du droit des contrats, à savoir si l'exécution forcée d'un contrat, par exemple ici de distribution sélective, peut aboutit à une exécution forcée en nature, et donc imposer la conclusion du contrat ou bien forcer la perpétuation d'un tel contrat. Au-delà de la solution inverse retenue du point de vue des règles du droit des ententes, par exemple sur le fondement d'une injonction posée par l'autorité de la concurrence, la Cour de cassation retient la même solution depuis 2003 ([88]) : le distributeur qui respecte ces critères, s'ils sont licites, doit pouvoir bénéficier d'une exécution forcée en nature visant à la perpétuation du contrat ou être intégré au réseau ([89]). La seule façon de contraindre cette solution consiste alors à intégrer des critères quantitatifs visant à limiter le nombre de distributeurs et créer ainsi un *numerus clausus* dans le réseau.

85 Cass. com. 23 févr. 1993, CCC 1993, n°89, obs. L. Vogel.
86 Cass. com. 23 févr. 1993, préc.
87 Cf. Paris 22 nov. 1999, D. 2001, p. 300, note D. Ferrier, CCC 1999, n°179, obs. M. Malaurie-Vignal. Adde : R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby : Lamy Droit économique, 2003, n° 4540.
88 Cass. com. 14 janv. 2003, D. 2003, Somm. p. 2430, obs. D. Ferrier ; Cah. dr. entr., 2003, n° 3, p. 23, obs. J.-L. Respaud et 2003, n° 5, obs. D. Mainguy.
89 Cass. com. 21 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 271 ; D. 1998, somm. p. 340, obs. D. Ferrier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

§ 2. Efficacité du contrat de distribution sélective

A. Efficacité du contrat de distribution sélective entre les parties

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

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

D'une manière générale les contrats de distribution sélective sont des contrats d'adhésion, qui ne font l'objet d'aucune négociation ou d'une négociation limitée ([90]). Cela résulte tout à la fois de l'exigence posée en termes d'objectivité et de non discrimination des critères de sélection et de différence de puissance économique entre le fournisseur et le distributeur.

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

Le fournisseur doit alors, outre ses obligations assez banales de fournisseur : livrer, assurer une publicité, entretenir l'image de parque du réseau – assurer aux distributeurs qu'ils seront les seuls à pouvoir

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

effectivement distribuer ces produits, ce qu'on appelle parfois l'étanchéité du réseau et qui correspond aux relations que le réseau nourrit avec les tiers-revendeurs (*Cf. infra,* n°)

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

Ainsi, le fournisseur peut, et même doit, assurer un certain contrôle de la qualité de l'exécution du contrat, à travers la logique de *police du réseau*, avec la difficulté, pour lui, que ce contrôle ne devienne pas une immixtion dans les affaires du distributeur, notamment en cas de faillite de ce dernier. En outre, au regard des règles du droit de la concurrence, ce contrôle doit être proportionné au but recherché, à savoir assurer le respect des critères de sélection, de sorte que ce contrôle doit être approprié, et ne l'est pas, par exemple, à travers un contrôle continu de la comptabilité du distributeur. Ce droit de contrôle se mue en devoir à l'égard des autres distributeurs : le fait de ne pas sanctionné un distributeur sélectionné qui ne respecte pas ses obligations, et notamment qui viole son obligation de ne pas vendre à des distributeurs non sélectionnés, est en effet considéré comme une faute. Dès lors, les distributeurs sélectionnés peuvent engager la responsabilité du fournisseur, pour obtenir une injonction d'agir et mieux, peuvent agir eux-mêmes contre le distributeur indélicat ([91]), sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, eu égard au fait juridique que représente, pour eux, la violation du contrat conclu entre le fournisseur et le distributeur et auquel ils sont tiers.

Le **distributeur** doit également exécuter nombre d'obligations : les plus importantes aux yeux du fournisseur sont celles qui assurent l'étanchéité du réseau, l'obligation de ne pas vendre à d'autres que des consommateurs ou d'autres distributeurs sélectionnés. Dans la mesure où cette obligation est contrôlée par le mécanisme des restrictions caractérisées de l'article 4-d du REC n°330/2010 ([92]), via l'interdiction de l'interdiction des livraisons croisées, cette obligation est strictement appréciée. Ainsi, serait équivalente à une interdiction des livraisons croisée l'obligation d'insérer des étiquettes ou une mention sur facture indiquant « exportation interdite », de ne pouvoir livrer que les distributeurs d'une certain zone ([93]) ou encore de limiter le nombre de

91 Cf. Cass. com. 1er juill. 2003, D. 2003, Somm. P. 2427, obs. D. Ferrier.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

produits qui pourraient ainsi faire l'objet de telles livraisons croisées. En revanche, la question se pose des limites de cette exigence de transparence « intermarque » et par exemple de la stipulation selon laquelle le distributeur sélectionné ne pourrait effectuer de livraison à des distributeurs sélectionnés situés hors de l'Union européenne, que la Commission considère comme valable ([94]) sous la réserve de la démonstration d'un effet anticoncurrentiel dans l'Union européenne.

Il s'agit également de celles qui assurent l'efficacité du contrat : les obligations d'acquérir des produits nouveaux, de réaliser un chiffre minimum de vente, d'assurer une démonstration… Enfin s'ajoutent des obligations relatives à la revente : obligation de réaliser un nombre minimum de revente, obligation de chiffre d'affaires ([95]), avec la difficulté liée à l'identification d'une « quasi-exclusivité » ouvrant le champ de l'application de l'article 5-c du REC n°330/2010, obligation de service-après vente, obligation de conseil, obligation de démonstration, de réparation, etc.

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

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

Enfin, en vertu de l'article 5, a) du REC, l'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas à l'obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Plus complexe est la question des prix de revente minimum imposé. Si en effet, le revendeur doit pouvoir être libre de déterminer ses prix de revente, tant au regard du droit que du droit communautaire de la concurrence, il en résulte que, en principe, une obligation aboutissant, directement ou indirectement, à une telle imposition de prix serait une restriction caractérisée. Or, ce type de contrat incite très largement à de telles pratiques en raison des types de produits qui sont vendus, des

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

produits de luxe ou de haute technicité le plus souvent. Dès lors la fixation de prix de revente haut aboutit à assurer au distributeur une marge confortable, valide le positionnement marketing de ces produits et, indirectement, aboutit à limiter les reventes parallèles ou plus exactement à les débusquer dans la mesure où ils auront naturellement tendance à pratiquer des prix bas, ne serait-ce qu'en raison de la faiblesse de leurs coûts de structure, comparés à ceux d'un distributeur sélectionné. Pendant longtemps ces justifications ont semblé inacceptables jusqu'à un revirement de la jurisprudence américaine qui, en boomerang, a abouti à l'assouplissement de la considération des restrictions caractérisées dans le REC n°330/2010 qui permettrait d'obtenir une exemption individuelle, considération encouragée d'ailleurs par les lignes directrices (*Lignes directrices, pt. 225*), par exemple au moment du lancement d'un nouveau produit.

En revanche, rien n'interdit de pratiquer des prix maximum autorisés, de conseiller des prix, sous la réserve, absolue, du respect de la liberté des prix par le distributeur, ou encore de limiter les promotions, les rabais, les remises, les soldes, etc., du moins si le fournisseur peut démontrer que de telle pratiques seraient incompatibles avec le prestige des produits ([96]).

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

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

B. Efficacité du contrat de distribution sélective à l'égard des tiers.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

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

Dans cette situation, la jurisprudence décide que le fait d'acquérir et de revendre des marchandises dont la commercialisation est contractuellement réservée à certains distributeurs ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale (97)de sorte que le distributeur parallèle, le « *passager clandestin* », le « *free rider* » n'a pas à prouver que son approvisionnement est lui-même licite : il n'a pas, par exemple à prouver que son propre vendeur s'est approvisionné licitement (98), sauf hypothèse de fraude ([99]).

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

Toutefois, une telle déloyauté peut être envisagée sur la base de l'irrégularité de l'approvisionnement par le tiers revendeur, notamment sur le fondement de la tierce complicité, par le tiers revendeur, de la

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

violation contractuelle de ses obligations par le distributeur agréé (100). Le tiers peut alors être sanctionné sur le fondement de la théorie de la tierce complicité de la violation d'un contrat : le fait de s'approvisionner auprès d'un distributeur agréé engage sa responsabilité car il a participé à la violation, par ce dernier, de ses obligations.

D'ailleurs un texte particulier, l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce considère qu'est une faute le fait de « participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence », rendant donc illégale la tierce complicité de la violation d'un contrat de distribution sélective.

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

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

L'une des techniques utilisées par les fournisseurs prudents consiste à marquer les produits pour identifier les destinataires, réguliers, des produits ([101]). Dès lors le fait de retrouver de tels produits chez un tiers suffit à établir l'irrégularité de l'approvisionnement, sur la base d'une telle présomption de faute. En outre, le fait d'ôter ces marques ou bien de les recouvrir, d'altérer les codes ou les marquages et également considéré comme un acte de concurrence déloyale ([102]).

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

100 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, D. 1992.505, note A. Bénabent ; adde : G. Bonet et J.-M. Mousseron, Donner et retenir ne vaut II, JCP, éd. E, nº sp. Cah. dr. entr. 1993/1, p. 23.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de produits de parfumerie de luxe : « *L'achat de marchandises dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le refus de justifier leur provenance constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale* » (103). Le mensonge ou la rétention d'information constitue, alors un aveu de l'irrégularité de l'approvisionnement, qui ne peut être combattu qu'en démontrant que l'approvisionnement a été régulier, dans la mesure où le principe demeure : l'acquisition ou la revente de produits réservés à un réseau de distribution n'est pas, en soi, un acte de concurrence déloyale. Une telle hypothèse révèle, alors, la mauvaise organisation contractuelle du réseau ou la présence de « fuites », éventuellement organisées par le fournisseur lui-même.

Plus délicate est la voie empruntée, un temps, dans le domaine du droit des marques ou de la publicité trompeuse. Le distributeur parallèle peut en effet encourir des sanctions pénales pour publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, notamment lorsque le distributeur parallèle commercialise le bien alors qu'une mention sur le conditionnement précise que sa distribution est réservée à des distributeurs agréés de sorte qu'il laisse entendre qu'il est lui-même un distributeur agréé ([104]). Aucune automaticité toutefois : le fait que le distributeur parallèle ne se prétende pas distributeur sélectionné exclut cette incrimination, pour autant d'ailleurs que la mention l'engage ([105]).

Le distributeur parallèle pourrait également encourir les peines prévues par le délit d'usage illicite de la marque d'autrui sans son consentement (CPI, art. L. 716-9), c'est-à-dire d'un dérivé du délit de contrefaçon de marque, utilisé comme tel ou comme acte de concurrence déloyale ([106]). Pourtant, ici encore, l'action n'est pas certaine : le délit n'est pas constitué si le distributeur hors réseau utilise la marque dans une logique transfrontière. En droit de la propriété industrielle, en effet, la notion d'importation parallèle est très voisine, elle vise le fait, pour un opérateur, d'introduire des produits objets d'un droit de propriété intellectuelle sur le territoire d'un Etat alors qu'une autre personne est

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

chargée d'assurer la commercialisation de ces produits sur cet Etat. La théorie communautaire ([107]) de l'épuisement des droits de marque ([108]) (en matière de marque : CPI, art. L. 713-4) issue de l'interprétation des articles 34 et suivants TFUE, le second limitant, en matière de droits de propriété industrielle, le principe de libre circulation des marchandises promis par le premier, assure une limite importante à l'efficacité d'une action en contrefaçon. Le droit d'interdire une utilisation non autorisée, c'est-à-dire, d'agir en contrefaçon, « s'épuise » par la mise dans le commerce du produit si celle-ci est licite. Le mécanisme interdit cette poursuite ([109]) mais en raison des conditions de la distribution de produits marqués, par lesquelles le distributeur se présente sous une marque donnée ([110]). La jurisprudence avait proposé des solutions divergentes sous l'empire des règles prévalant en droit des marques avant la loi de 1991. Or, depuis 1991 elle distingue l'usage d'une marque authentique et l'usage d'une marque reproduite, de sorte que l'usage de marque illicite peut vraisemblablement être reproché à celui qui commercialise des produits marqués en violation d'un réseau de distribution, sous réserve cependant de l'application de la théorie de l'épuisement du droit de marque : *« le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la CEE sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement »* ([111]), ce qui suppose donc une mise dans le commerce par

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

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

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

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

111 Et cf. CJCE, 20 mars 1997, aff. C. 352/95, (*Phyteron International BV c/ Bourdon*), Rec. I, p. 1740, CJCE, 16 juill. 1998, *Silhouette*, aff. C-355/96, Rec., I, p. 4799, PIBD 1998, 662, III, 483, D. aff. 1998, p. 1592. Le consentement doit alors s'observer pour chaque produit, et non pour une catégorie de produits : CJCE, 1er juill. 1999, *Sebago*, Rec. CJCE, I, 4103. Le consentement peut par ailleurs être tacite, en ce sens qu'il na pas besoin d'être expressément exprimé mais s'il résulte des circonstances que l'importateur

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

le titulaire de la marque ou avec son consentement. L'hypothèse de l'évanouissement de produits après leur mise en circulation et leur acquisition, leur importation ou leur revente par un distributeur non autorisé ne constitue donc évidemment pas un usage illicite de la marque. Tout autre est alors l'hypothèse où ces conditions ne sont pas rassemblées, par exemple en cas de vente dans des conditions incompatibles avec l'image du produit ([112]).

Pour conclure sur ce point, les règles en la matière tolèrent largement le distributeur parallèle ([113]) mais sanctionnent les hypothèses dans lesquelles celui-ci participe à la violation des engagements pris par les distributeurs sélectionnés ([114]), sur le fondement de la tierce-complicité d'un contrat, hypothèse aujourd'hui consacrée en droit commun des contrats et appliquée au cas particulier des contrats de distribution ([115]), solution confortée par l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce. L'action en concurrence déloyale est alors en ces hypothèses une action en tierce complicité d'un membre du réseau qui méconnaît ses obligations contractuelles. Il est alors important dans un éventuel contentieux de caractériser un tel manquement.

Section 3. – Le contrat de concession exclusive

360 Définition du contrat de concession. Exclusivité réciproque. Le contrat de concession commerciale, appelé aussi concession exclusive,

parallèle doit d'ailleurs établir : CJCE, 20 nov. 2001, aff. C. 414 à 416 (*Zino Davidoff et Levi Strauss*), Rec. I, 8691. Le consentement doit en outre être certain : CJCE 8 avr. 2003, *Van Dongen*, Rec. I, 3051 ; Cass. com. 15 mai 1990 (*Prince*), PIBD 1990, 489, III, 679 ; Cass. com. 26 janv. 1999, D. aff. 1999, p. 343. V. aussi Cass. com. 9 févr. 1999, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 16, p. 16 (acquisition d'un stock de mauvaise foi en sachant que le vendeur s'était engagé à restituer en fin de contrat). Adde : Ch. Vilmart, Parfums de luxe et grands whiskies, les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles, JCP 1998, éd. E, p. 1821

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

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

114 Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, préc. Cass. com. 25 avr. 2001, Contrats, conc. consom. 2001, n° 108, obs. L. Leveneur, à propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location; Cass. com. 19 oct. 1999, CCC 2000, no 6, obs. M. Malaurie-Vignal; Cass. com. 10 févr. 1998, CCC, 1998, no 61, obs. L. Leveneur.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

est un contrat-cadre par lequel le titulaire de signes distinctifs, appelé concédant, s'engage à fournir exclusivement sur un territoire déterminé son cocontractant, appelé concessionnaire, lequel, en retour, s'approvisionnera exclusivement chez le concédant avec pour objectif de revendre ces produits dans le territoire concédé ([116]). Ce type de contrat est très utilisé dans la distribution des automobiles en premier lieu mais aussi des motos, du matériel agricole.

Le terme « concession » est emprunté au vocabulaire juridique du droit public : le fabricant « concède » au revendeur le droit de revendre ses produits sous sa marque. Concession commerciale, concession de vente, peu importe la formule, elle fait appel à la question de l'inégalité économique entre les parties. L'expression était d'ailleurs si utilisée qu'on faisait, un temps, la distinction entre la concession exclusive, qui nous occupe ici, et la concession « libre » correspondant à la formule de le distribution sélective ou agréé ([117]).

Le contrat était antérieurement désigné comme contrat de « vente à monopole », en ce sens que le revendeur bénéficiait, sur un territoire déterminé, du monopole de la revente des produits du fabricant ([118]).

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

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

Le contrat de concession est d'abord un *contrat-cadre* de sorte qu'il encadre les conditions de la conclusion de multiples contrats de vente entre les parties.

Il est également un contrat empreint d'une *exclusivité réciproque* s'imposant tant du côté du fournisseur sous la forme d'une exclusivité de fourniture territoriale assurant un monopole de revente au distributeur, que du côté du distributeur, sous la forme d'une exclusivité d'approvisionnement ([119]). Le concédant accorde au concessionnaire le

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

droit de revendre ses produits sur un territoire déterminé. Le concessionnaire s'engage à s'approvisionner chez le concédant, tout en acceptant de se soumettre à de nombreux contrôles et devoirs. Le contrat comporte une licence de marque et un prêt d'enseigne ; il porte sur des produits, la vente de produits.

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

Quand bien même le contrat de concession exclusive serait un contrat de « dépendance économique », il demeure inscrit dans la catégorie des contrats de collaboration, ici de spécialisation. En effet, les intérêts, éventuellement antagonistes, des parties, sont partagés le temps de l'exécution de ces contrats : la création d'une clientèle, sa fidélisation, son exploitation, qui est finalement l'objectif de la relation contractuelle ([120]).

Ce contrat est ignoré par le législateur, contrairement à certains droits étrangers, rares il est vrai, notamment en Belgique et aux États-Unis. De nombreuses propositions ont été déposées au Parlement pour doter les concessionnaires d'un statut juridique sans qu'aucune n'ait jamais abouti ([121]). La doctrine ne s'empresse d'ailleurs pas de proposer une telle réglementation, d'abord par crainte que l'intervention législative ne crée un nouveau statut particulier qui s'ajoute aux nombreux autres mais aussi parce qu'elle estime que la protection qu'apporterait un texte spécial serait probablement un leurre dans la mesure où il suffirait aux concédants de recourir à une forme de contrat innomé et probablement inédite, voire pourraient assumer eux-mêmes la distribution de leurs produits ([122]). Enfin, le droit actuel assurerait une protection suffisante et une telle réglementation devrait sans doute être réalisée au niveau européen.

361 Utilité du contrat de concession. Le recours des contrats de

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distribution exclusive se retrouve essentiellement pour des produits de marque, de luxe ou de haute technicité, exactement comme pour le recours à la formule de la distribution sélective.

Le fabricant recourt à cette formule pour les même raison d'ailleurs, afin d'identifier des distributeurs aptes à donner des conseils aux consommateurs, à installer les produits, à assurer des démonstrations, un service après-vente, etc, de telle manière que la spécialisation des activités, fabrication d'une part, et de distribution d'autre part, soit parfaitement réalisée : le fabricant se charge de la production, de la fabrication, du chois des produits, de la sélection des revendeurs et de la police du réseau. La différence avec la formule de la distribution sélective repose sur le fait que le revendeur dispose d'une zone géographique définie, large, et exclusive, dans laquelle il peut concentrer ses efforts pour assurer les conditions optimales de la revente des produits. En effet, le distributeur est ici protégé contre la désignation de voisins membres du réseau, et concurrents, il bénéficie d'un approvisionnement sûr et garanti, de sorte que les investissements qu'il est conduit à réaliser, souvent du fait de la conclusion du contrat. Le consommateur, de son côté, est certain de pouvoir bénéficier d'un distributeur disposant des produits du fabricant, d'un distributeur spécialiste de ces produits, de leur vente et de leur service après-vente qui lui est associé.

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

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

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

§ 1. – La validité du contrat de distribution exclusive

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

A. Validité du point de vue des pratiques restrictives de concurrence

363 Les pratiques restrictives de concurrence sont le vestige des règles qui assuraient la police de l'économie, envisagées indépendamment des incidences sur la concurrence de ces pratiques, de l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques. Adoptées depuis l'ordonnance de 1945, elles avaient, et ont toujours, vocation à régler des situations de distribution particulières, comme l'interdiction du refus de vente, qui empêchait les entreprises de la distribution par regroupement d'accéder aux tarifs de gros des fabricants ou des prix imposés de revente, qui créaient à un obstacle, dans les formules de distribution sélective et exclusive, à la liberté de fixation des prix de revente.

364 **Interdiction des prix imposés de revente.** Le concessionnaire, en tant que commerçant indépendant, doit pouvoir être en mesure, en toute liberté, de déterminer le prix de revente de ses produits, c'est-à-dire de s'attribuer la marge bénéficiaire qu'il souhaite. En pratique, cette liberté est purement formelle et « juridique », soit parce qu'il est possible, en amont, que le fabricant cherche à confisquer cette marge, en l'empêchant de *« pratiquer des prix concurrentiels »* ([123]). D'autre part, si les prix imposés sont interdits, les prix conseillés restent licites.

Ainsi, l'article L. 442-5 du Code de commerce incrimine le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service, ou à une marge commerciale. Le texte, à la différence du refus de vente ou des discriminations contractuelles, n'a ni été dépénalisé en 1986 ni supprimé, à la faveur des lois récentes (1996 et 2008). La sanction pénale demeure, ainsi que la sanction civile, via la nullité du contrat, qui est associée au caractère d'ordre public de cette disposition ([124]).

La pratique de prix imposé est en outre sanctionnée indépendamment de la manière dont il peut l'être lorsqu'il constitue une pratique anticoncurrentielle (TFUE, art. 101 §1, C. com., art. L. 420-1) ([125]).

Les contrats de concession sont passés entre des commerçants juridiquement indépendants qui se trouvent à de niveaux économiques

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

différents. Dans ces relations verticales, il n'est pas possible de les priver de la possibilité de déterminer librement le prix de vente à leur clientèle ([126]).

En pratique, les clauses imposant un prix sont relativement rares en la matière ([127]) de sorte que ce sont essentiellement des formes dérivées d' « imposition » de prix qui sont observées, des prix minimum conseillés de revente ou des prix maximum de revente, valables pour autant qu'elles ne conduisent pas à un prix minimum dans la mesure où de tels prix permettent d'assurer l'homogénéité du réseau ([128]) ou d'autres formes de clauses voisines. Ainsi, les « clauses de prix plancher » sont prohibées ([129]), les clauses de « fourchette de prix » ([130]) et toutes les clauses qui aboutissent, de près ou de loin à un résultat voisin ([131]). Les prix de revente peuvent en outre être conseillés : le fait pour un concédant de recommander des prix n'est pas sanctionné comme une restriction de concurrence ([132]). Le concédant peut adresser des listes

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

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

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

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

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

131 Prix de revente minimum fixé par l'intermédiaire des accords de coopération commerciale : Déc. Cons. conc. n° 03-D-45, 25 sept. 2003, Secteur des calculatrices,CCC 2004, n°7, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2004, 70, p. 83, note P. Arhel ; JCP E 2004, Cah. dr. entr. 2004, n° 3, p. 38, obs. D. Mainguy (en appel) Paris, 20 nov. 2007, CCC, 2008, n° 20, obs. M. Malaurie-Vignal. Refus de livrer : Cass. crim., 31 oct. 2000, JCP E 2001, Cah. dr. entr. 2001, n° 4, p. 28, obs. D. Mainguy ; CCC 2001, n°73, obs. M. Malaurie-Vignal). Résiliation du contrat de distribution ou injonctions de se conformer à une politique de prix uniforme (Paris, 13 déc. 2001, LPA 22 janv. 2002, n° 16, p. 23 obs. P. Arhel, Déc. Cons. conc., n° 00-D-85, 20 mars 2001, LPA 22 janv. 2002, n° 16, p. 21, obs. P. Arhel). Ristournes ou remises définies de manière non objective (Cass. crim., 30 nov. 1992, n° 91-83.707, Bull. crim. 1992, n° 396, Cass. crim., 12 oct. 1993, RJDA 1994, n° 57, Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-16.485, CCC 2008, n°163, obs. M. Malaurie-Vignal.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

de prix indicatifs ([133]) ou bien interdire des promotions ou des pratiques de discount permanentes pour autant que sa liberté de fixer les prix soit présente et réelle ([134]).

D'une manière générale, une imposition indirecte de prix, ou des prix conseillés, sont sanctionnés dès lors que la pratique ou la clause aboutit à donner un caractère obligatoire aux prix conseillés ([135]).

En revanche, cette interdiction des prix imposés de revente n'est as unanimement admise en doctrine. Ainsi, certains considèrent que des prix minima devraient pouvoir être fixés dans certaines hypothèses, par exemple pour assurer le lancement et la promotion de nouveaux produits dont le positionnement, en termes de prix, doit faire l'objet d'une information particulière pour le consommateur, alors que le distributeur doit ou bien réaliser des investissements spécifiques ou bien concentrer une partie de ses efforts à ce lancement. Ce peut être également le cas afin d'éviter des pratiques de parasitisme ou bien des situations de « double marge » ([136]). En outre, le changement d'appréciation de la jurisprudence américaine fondée sur une analyse de la règle de raison a conduit à ne plus apprécier les pratiques de prix imposés comme une interdiction *per se* ([137]) a conduit le changement d'analyse du REC n°330/2010. Enfin, la doctrine s'interroge sur la pertinence du maintien du caractère pénal du texte ou de son caractère général, eu égard à la rareté des sanction pénales en la matière, et ce faisant de la pertinence, d'une manière générale, du domaine des pratiques restrictives de concurrence ([138]).

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

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

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

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

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

137US Supreme Court du 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products. Inc. Vs PSKS Inc.*., 75USLW 4643 (n°06-480) 2007 WL 2335892, JCP, éd. E, 2008, 1676, obs. D. Mainguy.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

partenaires qui se présentent de manière identique ou également deux partenaires qui se présentent de manière différente..

B. Validité du point de vue des pratiques anticoncurrentielles

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

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

Les clauses ou pratiques en question sont envisagées de manière plus large que pour l'application de l'article L. 442-5 du Code de commerce. Ainsi, la pratique des prix conseillés est par principe interdite et sanctionnée dès lors que cette pratique participe d'une entente, elle-même supposant l'existence d'un consentement réel, question qui pose difficulté depuis l'affaire *Volkswagen* ([139]) dans la mesure où la seule application, par le distributeur, de « l'ordre » donné par le fournisseur, n'est pas caractéristique d'un accord. C'est ainsi que, en application de cette nouvelle considération, les autorités nationales ont considéré que l'octroi de rabais en période de lancement d'un nouveau véhicule n'était pas caractéristique d'une entente, faute de preuve de l'adhésion des concessionnaires à ce système de fixation des prix ([140]). L'autorité nationale de concurrence développe un « test » en trois temps afin de vérifier l'existence d'un tel consentement à travers une série d'indices qui passent par l'existence de prix de vente publics ou des taux de remise évoquées par le fournisseur, l'existence de dispositifs de police es prix et l'observation de l'application systématique des prix conseillés par les distributeurs ([141]). L'un, seul, des trois éléments ne suffit pas, par exemple l'existence de prix publics, des coefficients multiplicateurs ou des taux de remise ou encore des conseils de calculs des prix, il convient d'ajouter l'existence d'une technique de pression ou de sanction de leur non respect et de l'effectivité de leur application, un taux d'application à au moins 80% étant pour l'ADLC, une présomption d'application

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

significative. La difficulté tient au fait que ces éléments du test sont séparables : ainsi il suffirait que quelques uns seulement des distributeurs aient subi une pression pour que la situation dégénère en entente.

Il en est de même de la clause d'interdiction des livraisons croisées dites « rétrocessions » à l'intérieur du réseau, notamment en présence d'une obligation d'approvisionnement exclusif : l'interdiction crée ainsi une situation d'exclusivité territoriale absolue ([142]).

Il en est enfin de l'interdiction des ventes passives, consistant à interdire au distributeur de satisfaire les demandes faites par des consommateurs provenant de territoires autres que celui du distributeur. Il en résulte que le distributeur doit pouvoir vendre ses produits ou de fournir ses services à l'endroit ou à la personne qu'il souhaite ([143]). La restriction peut reposer sur le fait que l'accord de distribution traite les ventes à l'exportation d'une manière moins favorable que les ventes nationales ou bien dans le fait qu'il restreint les importations parallèles des produits ([144]) ou encore dans le fait de ne pas livrer correctement certains produits. En revanche, la sanction de cette limitation est plus difficile lorsque le concédant des commissions pour les ventes réalisées par le distributeur hors de son territoire. Elles doivent être destinées à dédommager le distributeur territorialement compétent qui assurera le service-après vente. Pour échapper à son interdiction, la clause doit comporter un montant forfaitaire, couvrant uniquement les coûts réels du service après-vente, et ne concerner que le seul utilisateur final ([145]). En outre, lorsqu'un contrat de distribution cumule à la fois les caractères de la distribution sélective et de la distribution exclusive, le fournisseur peut interdire les ventes actives des distributeurs sélectifs vers les territoires des distributeurs purement exclusifs ([146]). Enfin le concédant peut accorder des aides commerciales sur des critères objectifs lorsqu'ils ont exclusivement pour objet ou pour effet de venir en aide aux concessionnaires dont l'activité était affectée par des importations parallèles notamment si elles résultent des écarts de prix entre les États

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

membres et les fluctuations des monnaies européennes ([147]).

Section 2. – Efficacité du contrat de distribution exclusive

367 Formation du contrat de distribution exclusive. On retrouve ici, toutes les exigences générales des contrats et particulières des contrats de distribution. C'est le cas notamment de l'application de la loi Doubin (C. com., art. L. 330-3), ou des questions relatives à la limitation de la durée de l'engagement d'exclusivité (C. com., art. L. 330-1). Il va de soi que le contrat est consensuel et que s'il est en général écrit, il pourrait être purement verbal ([148]) et on pourrait se demander si les exigences de l'article L. 441-7 du Code de commerce qui impose une convention écrite établissant le contenu des obligations auxquelles le fournisseur et le distributeur se sont engagés, mais aussi parce que l'article L. 330-3 du Code de commerce impose que le fournisseur remette au candidat distributeur les éléments essentiels du contrat afin qu'il puisse s'engager en connaissance de cause.

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

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

368 Contenu des contrats de distribution exclusive. L'obligation essentielle du concédant est celle de fournir, le livrer les produits contractuels au concessionnaire ([149]) : c'est d'ailleurs, à propos de ces contrats, ce caractère qui a justifié la qualification du contrat de concession soit en un contrat de vente de choses futures, soit d'une promesse de vente, avant finalement et notamment du fait de l'influence des « qualifications » européennes, le choix d'une qualification propre, « typée », ne soit finalement retenue. Il en résulte que le concessionnaire doit pouvoir obtenir l'exécution forcée, en nature, des produits contractuels commandés et que le concédant refuserait de livrer.

En outre, cette obligation se conjugue avec le respect de l'obligation d'exclusivité territoriale qu'il a consentie. Celle-ci participe même de l'essence du contrat de concession, sans laquelle il ne s'agirait pas à

147 Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-19.092, CCC 2006, n° 107, obs. M. Malaurie-Vignal.
148 Cass. com., 5 déc. 1984, n° 83-14.273, Bull. civ. 1984, IV, n° 332.
149 Cf. Paris, 27 mai 1980, D. 1981, p. 314, note Ph. Le Tourneau.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

proprement parler d'un contrat de concession, mais d'un simple contrat d'agréation ([150]). Par conséquent, l'existence d'une telle obligation d'exclusivité est déterminante de ce contrat ([151]), elle doit être strictement précisée. A défaut, une requalification, voire la nullité du contrat pourrait s'imposer ([152]).

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

La violation de l'obligation d'exclusivité, volontaire ou non, est une inexécution contractuelle emportant la rupture immédiate du contrat et la condamnation, éventuelle, à des dommages et intérêts ([153]). Ce peut être la violation, directe, de l'exclusivité territoriale par désignation d'un concessionnaire sur la zone, mais également par le fait de favoriser un membre du réseau par rapport aux autres ([154]). L'obligation de respecter la zone territoriale du concessionnaire interdit au concédant de restreindre unilatéralement le secteur géographique du concessionnaire, à moins que cette possibilité soit prévue dans le contrat. En pratique, il s'agit de la clause assurant la faculté de diviser le territoire afin de réorganiser le réseau et notamment les territoires concédés, selon des critères déterminés, souvent associée à une promesse de réservation de ce nouveau territoire au concessionnaire.

En matière de distribution automobile, une disposition du REC

150 Cf. D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit. n°635.
151 Paris, 24 sept. 1990, D. 1990, p. 224 ; Paris, 19 sept. 1994, RJDA 1995, n°268.
152 Cf. Cass. com. 9 mars 1970, Bull. Civ. IV, n°84.
153Cass. com., 9 avr. 2002, n° 99-15.532, CCC 2003, n° 9, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP E 2003, CDE 2003, n° 3, p. 21, obs. D. Mainguy (désignation d'un nouveau concessionnaire dans la même zone d'exclusivité), Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919, RDC 2005, p. 288, note Ph. Stoffel-Munck.
154 Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-22.469, RJDA 1998, n°1435 ; Cass. com., 19 déc. 1989, Bull. civ. 1989, IV, n° 327 ; RTD civ. 1990, p. 649, obs. J. Mestre ; Cass. com., 23 juin 2004, n° 99-19.932 (autorisation de vente d'un concessionnaire belge à un salon de Paris).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

n°1400/200 (art. 3, 5 b, ii) a créé un contentieux important : il prévoyait que le concédant pouvant résilier le contrat en respectant un préavis raccourci d'un an (au lieu de deux) *« en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau »* (Comm. UE, règl. n° 1400/2002, art. 3, 5, b, ii) ([155]).

369 Conséquences de l'exclusivité. Le concédant doit alors fournir des produits conformes à ceux faisant l'objet du contrat, en quantité et en qualité et doit toutes les obligations que supporte un vendeur : le contrat de concession comme tous les contrats de distribution de marchandises a pour objectif la vente pour la revente de celles-ci par le distributeur. Il doit aussi procéder à une assistance du concessionnaire, assistance technique, commerciale et éventuellement financière, mais qui se limite simplement à la transmission de conseils techniques, et non stratégique, comme des conseils sur la continuation du contrat ou sa rupture voire son dépôt de bilan ([156]). Celle-ci passe notamment par une *« garantie de réseau »* qui fait qu'un client peut s'adresser à son propre vendeur ou bien à un concessionnaire quelconque ([157]) technique contractuelle qui dépasse l'exigence de garantie des vices cachés, qui s'impose en toute hypothèse ([158]) l'ensemble se prêtant à une application presque idéale des actions directes dans les chaînes de ventes ([159]). Ces garanties de réseau sont d'ailleurs souvent complétées par des services plus larges (Lignes directes, numéro vert, assistance en ligne, dépannage, entretien, assurance, financement). Ces services généralisés promus par le concédant sont en outre un élément de cohésion du réseau, à fois entre le concédant et le concessionnaire, entre les concessionnaires, et à l'égard de la clientèle, de sorte que le refus par le concessionnaire d'assurer ces services au consommateur est considéré comme une justification de la résiliation du contrat ([160]). L'intérêt des « garanties de réseau » repose sur le fait qu'un consommateur peut obtenir les services et la garantie auprès de quelque concessionnaire que ce soit. Le concessionnaire dispose alors d'une créance contre le concédant. Le problème se pose d'ailleurs de la difficulté de savoir si une telle garantie est due alors que le

155 Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-17.011, CCC 2007, n°148, obs. M. Malaurie-Vignal, JCP G 2007, I, 195, n° 19, obs. M. Chagny, Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-17.748, *General Motors France,* CCC 2008, n°69, note N. Mathey.
156 , Cass. civ. 3ème 17 mai 2005, n° 04-12.176, CCC 2005, n° 169, obs. M. Malaurie-Vignal (à propos d'un contrat de franchise).
157 Cf. Cass. com. 13 janv. 1998, PIBD 1998, III, 286, Com. 10 févr. 1998, Bull. IV, n°65 ; Cass. com. 19 oct. 1999, D. 2000. 341, note L. Mauger-Vielpeau.
158Cass. 1re civ., 12 juill. 2007, n° 05-10.435, Resp. civ. assur. 2007, comm. 326, Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255 CCC 2010, n°122, obs. M. Malaurie-Vignal.
159Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255, préc.
160Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-20.255, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

consommateur s'est approvisionné auprès d'un concessionnaire non membre du réseau ; la jurisprudence semble considérer que la garantie n'est pas due ([161]).

En outre, le contrat assure, au moins, l'autorisation d'utiliser les signes distinctifs du réseau, la marque, l'enseigne ainsi que tous les éléments assurant la promotion de la marque ou des produits. Une telle autorisation s'analyse comme une simple « mise à disposition » et non comme une « licence » de marque, qui assurerait au licencié le droit d'apposer la marque lui-même. Il en résulte alors que la marque ou l'enseigne ne sauraient être cédées sans emporter une conséquence sur le contrat qui pourrait être considéré comme caduc ou résilié ([162]).

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

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

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

La question se pose cependant, comme dans ces contrats, mais souvent avec plus d'acuité en raison de la réciprocité de l'exclusivité et de l'importance économique de ces contrats, de l'intensité de l'obligation de s'approvisionner et notamment du respect des quotas, minimas ou objectifs imposés contractuellement. La jurisprudence admet en général que les objectifs assignés valident la qualification de l'engagement d'approvisionnement exclusif en un engagement d'achat qui analysé comme une obligation de moyens sans que la jurisprudence soit toutefois catégorique à cet effet ([163]) à moins que le contrat n'ait précisé au contraire que l'exécution de l'obligation d'objectifs soit un résultat à

161Cass. com., 7 oct. 1997, n° 96-10.495, D. 1998, p. 206, note M. Malaurie-Vignal, Cass. com., 13 janv. 1998, n° 96-10.780, CCC 1998, n°61, obs. L. Vogel.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

atteindre ([164]).

En outre, la question de la validité concurrentielle des clauses de rendement peut se poser, notamment lorsque les seuils de 30% du REC n°330-2010 sont dépassés et que l'exemption automatique du contrat n'est plus acquise. Ainsi la jurisprudence considère que les clauses de rendement sont illicites lorsqu'elles sont disproportionnées au regard des chiffres ordinairement réalisés ([165]).

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

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

Le concessionnaire doit également respecter son engagement d'exclusivité de manière négative, par l'absence de violation de l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement. La question de fait pas vraiment difficulté : le concessionnaire qui viole la clause d'exclusivité en se fournissant chez un tiers, en vendant hors de sa zone, en ne respectant pas les obligations contractuelles licites, en vendant à des concessionnaires non membres du réseau, commet une inexécution majeure du contrat justifiant la rupture du contrat et sa condamnation à des dommages et intérêts envers le concédant ([166]) ou l'exercice par le fournisseur de l'exception d'inexécution par la cessation des livraisons,

---

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

165Cass. com., 13 mai 1997, n° 95-14.035, D. 1998, somm. p. 339, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1998, p. 101, obs. J. Mestre, Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.857, JCP E 2002, 1842, note V. Perruchot-Triboullet, Cass. com., 9 juin 2004, n° 02-21.204, préc., Cass. com., 4 juill. 1995, n° 93-20.202, RJDA 1995, n° 1388.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

en faisant jouer l'exception. L'inexécution de cette obligation est en outre, et comme en matière de distribution sélective une faute à l'égard des autres concessionnaires, une faute délictuelle.

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

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

On repèrera simplement ici les hypothèses qui posent difficulté : la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée, la mise en œuvre d'une clause de résiliation et le non renouvellement du contrat à durée déterminée. En pratique, ce sont essentiellement les hypothèses visant les contrats à durée déterminées qui importent sur le principe que le concessionnaire ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement du contrat de concession ([167]). Il en résulte que le non renouvellement est l'exercice normal de la liberté contractuelle du concédant ([168]), sans avoir à respecter un préavis, à moins que le non renouvellement résulte de la dénonciation d'un mécanisme de tacite reconduction ou qu'un préavis soit prévu. De même, le concessionnaire ne doit pas s'attendre, quelle que soit la forme de la rupture à des attentions particulières du concédant et notamment en terme de reconversion du concessionnaire ([169]).

167Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-18.775, CCC 2009, n°42, obs. N. Mathey.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

En matière de distribution automobile, toutefois, les règles du Règlement n°1400/2002 prévoyaient deux règles particulières, l'une prévoyant que la rupture d'un accord soit motivée, par écrit, précisant « *les raisons détaillées, objectives et transparente de la décision de résiliation »* et respectant un préavis de deux ans, éventuellement ramené à un an en cas de nécessité de réorganisation du réseau (REC n°1400/2002, art. 3-4 et 5, b). Toutefois, ces exigences ne sont plus précisées depuis l'entrée en vigueur du Règlement n°330/2010.

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

L'une des conséquences plus particulières propres aux contrats de concession repose sur la question de la reprise des stocks en fin de contrat. En effet, le concessionnaire ne peut, du fait de la rupture du contrat vendre les marchandises, bien qu'il en soit propriétaire ; ce serait un acte de concurrence déloyale, à l' égard du concédant ou du nouveau concessionnaire, voire de contrefaçon. Souvent une clause prévoit que le concédant reprendra alors les stocks, pour lui ou pour un autre concessionnaire, à un prix déterminé. Mais en l'absence de clause, la question de savoir si le concédant peut y être contraint n'est pas réglée. En effet, il s'agit là d'une situation qui traduit l'exécution du contrat : le concessionnaire devait disposer d'un stock de marchandises minimales tel que prévu par le contrat et cette exigence doit être respectée, d'autant qu'elle ne présente pas d'élément d'illégalité, *a priori*, et qu'elle a été acceptée par le concessionnaire ([170]). Toutefois, la question s'est posée de savoir si le concédant ne devrait pas, comme vendeur, subir les conséquences de la garantie d'éviction du fait personnel dans la mesure où l'indisponibilité des marchandises repose sur le fait du vendeur-concédant (ce qui suppose que la rupture lui soit imputable) ([171]), solution que la jurisprudence rejette cependant ([172]). A moins que la reprise des stocks ne soit une conséquence de la faute du concédant ([173]), ce qui suppose cependant d'une part que la rupture soit considérée

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

comme abusive et d'autre part que le préjudice soit bien lié à la faute sanctionnée.

CHAPITRE 2 . – LES CONTRATS DE REITERATION : LES FIGURES DU CONTRAT DE FRANCHISE

372 **Origine et définition.** Le contrat de franchise, de franchising ou contrat de franchisage ([174]) est un contrat plus complexe que le contrat de concession, dont il dérive cependant. Issu de la pratique américaine, il a été introduit dans la pratique française où il a connu un succès retentissant.

Par ce contrat, un commerçant, le franchiseur, qui dispose d'un savoir particulier et de signes distinctifs particuliers dans un domaine donné et qui a exploité cette « réussite commerciale » particulière due à ces avantages particuliers, accorde à un autre commerçant, un franchisé, le droit d'exploiter cet ensemble, moyennant versement de sommes d'argent. L'article 1-3 du REC n°4087/88 qui n'est plus en vigueur depuis 1999 définissait ainsi le contrat de franchise comme le contrat par lequel une *« entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle (…) destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services déterminés à des utilisateurs finals »*. Le REC 330/2010 propose à cet égard une définition bien moins efficace et pertinente à travers ses lignes directrices, les définissant comme des accordant une *« licence de droits de propriété industrielle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété industrielle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale et technique »*.

De ce point de vue, le contrat de franchise est tout à la fois un contrat de distribution et un contrat de financement. En effet, il s'intègre dans la catégorie des contrats de distribution, et plus spécifiquement dans celle des contrats de réitération. Par le contrat de franchise, le franchisé

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

cherche à réitérer l'expérience réussie du franchiseur ; il se présente comme un « clone commercial » du franchiseur. Cet aspect original du contrat de franchise alimente le débat sur l'existence d'un intérêt commun dans le contrat de franchise, propre à assurer une position particulière du franchisé, qui est à la fois la reproduction indépendante de l'expérience du franchiseur et dépendant de ce dernier ([175]), solution que la jurisprudence a toujours écarté, dans ce contrat comme dans les autres contrats de distribution ([176]).

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

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

Les traits distinctifs du contrat de franchise, par rapport à d'autres formes de contrats de distribution, reposent sur l'existence d'un savoir-faire, dont la pertinence fait l'objet d'une attention toute particulière, d'une mise à disposition de marques et signes distinctifs, parfois conçues comme de véritables licences de marque, notamment lorsque le franchisé « produit » des choses ou des services, et une assistance technique. Pour autant, ce n'est pas véritablement une technique de « qualification » du

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrat de franchise ([177]), qui ne fait pas l'objet d'un régime juridique propre. D'ailleurs, bien des contrats de franchise sont désignés en pratique comme des « contrats de partenariat », « contrats de collaboration », voire « contrats de coopération », souvent en raison de l'image, ambigüe, de la franchise auprès des futurs candidats franchisés. Plus récemment, le contrat de « commission affiliation » a été utulisé, comme dérivé du contrat de franchise, la composante « affiliation » remplaçant celle de franchise, pour des des modèles de franchise de distribution, essentiellement pour éviter au distributeur de financer ses stocks de marchandises, et au fournisseur de « fixer » les prix de « revente », dans la mesure pù la composante « commission » du contrat crée un lien direct avec le consommateur.

Pour autant, l'originalité technique du contrat de franchise est parfois niée pour le rapprocher de la figure du contrat de concession commerciale dont il ne serait qu'un dérivé, notamment lorsque le contrat porte sur des services : le contrat de franchise serait ainsi le nom donné à la « concession de services ».

Ainsi l'obligation d'assistance technique et commerciale est commune aux contrats de franchise et de concession, les secteurs dans lesquels la franchise a prospéré aux Etats-Unis (le secteur automobile) sont ceux du contrat de concession ([178]). Pourtant, plusieurs traits permettent de repérer une véritable originalité de ce type de contrat. Le premier porte sur le fait qu'il a pour objet principal la transmission d'un savoir-original, de sorte que le franchisé va réaliser exactement la même activité que le franchiseur. On ne retrouve ainsi pas la logique de spécialisation du contrat de concession. Cette différence peut cependant être limitée par le fait que le franchiseur reste le « producteur », le fournisseur, soit des marchandises pour une franchise de distribution, soit des services pour des services réalisés par le franchiseur (dans les secteurs de la téléphonie, de l'assurance, de la banque, du voyage, etc.), soit des accessoires ou des ingrédients nécessaires à la exploitation de la franchise. En outre, le contrat de franchise n'implique la présence d'une clause d'exclusivité territoriale, alors qu'elle est une composante essentielle du contrat de concession. Enfin, les techniques financières des contrats de concession et de franchise sont très différentes : le contrat de franchise connaît souvent un « prix » propre, sous la forme d'un droit d'entrée et de redevances, ce qui est inconnu du contrat de concession. D'ailleurs, le droit européen de la concurrence, lorsqu'il porta son attention, dans les années 1980, sur ces contrats distingua parfaitement les deux formules contractuelles.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

373 **Développement et succès du contrat de franchise.** On observe ainsi le développement de la franchise dans bien des domaines : le secteur hôtelier, le secteur industriel, le secteur très large des services, et bien entendu le secteur de la distribution dans lequel le franchiseur peut être un producteur et la franchise pourra sembler n'être qu'un un avatar de la concession ou bien dans lequel le franchiseur est lui-même un distributeur ou un grossiste qui a élaboré un savoir-faire particulier dans la distribution voire dans la grande distribution ([179]). On observe parfois des variantes, à travers le *contrat de management* que l'on rencontre notamment dans le secteur hôtelier. Il s'agit de l'hypothèse exactement inverse de la franchise : une entreprise décide de confier la gestion de celle-ci, son management, à une entreprise qu'elle sait compétente à cet effet car elle dispose de l'expérience et du savoir-faire nécessaire en la matière. Ce contrat ne propose pas de transfert de savoir-faire mais une sorte de contrat de confié portant sur la gestion d'une entreprise. De même, le contrat de franchise de distribution, notamment dans le secteur du prêt-à-porter a muté vers des formules moins complexes comme celle de la *commission affiliation*.

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

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

La « franchise hôtelière » est un modèle un peu particulier, mais qui permet de catégoriser des hôtels et des consommateurs, de développer des marques en matière internationale. Les investissements y sont considérables et la fin des contrats problématique en raison de la

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

présence surabondante des signes distinctifs dans la décoration (murs, moquettes, serviettes, mobiliers spécifiques, etc.). Cette formule est parfois inversée sous la forme d'un « contrat de management » ou de gestion ou « franchisage financier » ([180]). Il s'agit ici de situation dans lesquelles le propriétaire d'un immeuble envisage de développer un hôtel mais sans vouloir assumer la gestion de ce celui-ci. Plutôt, donc, que de conclure un contrat de franchise impliquant le transfert, à son profit, du savoir-faire nécessaire à l'exploitation d'un hôtel (ou d'un restaurant) par lui-même, il peut choisir, à l'inverse, de confier la gestion de cet établissement. Dès lors, est dissociée la fonction d'investissement, via la propriété de l'immeuble, et la fonction de gestion, via la propriété du fonds de commerce : l'investisseur peut alors être distinct du gestionnaire et encore distinct du franchiseur. Des entreprises se sont ainsi spécialisées, certaines dans les investissements, d'autres dans la gestion.

La « franchise de distribution » est celle où le savoir-faire est en général réduit à sa plus simple expression puisqu'il se réduit en général à une capacité à sélectionner des produits, ou les concevoir, et à développer une marquer et une image de marque, fonction qui sont celles d'un distributeur traditionnel. Le risque est alors plus grand que dans les autres modèles de voir contester la réalité du savoir faire. Pour cette raison, mais également afin de pallier les difficultés en termes de gestion des stocks et de prix imposés, la formule a largement évolué vers celle de la « commission affiliation » ([181]), où le « franchiseur » propose simplement à un « franchisé » une affiliation à un réseau, donc à une marque, et un savoir faire, ainsi qu'au dépôt de marchandises dont le « franchiseur » demeure le propriétaire. Il s'agit ainsi d'une technique de « dépôt vente » associée à une présentation unifiée du magasin, des assortiments, à travers une technique d' « affiliation », et dont les tentatives de requalification en contrat de mandat, mandat d'intérêt commun ou agence commerciale, ont échoué. Le franchiseur peut alors être un fabricant qui écoule sa production à travers un réseau de distributeurs franchisés, ou un sélectionneur, qui dispose alors souvent d'une centrale

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

181 D. Mainguy et J.-L. Respaud, À propos du contrat de commission-affiliation, in Libre Droit, Mél. Ph. le Tourneau : Dalloz, 2007, p. 761, M.-J. Loyer-Lemercier, Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? : JCP E 2011, 1218, plus nuancé, D. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit., n°693.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

d'achat ([182]). On peut observer que cette technique de distribution est certainement celle qui, en termes économiques, est la plus importante, puisqu'elle regroupe notamment les contrats de franchise de la grande distribution, dans les cas où l'enseigne de la grande distribution ne distribue pas par un réseau intégré, parfois désignée comme « franchise participative » ([183]), et qui suscite un contentieux considérable.

La « franchise de stand », « franchise corner » ou « franchise de comptoir » ou encore « d'emplacement » est une figure particulière de franchise de distribution. Il s'agit pour le promoteur d'un réseau d'exploiter sa marque et ses produits sur un comptoir, dans un grand magasin, un hôtel, un aéroport avec d'autres. La formule est moins une variété de franchisage, qu'une sorte de bail, qui n'est d'ailleurs pas commercial ([184]), permettant au franchisé de stand d'exploiter un espace dans des conditions assez limitées, avec un savoir-faire limité et une formule très différente des autres modes de distribution utilisés par la marque ([185]). D'ailleurs, la pratique désigne comme franchise de stand des formules très différentes, des hypothèses d'exploitation par des salariés du fournisseur ([186]), de bail, de location gérance, etc.

Dernière figure, la « franchise industrielle » est un modèle contractuel particulièrement typique du modèle proposé par la franchise. On en rencontre des exemples dans le secteur du bâtiment, de l'industrie alimentaire, du pneu, etc. La formule permet d'identifier des « *contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci* » ([187]). Le contrat de franchise industrielle assure ainsi au franchisé la possibilité de fabriquer les mêmes produits que ceux du franchiseur, selon ses techniques, son savoir-faire, sa marque et son assistance et ce faisant développe un composante de « transfert de technologie » très importante. Conclu dans un contexte interne, par exemple pour limiter les coûts de transport, ou international pour développer la marque et les produits à l'international soit sous la forme d'une joint-venture soit d'une véritable relation de franchise avec un franchisé indépendant.

Le succès de la formule, en France notamment est sans conteste. Elle se développe de manière continue de telle sorte que le France est le

182 Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00.668, JCP E 2003, Cah. dr. entr. 2003, n° 5, p. 43, obs. J.-L. Respaud. Adde : S. Richard, Aperçu du droit positif des organisations d'approvisionnement : JCP E 2011, Cah. dr. entr. 2011, n° 4, 2010, dossier 22.
183 Cf. B. Dondero, JCP, éd. E, 2012, 1641.
184 Cass. ass plén., 24 avr. 1970, n° 68-10.914 : JCP E 1970, II, 16489, note B. Boccara, RTD com. 1970, p. 674, obs. A. Jauffret.
185 Cf. D. Ferrier, La distribution sélective : deux alternatives de substitution : JCP E 1993, Cah. dr. entr. 1993, n° 1, p. 6.
186 Paris, 31 mars 1994 : JCP E 1995, I, 439, n° 3, obs. J. Raynard.
187 CJUE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353, pt. 14.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

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

Aucune règle particulière ne réglemente le contrat de franchise, à l'exception de la « Loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3) qui mais vise des situations plus large et d'un arrêté de 1991 (C. com., art. A 441-1, complété par une note de service DGCCRF n°5724 du 21 mai 1991([188])) qui impose à tout franchisé d'informer les consommateurs de sa qualité d'entreprise indépendante de manière claise et lisible, il survient de manière régulière des demandes en ce sens, visant surtout à assurer la protection des franchisés, dont le point d'orgue fut l'adoption de la loi Doubin. Cette expérience législative, cependant, par sa généralité et ses conséquences, démontre qu'elle n'est pas nécessaire. Tout juste observe-t-on des tentatives de réglementation privée, via des Codes de déontologie, dont celui de la FFF, ou le Code européen de la Franchise, en 1991 et régulièrement mis à jour, ou encore le « Code d'éthique du franchisage » édité par l'association internationale de la franchise en 1994, ou le guide du franchisage, publié par l'OMPI en 2000, ou celui du franchisage international, par l'association Unidroit, en 2002. En outre, bien des réseaux, parmi les plus importants, disposent de leur propre Code de bonne conduite dont l'intérêt est soit de reprendre et de s'approprier le contenu de ces différents « Codes » ou « Guides » ([189]), mais aussi et peut-être surtout d'intégrer des techniques de règlement

188 BOCC 30 mai, p. 154.

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

amiable et négocié des litiges entre franchisé et franchiseur. Par ailleurs, une norme AFNOR avait été publiée en 1987, aujourd'hui sans intérêt et obsolète.

Section 1. Validité du contrat de franchise

§ 1 Validité au regard des règles du droit de la concurrence

374 **Prix imposés de revente.** On retrouve, à propos du contrat de franchise l'interdiction des prix imposés de revente de l'article L. 441-5 du Code de commerce, dans les mêmes conditions que pour les autres contrats et l'on retrouve les mêmes analyses en terme de prix conseillés ou de prix imposés. En effet, le même principe, ici prévaut : le franchisé doit être libre de fixer les prix de revente des produits ou des services assurés aux utilisateurs finals. Toutefois, cette position peut être critiquée dans la mesure où le franchisé doit, strictement, appliquer les méthodes commerciales du franchiseur afin de parvenir à la réitération optimale de la réussite commerciale franchisée. Il n'est d'ailleurs pas invraisemblable de considérer que la fixation des prix et leur niveau participe de cette réussite commerciale et que, par conséquent, le respect des consignes de prix participe, sinon juridiquement, du moins commercialement du respect du savoir-faire ([190]). Il y a là une forme de contradiction, non assumée par les règles internes mais peut-être, sous réserve d'une démonstration complexe, en droit européen de la concurrence, dans les conditions posées par les lignes directrices (Lignes directrices, pt n°224 et 225) à savoir si franchiseur lance un nouveau produit ou un nouveau service et que les prix imposés incitent les franchisés à augmenter leurs efforts, afin de faire de ce lancement un succès dans l'intérêt des consommateurs, ou bien pour organiser une campagne de prix bas coordonnée de courte durée ou enfin pour permettre au franchisé de réaliser une marge supplémentaire, afin qu'il puisse financer des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits complexes.

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrôle au-dessus.

On retrouve, ici, la question des prix imposés de revente, déjà envisagées et où les autorités de concurrence ont très largement décrit les pratiques. Ainsi, assiste-t-on à des systèmes de coefficient multiplicateur, des listes de prix, des fournitures de caisses enregistreuses préprogrammées ([191]), des campagnes publicitaires ([192]) ou des pré-étiquetages impossibles à modifier ([193]), tout ce qui assure une pression ou une obligation de respecter les prix fixés par le franchiseur détermine une pratique prohibée.

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

Enfin, la présence d'une clause d'approvisionnement exclusif se rencontre très fréquemment. C'est le cas, notamment des franchises de distribution ou industrielle mais aussi des autres formules de franchise dans lesquelles le franchiseur organise l'approvisionnement des accessoires, du mobilier par exemple. On trouve également souvent des clauses d'approvisionnement prioritaire (cf. supra). La Cour de cassation a considéré dans une affaire « Phildar » qu'une clause d'approvisionnement exclusif est valable si elle est indispensable pour préserver l'identité du réseau, sa cohérence ou la bonne diffusion des produits dans le réseau ([194]). Il en résulte donc que les clauses d'approvisionnement exclusif ne sont pas valables par principe comme associées à un contrat de franchise. Par exemple les clauses qui imposeraient un approvisionnement exclusif pour des éléments non indispensables, comme du mobilier ([195]) ou des produits sans aucune spécificité particulière ([196]).

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

376 Cause et validité du contrat de franchise. La définition du contrat de franchise implique que soit transmis, communiqués au franchisé un certain nombre d'élément, en contrepartie du sacrifice financier réalisé par ce dernier, le savoir-faire et la marque et les signes

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

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distinctifs, ce dont il résulte que ces éléments doivent exister au jour de la conclusion du contrat.

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

Le contrat de franchise se distingue en effet des autres contrats de distribution par l'existence du savoir-faire et sa communication. A défaut de savoir-faire en effet, et sauf à faire l'objet de sanctions plus importantes, le contrat ne serait pas un contrat de franchise ([197]) mais éventuellement un contrat de concession ([198]) ou d'assistance ([199]).

Le « savoir-faire » ou « know-how » peut être défini comme un ensemble d'informations dont dispose une personne pour la connaissance desquelles une autre personne est prête à verser une somme d'argent ([200]) un ensemble d'informations et connaissances commerciales, techniques, financières qui ne sont pas immédiatement accessibles.

Aucune définition précise n'a cependant été proposée par la jurisprudence ou la réglementation, sinon pour identifier des procédés ou des tours de main ([201]) des méthodes commerciales assurant la réussite du franchiseur ([202]), assurant un avantage concurrentiel ([203]).

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

197 Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-17232 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n°06-15970, LPA 13 nov. 2009, p. 94, n° 94.

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

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Il doit s'agir d'abord d'un *« ensemble…d'information »* ([204]), c'est-à-dire des informations proprement dites, des savoirs, des techniques commerciales, financières. Il peut porter sur n'importe quel élément : la présentation des produits ([205]), la méthode de vente…

Il doit s'agir d'un savoir-faire *« secret »*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être aisément accessible même s'il s'agit de la combinaison d'éléments par eux-mêmes très connus. Il n'est pas nécessaire en effet que chaque élément individuel du savoir-faire soit totalement inconnu ([206]), ou impossible à obtenir de dehors de la conclusion du contrat de franchise. Il est même possible que plusieurs entreprises aient développé un savoir-faire identique. Le caractère secret du savoir-faire repose donc non point des critères reposant sur les notions de droit de la propriété intellectuelle, mais sur le fait, simplement, qu'elle ne soit pas facilement accessible.

Le savoir-faire doit ensuite être « *substantiel »* en sorte que les informations qui le composent doivent être sérieuses, ou mieux originales et indispensables pour le franchisé. L'originalité est cependant relative en ce sens qu'elle n'est pas appréhendée au sens du droit de la propriété intellectuelle : il n'est donc pas nécessaire que le savoir faire soit nouveau et constitue une avancée au regard de l'état existant du commerce ([207]). Cette originalité s'apprécie au cas par cas et non au regard d'un référent quelconque et dépend du produit ou des services distribués, du secteur, etc. Il peut s'agir du simple agencement de données connues, de modes opératoires, de techniques commerciales, l'aménagement du magasin, sa gestion ou son organisation. Dans certains secteurs, comme ceux de la restauration ou de la coiffure, où les réseaux de franchise sont très implantés, les éléments de savoir-faire sont particulièrement limités et pour autant validés ([208]).

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

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

204 Cass. com., 7 juill. 2004, JCP E 2004, Cah. dr. entr. 2004, n° 6, p. 10, obs. D. Mainguy et J.-L Respaud ; D. 2005, p. 154, obs. D. Ferrier (assimilant de manière critiquable études prévisionnelles et savoir-faire du franchiseur).
205 Paris, 18 juin 1992, D. 1995, Somm. p. 76, obs. D. Ferrier.
206 Paris, 16 avr. 1991, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.
207 Paris, 12 janv. 1994 : RJDA 1994, n° 795 (fourniture de véhicueles d'occasion)
208 Cf. Versailles, 11 mai 2006, D. 2007, p. 1914, obs. D. Ferrier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

cet avantage ait été vérifié ([209]). C'est souvent en ce sens qu'est posée l'exigence d'un « pilote » et d'une expérience, peu important alors que cette expérience ait été acquise à l'étranger et point en France.

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

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

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

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

378 Signes distinctifs. Le modèle de la franchise suppose une unité de ralliement de la clientèle, à travers une marque, connue. Il convient donc que le franchiseur dispose d'une marque enregistrée, voire d'une licence de marque ([210]). Il importe également que la marque bénéficie d'une certaine notoriété ([211]), ce qui suppose, sinon ancienneté, du moins investissement publicitaire pour assurer cette notoriété ([212]). Les signes

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

distinctifs utilisés sont d'ailleurs plus vastes que la marque ou ses dérivés, comme des messages publicitaires, voire des images, éventuellement des éléments de mobilier, voire la forme d'un meuble ou d'un bâtiment ([213]).

Il en résulte que la marque doit exister et être enregistrée avant la conclusion du contrat sauf à justifier la nullité du contrat de franchise ([214]).

Section 2. Efficacité du contrat de franchise

§ 1 Formation du contrat de franchise

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

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

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

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

213 Cass. com., 11 janv. 2000, D. 2001, p. 468, obs. S. Durrande, Cass. 1re civ., 17 juin 2003, n° 01-17.650, Comm. com. électr. 2003, n°80, obs. C. Caron.
214 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-19185.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrat ([215]).

Il en est de même de l'absence de marque ou de son annulation ([216]) ou de l'hypothèse, rarissime où le contrat de franchise serait fondé sur une cause illicite ([217]).

§ 2 Contenu et exécution du contrat de franchise

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

Celle-ci s'effectue de quelque manière que ce soit : remise de la « bible », ou de documents informatiques, voire vidéos, formation initiale, stages, intéressant le franchisé lui-même mais aussi et surtout les salariés. L'un des difficultés traditionnelles de la mise en œuvre d'un tel contrat repose sur le point de savoir si ces éléments de communication doivent être à la charge du franchiseur ou du franchisé. Du point de vue du droit commun des contrats, on peut considérer qu'il s'agit d'une obligation de délivrance de sorte que les frais de retirement seraient par nature à la charge du franchisé ([218]) mais on pourrait tout aussi bien considérer que l'obligation de communication est une prestation qui doit donc s'exécuter, sans doute comme un obligation de résultat, en sorte que les conditions d'exécution devraient être à la charge du franchiseur. Rien n'interdit, en toute hypothèse, de mettre l'ensemble des coûts à la charge du franchisé. C'est le cas, généralement, des formations initiales et des frais accessoires à celles-ci.

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

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

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

---

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

franchisé de sorte que le franchiseur doit être en mesure de réaliser des investissements publicitaires pour valoriser ces signes distinctifs.

383 Exclusivité territoriale. Quoique souventprécisée dans les contrats de franchisage, l'exclusivité territoriale n'est pas considérée comme étant de l'essence du contrat de franchisage([219]), ce dont il résulte que le contrat n'est pas nul du seul fait qu'il ne contient pas de clause d'exclusivité territoriale, ni que le contrat de franchisage contient une telle exclusivité territoriale de fait ou résultant simplement de la situation spatiale du franchisé, ni encore qu'il ne serait plus un contrat de franchisage et devrait ce faisant être requalifié ([220]).

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

L'exclusivité territoriale consentie peut ainsi être une exclusivité quant à la activité franchisée : le franchiseur s'interdit alors de d'implanter un autre point de vente franchisé sur le territoire déterminée par l'exclusivité. Il peut s'agit d'une exclusivité d'approvisionnement, ordinaire, ou encore une exclusivité d'enseigne ou de marque, par laquelle le franchiseur s'interdit d'implanter un distributeur quelle que soit la méthode utilisée, sur le territoire ainsi désigné. Quelle qu'elle soit, ou ses combinaisons, le franchiseur doit respecter une telle exclusivité territoriale, quand bien même elle ne serait pas de l' « essence » du contrat de franchisage, sauf à engager sa responsabilité contractuelle et justifier la résiliation, éventuelle du contrat ([221]). Toutefois, et comme toutes les clauses d'exclusivité territoriale, elle s'apprécie strictement, en fonction des termes contractuels prévus et non au-delà ([222]) et pour autant que la violation soit imputable au franchiseur ([223]). Ainsi, n'est pas imputable au franchiseur la création d'un site Internet par le franchiseur ([224]), ni le fait que le franchiseur acquiert des magasins directement ([225])

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

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

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ou encore implante un magasin sous une autre enseigne ([226]).

En outre, en présence de clause d'exclusivité territoriale, le franchiseur doit assurer la police du réseau ([227]) et faire respecter l'exclusivité concédée contre la violation de l'exclusivité par l'un des franchisés ([228]) ou par un tiers ([229]) sauf à engager sa responsabilité ([230]).

384 Obligation d'assistance. Le troisième élément « caractéristique » de la franchise est l'existence d'une obligation d'assistance ([231]). Cette obligation est en effet commune à de très nombreux contrats et s'assimile à une obligation d'information. Dans les contrats de franchise, cette obligation prend cependant une dimension essentielle en ce sens que cette obligation est au service de la vérification de l'efficacité de la réitération du savoir-faire.

D'ailleurs, les lignes directrices de 2010 considèrent que l'assistance donnée au franchisé est un élément primordial de l'absence de restriction de concurrence.

L'assistance est ainsi, comme les signes distinctifs, un élément participant du savoir-faire en sorte que l'absence d'obligation d'assistance réelle pourrait emporter résiliation voire annulation du contrat de franchise ([232]).

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

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

L'obligation d'assistance est considérée comme une obligation de résultats ([233]), mais et c'est la difficulté, s'agissant de l'efficacité de cette obligation elle s'apprécie comme une obligation de moyens ([234]), et doit

225 Cass. com. 11 janv. 2000, RJDA 2000, n°260.
226 Cass. com., 19 déc. 2006 : LPA 15 nov. 2007, p. 29, n° 96.
227 F. Chaput, Contrôler sa distribution : l'impossible pari : JCP E 2010, 1893.
228 Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, CCC 2007, n°121, obs. M. Malaurie-Vignal.
229 Cass. com., 3 nov. 2004, JCP E 2005, p. 1324, obs. D. Mainguy.
230 Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-17.183, CCC 2003, n°161, obs. M. Malaurie-Vignal.
231 F. Sergent, L'obligation d'assistance du franchiseur : LPA 2 nov. 2009, p. 7.1
232 Cass. com., 17 nov. 1998, JCP E 1999, Cah. dr. entr. 1999, n° 2, obs. D. Mainguy, Ph. Grignon et J.-L. Respaud, Paris, 5 juill. 2006, rebaudo c/ Speed Rabbit Pizza : D. 2007, p. 1917, obs. D. Ferrier.
233 Cass. com., 1er févr. 1994 CCC 1994, n°93, obs. L. Leveneur.
234 Paris, 23 janv. 1992, D. 1992, somm. p. 392, obs. D. Ferrier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

être individualisée, notamment sur la base de visites, de suggestions voire de critiques, de propositions de solutions. La visite doit faire l'objet d'un compte rendu détaillé et être fournie au franchisé afin qu'il corrige les erreurs repérées ([235]), mais le franchiseur n'engage pas sa responsabilité dès lors que le franchisé n'a jamais sollicité le franchiseur sur ses difficultés.

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

L'obligation d'assistance suppose aussi que le franchiseur adapte, modernise, actualise le savoir-faire, les signes de ralliements de la clientèle et qu'il communique ce faisant les nouveautés à tous les franchisés ([236]), notamment par une formation continue, des revues internes, des conférences, souvent dites « conventions », des animations, des promotions, etc.

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

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

235 Cass. com., 20 juin 2006, LPA 9 nov. 2006, p. 22, n° 55.
236 Paris, 21 et 29 janv. 2009, LPA 13 nov. 2009, p. 45, n° 109.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

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

385 Approvisionnement et fourniture. Pour autant qu'elle soit valable (cf. supra), et donc si elle est indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau, la clause d'approvisionnement, exclusif ou non, doit alors être exécutée ([237]).

386 Obligations du franchisé. Le franchiséest un commerçant, en principe (mais il pourrait être un artisan, un professionnel libéral voire un agriculteur, ou un professionnel libéral), indépendant et le plus souvent organisé sous la forme d'une personne morale, ne serait-ce que pour éviter l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail, voire pour détenir une participation dans la société du franchisé ([238]).

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

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

Le non respect de cette obligation emporte la mise en œuvre des mécanismes de sanction, telles que prévues par le contrat ou par les règles du droit commun supplétif des contrats ([239]). La sévérité du franchiseur en la matière est en outre parfaitement compatible avec les règles du droit de la concurrence, dont les lignes directrices de 2010, comme auparavant celles de 1999 et le Règlement de 1988, considèrent que le respect des normes de la franchise n'est pas restrictive de concurrence.

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

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

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

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

transfert du local.

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

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

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

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

Ainsi le franchisé peut être tenu de suivre, ainsi que son personnel, la formation initiale dispensée par le franchiseur, mais également la formation continue, les « conventions », les stages, de formation, etc., quand bien même ils seraient effectués à titre onéreux ([240]).

Participe de la bonne exécution de ses obligations, le respect d'une clause de confidentialité par le franchisé, liée à la non communication des éléments communiqués, et d'imposer la stipulation d'une telle obligation à son personne, mais encore le respect d'une obligation de non concurrence, et par exemple de ne pas exercer une activité similaire à

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

celle franchisée dans un territoire où il concurrencerait le franchiseur ou un autre franchisé (cf. Lignes directrices, pt 45), voire de ne pas participer au capital d'une telle entreprise ([241]) et dont l'étendue dépend du contenu du contrat et des incidences concurrentielles : ainsi la clause de non concurrence se justifie-t-elle pour l'intérêt du réseau et la préservation du savoir-faire, mais il n'est pas certain qu'une clause interdisant d'exercer des activités complémentaires ou accessoires soit valable de manière si évidente.

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

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

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

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

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

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

Cependant, cette considération est souvent incorrecte du point de vue du droit des contrats : le droit d'entrée est plus vraisemblablement la contrepartie du savoir-faire communiqué par le franchiseur, tandis que les redevances sont la contrepartie des autres éléments, des signes distinctifs et de l'assistance. S'ajoute souvent une redevance visant à la

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

participation à la publicité nationale du franchiseur, mais également le prix des diverses formations, sans compter le prix de l'activité elle-même, les éléments cédés par le fournisseur ou les approvisionnements, s'il y a lieu.

Le plus souvent, le droit d'entrée est déterminé de manière forfaitaire, tandis que les redevances sont envisagées de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par le franchisé (d'où l'importance du contrôle réalisé par le franchiseur, puisque les redevances dues dépendent de cette information), ou bien un minimum forfaitaire auquel est ajouté un prix proportionnel. La plupart des contrats prévoient des exigibilités précisent, dont le non respect est une cause légitime de résiliation du contrat. Parfois, des mécanismes plus complexes sont envisagés et de validité douteuse, comme la perte des ristournes qui seraient dues sur l'année, alors que le contrat est résilié par le franchisé, ou encore le report du paiement du droit d'entrée à la fin du contrat, et calculé proportionnellement au chiffre d'affaires du franchisé, et qui ne l'incite guère à mettre fin au contrat ([242]).

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

QUATRIEME PARTIE

LES ACCORDS PAR REGROUPEMENT : LE DROIT DE LA GRANDE DISTRIBUTION

389 Origines de la grande distribution. Sur le constat qu'ilest bénéfique, pour un commerçant, de vendre beaucoup, il est tout aussi essentiel de bien acheter. A travers ces deux contraintes, apparaissent les deux éléments déterminant l'activité commerciale, consistant à acheter pour revendre, et récemment, l'apparition de la grande distribution.

Le premier de ces éléments repose sur l'augmentation des volumes des ventes, apparus avec les « grands magasins », bien au-delà des foires du Moyen-âge, au milieu du XIXème siècle, Le Bon marché, puis Le Printemps ([1]).

Par la suite ce sont des initiatives plus idéologiques comme les sociétés coopératives de consommation, ou de commerçants détaillants qui ont prospéré, dans le but dans un cas d'acheter en masse pour bénéficier de économies réalisées aux sociétaires, et que les sites Internet modernes d'achats groupés reprennent à leur compte, et dans le second pour revendre en masse. Très vite, cette exigence se double du second élément, la volonté d'acquérir moins cher, beaucoup moins cher.

L'une des difficultés tenait au fait que les producteurs, les fabricants, les grossistes contrôlaient le marché, à travers les tarifs de gros proposés, auxquels n'avaient pas accès les détaillants. De la sorte, les tarifs proposés par les producteurs, non ou peu négociables, supposaient des achats par des grossistes, qui proposaient ensuite des tarifs à des semi-grossites ou des détaillents qui, ensuite, vendaient aux consommateurs.

1Cf. L. Bernard, Les sociétés coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris, 1975.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

L'objectifs des regroupements de détaillants étaient d'accéder, directement aux tarifs de gros et ainsi d'économiser sur l'ensembles des frais et des marges réalisées par les autres intermédiaires.

Le magasin Piggly Wiggly fut le premier à ouvrir un magasin en « libre service », en 1916 à Memphis, puis le premier supermarché fut inauguré en 1930. En France, le groupe Prisunic sur ce modèle fut fondé en 1935 et Edouard Leclerc, en 1949 à Landernau, lancèrent, après l'enseigne Aldi en 1948 en Allemagne, le concept de discompte, visant à attirer la clientèle par la prise en compte des remises dans les prix de revente. Le premier « hypermarché » à l'enseigne Carrefour, à Sainte-Geneviève-des-Bois, en 1963. L' « aventure » de ces premières expériences étaient rendue cependant complexe par le fait que les producteurs disposaient, alors, de la possibilité de refuser de vendre : l'outil du refus de vente était ainsi le mécanisme permettant de bloquer l'expansion de la grande distribution jusqu'à ce que celui-ci deviennet interdit, et pénalement sanctionné, rendant innefficace le principal outil de défense des producteurs ([2]). Dès lors l'économie de la grande distribution pouvait se développer à l'instigation des équipementiers comme les vendeurs de caisses enregistreuses, les fabricants de « Caddie », mais également des économistes qui developpaient les formations à la vente moderne ([3]), précipitant les nouvelles expériences, M. Fournier et Carrefour en 1962, P.-L. Halley et Continent, A. Essel et la FNAC, A. Mulliez et Auchan, A. Guichard et Casinon, etc. dessinant un nouveau paysage commercial aux abords des villes et de nouvaux combats entre les opérateurs de la grande distribution et les producteurs ([4]), de sorte que la seule alternative à la grande distribution consistait

2Un premier décret, en 1963 était cependant annulé (CE 18 juin 1958, D. 1958, p. 656, Concl. Tricot, jusqu'un nouvrau décret en 1958, intégré à l'ordonnance du 30 juin 1945 (art. 37-1, a). Il s'accompagnait de l'interdiction de pratiquer des prix minimum imposés de revente (art. 37-4).

3E. Thil, Les inventeurs du commerce moderne, des grands magasins aux bébés requins, Jouwen, 1966, D'édouard Leclerc aux supermarchés, Arthaud, 1964, Ch. Lhermie, Carrefour ou l'invention de l'hypermarché, Vuibert, 2è éd., 2003.

4Comp. Paris, 24 nov. 1969, Carrefour c. Nivea, JCP 1970, II, 16512, note G. Paisant, à propos des prix trop bas reproché au distribueur, assimilables à une revente à perte : *« attendu que Carrefour s'est organisée de manière à ne prélever au passage, le plus souvent possible, que la remise qui lui est accordée par les différents producteurs surle prix de vente au détaillant, soit 12% dans bien des cas, 3% pour le cas de Nivea. Mais considérant que si les grossistes traditionnels et les petits et moyens commerçants, qui ne sont au procès, ni les uns ni les autres, souffrent sans doute de méthodes commerciales mises au point dans l'intérêt de Fournier et de Carrefour certes, mais aussi du consommateur, il n'en résulte pas que Nivea et SOvedis puissent prétendre pour leur part à des dommages et intérêts ni, d'une manière plus générale, quele problème social en effet posé par la disparition progressive de certaines structures sous*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

alors au développement de réseaux de distribution, de franchise, de concession ou de distribution sélective, de manière à opposer un refus de vente justifié, ou plus exactement, à justifier, aux opérateurs de la grande distribution.

Mais c'est surtout dans les années 1970 et 1980 que ce concept s'est développé de manière intense.

Aujourd'hui, ce développement a atteint un point considérable dans le secteur de la grande distribution, sur la base d'un mouvement qui, des groupements d'achats, faits de détaillants ou de grossistes regroupés pour atteindre les tarifs de gros des producteurs puis profiter de la puissance d'achat pour négocier les prix, sont devenues les quelques grandes enseignes de la distribution.

Encore aurait-on tord de considérer que les méthodes et les outils de la grande distribution sont réservés à la distribution alimentaire. Bien au contraire, ce sont des techniques qui sont utilisées dans la distribution de produits spécialisés, des jouets, aux articles de sport, de bricolage, de jardin, et vêtements, etc., y compris à l'attention des professionnels (Metro, Promocash, Pomona, etc.) mais également comme technique d'organisation des achats de groupes plus réduits, dans le but de réaliser des économies dans l'achats. Un groupe de distribution de produits, par exemple gagne à disposer d'une filiale organisée sous la forme d'une centrale d'achats, pour l'acquisition des produits vendus, mais encore des équipements, du mobilier, etc.

Ordinairement, on distingue, dans la grande distribution tout au moins, les surfaces de distributions spécialisées (meubles, électroménager, livres, etc.) et despécialisées lesquelles véhicules en général l'image de la grande distribution. De même en est-il des « formats » de vente : on distingue les superettes, les supermarchés, les hypermarchés et le « hard discount. Certaines enseignes disposent de tous les formats, d'autres de certaines seulement, d'autres contrôlent des enseignes dans le secteur de la distribution spécialisée et dans la distribution despécialisée. Encore, une distinction peut s'effectuer entre les enseignes qui diffusent les produits via des commerçants, quel que soit le format, indépendants (ils sont propriétaires de leur fond de commerce) ou au contraire, sous la forme de succursale (l'enseigne est propriétaire des fonds de commerce), de franchise, de gérance, etc.

Certaines structures sont des sociétés commerciales, d'autres des coopératives, pourquoi pas des associations, notamment dans le commerce solidaire ; certaines concernent quelques distributeurs seulement tandis que d'autres brassent des fortunes colossales. C'est dire

---

la poussée des faits et de l'évolution économique puisse trouver sa solution dans l'accueil d'une telle demande ».

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

que, loin de l'uniformité apparente, la diversité règne au contraire, au gré des intérêts des promoteurs de ces groupements. Les services susceptibles d'être rendus varient considérablement, du moderne référencement, au simple achat-revente, de la mise en commun de service, au stockage, au paiement, à la garantie de paiement, etc.

En outre, si l'image du groupement à l'achat vient rapidement à l'esprit, les groupements de vente se rencontrent également, ou bien encore des regroupements de consommateurs, par exemple sur internet.

Etonnamment cependant, et alors que les plaintes contre ces formules, notamment contre la grande distribution déspécialisée, se multiplie depuis sa création, le législateur ne lui a pas consacré de disposition notable. Le législateur est intervenu pour assurer la protection du commerce traditionnel, en 1973 notamment, pour encadrer la construction de grandes surfaces, ou bien en 1981 pour imposer le prix du livre, ou encore pour modifier la législation sur les sociétés coopératives, mais point directement pour réglementer l'activité ou les contrats de la grande distribution. Un projet de loi fut pourtant élaboré en 2011, adopté par l'Assemblée nationale puis par le sénat, à la suite d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 7 décembre 2010 ([5]) *à propos des contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*, et finalement abandonné. Tout juste existait-il un arrêté du 5 novembre 1946 qui tentait de définir la « centrale d'achat » ([6]), annulé ensuite par le Conseil d'Etat ([7]).

390 Plan. Nous observerons, dans ces accords, ceux intéressants les

5 ADLC, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire* : JCP E, 16 décembre 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté; JCP G, 14 février 2011, 177, note N. Dissaux; JCP E, 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal; V. également A. Lecourt : RLDA, 2012, n° 67Comp. ADLC, déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2012, comm. n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal; D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier – V. également : ADLC, déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2011, comm. n° 114, obs. M. Malaurie-Vignal; RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel; Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; RLC 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinky.

6 Arr. 5 nov. 1946, JCP 1946, III, 11571 : « *la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée* ».

7 CEn 30 avr. 1948, D. 1948, p. 410, note Cl. Lefas, JCp 1948, II, 4401, note J. Hémard.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

regroupements à l'achat (Titre 1) puis de vente (Titre 2).

TITRE 1. – LES ACCORDS ET TECHNIQUES DE REGROUPEMENT A L'ACHAT : LA GRANDE DISTRIBUTION

391 Diversité et objectifs des types de regroupements. Il seraitinexact deprétendre pouvoir livrer une liste et une description des types de regroupements dans la mesure où les intérêts entre leurs fondateurs peuvent être très différents.

Les regroupements en vue de réaliser des achats ont surtout pour objectifs de permettre à des entreprises, des distributeurs par exemple, c'est-à-dire des revendeurs, d'obtenir des conditions d'achat les plus favorables possibles, plus avantageuses que celles qu'ils auraient pu obtenir s'ils s'étaient présentés isolément dans la relation d'achat avec le ou les fournisseurs. Ce faisant, le regroupement à l'achat, quelle que soit la technique utilisée, entre en négociation avec le fournisseur pour obtenir ces conditions avantageuses, en termes de prix notamment, ou de services rendus, que ce soit de manière directe, par des techniques de remises ou de ristournes, obligatoires en droit français, mais également de réaliser des économies, s'agissant de la centralisation de la facturation, ou du paiement, des livraisons, du stockage, etc.

L'objectif peut être tout simplement d'acheter *moins cher*, et réaliser des économies, mais aussi et peut-être surtout d'acheter *moins cher que les autres* et s'en vanter dans un logique marketing et de concurrence entre les ces groupements.

L'attention peut être portées plus spécifiquement sur les structures des regroupements à l'achat (Chapitre 1) et sur les contrats des regroupements à l'achat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. – LES STRUCTURES DES REGROUPEMENTS A L'ACHAT

392 Toutes structures sont techniquement possibles, que ce soit en premier l'achat indivis, les sociétés en participation, les techniques d'achat en gros en commun, l'achat en commun d'une chose, avion, bateau, immeuble, et exploité ensemble, mais quelques formules de regroupements sont plus spécifiquement utilisées.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

393 Groupement d'achat. Le plus ancien, ou le plus rustique, des modes de regroupements repose sur la structure dite du groupement d'achat ([8]), qui est aussi sans doute la forme la plus ordinaire. Dans ce type de structure, les fondateurs, les associés s'organisent sous la forme de la constitution d'une société commerciale pour acheter en nombre *à leur profit*, de sorte que les tiers, non associés, n'ont pas accès aux services du groupement. Très souvent également, la société ainsi constituée dispose d'une enseigne commune pour revendre et promouvoir les produits. Cela suppose alors que la structure dispose des moyens de les réserver aux seuls associés. Le contraire serait l'organisation, distincte, de la centrale d'achats qui réalise ses activités à des contractants.

Le groupement d'achat réserve ainsi ses activités aux seuls associés de la structure et s'organise par une structure particulière organisées, en général autour de statuts et d'un Règlement intérieur. Chaque associé est alors tout à la fois associé d'une société, selon la conception classique du droit des sociétés, et « adhérent » ou « affilié » d'une structure, qui peut être, ou non, une société coopérative.

394 Coopératives de distribution. L'une des structures adaptées à cette technique est, sans doute, la société coopérative, aussi surprenant que cela puisse paraître eu égard à l'image que peut véhiculer ce type de société. Renouvelée en 1947 avec le statut de la coopération (cf. C. com., art. L. 231-1 s., C. com. art. L. 124-1 s.). Ainsi, les articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce permettaient, avant la loi du 11 juillet 1972, aux sociétés coopératives d'effectuer simplement des activités d'achat en commun et, depuis 1972 (loi encore modifiée par la loi Doubin du 31 décembre 1989 et par la loi « NRE » du 15 mai 2001) leur permet de se constitue sous toutes les formes de sociétés commerciales et d'effectuer d'autres activités comme celle d'assistance commerciale ou de promotion. Surtout l'ensemble a été considérablement revu avec la loi du l'Economie sociale et soclidaire (ESS) du 26 juillet 2014.

L'intérêt de la formule tient à la nature du capital, qui est d'être variable, en ce sens que le capital dépend de l'entrée ou de la sortie des associés coopérateurs, et non d'une décision collective des associés par voie d'augmentation ou de réduction de capital.

En outre, l'esprit de la coopération se signale par certains traits particuliers qui reposent sur le statut de la coopération tel qu'il a été posé en 1947 ([9]).

8 Cf. R. Fabre, E. Massin, et L. Sermon, Regroupements à l'achat, Structures juridiques, J.Class. Contrats-distribution, Fasc. 1120.

9 R. Saint-Alary, Eléments distinctifs de la société coopérative, RTD com. 1952, p. 486.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Ainsi la coopérative est fondé sur le principe de l'égalité des coopérateurs : « un homme une voix » (L. 10 sept. 1947, art. 4 et 9). Peu importe alors la part prise dans le capital, ou la date d'entrée dans le capital, chaque coopérateur compte de la même manière dans les décisions.

La coopérative est également fondée sur un principe d'exclusivité (L. 10 sept. 1947, art. 3), en sorte que la coopérative doit réserver son activité aux coopérateurs et ne peut engager de relation avec des tiers. Seules sont exceptées les sociétés coopératives de consommation qui peuvent vendre à des tiers (L. 7 mai 1917, art. 2, C. rur. Art. 522-5).

La coopérative est également régie par un principe dit de « libre accès » ou de la « porte ouverte » qui signifie que tout coopérateur peut entrer et au contraire sortir de la coopérative. Toute personne peut devenir coopérateur, pour autant qu'elle satisfasse, bien entendu aux conditions nécessaires, lesquelles sont en général définies par les statuts et le Règlement intérieur, non sans quelques difficultés lorsque les conditions sont trop strictes ou trop subjectives, par exemple par des clauses d' « *intuitus personae* » trop ardues. Ainsi on admet que la coopérative soit gouvernée par un *intuitu personae* voulant que ne peuvent entrer que des personnes qui partagent l'esprit de la coopération et d'exclure les autres, sous la réserve, cependant de l'abus dans le rejet d'un candidat ou du caractère anticoncurrentiel de la clause ([10]). De même tout coopérateur peut sortir de la coopérative à condition bien entendu de respecter les conditions posées par les statuts, lesquels posent d'ailleurs de grandes difficultés en droit de la concurrence (cf. infra). Ainsi, il ne faudrait pas que le retrait d'un coopérateur mette en péril le groupement et des préavis sont souvent prévus, de l'ordre d'une année. D'ailleurs le retrait brutal pourrait aboutir à justifier le paiement de pénalités, souvent prévue dans les statuts, qui ont, au moins, valeur contractuelle ([11]). L'intérêt de ces formules est, outre le fait de faciliter l'entrée ou la sortie d'un membre, de permettre l'exclusion d'un adhérent qui ne respecterait pas les statuts ou le Règlement intérieur, ce qui était le problème cardinal du droit des sociétés, avant l'arrivée en droit français

10 A. Larue, La confrontation entre les règles du droit sur les sociétés et du droit de la concurrence, JCP, éd. E., Cah. Dr. entr. 2000, n°5, p. 7; C. Masquefa, Fidélité et groupements de la grande distribution. Bref éclairage : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11 ; M. Cammas, Les supports duridiques des relations entre les coopératives de commerçants détaillants et leurs adhérents, JCP, éd. E., Cah.dr. entr. 1980, n°3, p. 4.

11 Cass. civ. 1ère., 15 juill. 1999, n° 97-13303 , Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1996, n° 94-12910 : Bull. civ. 1996, I, n° 366. V. cependant pour une modification postérieur à l'entrée de l'adhérent : Cass. 1re civ., 4 avr. 1995, n° 93-13772, Bull. civ. 1995, I, n° 162 ; Bull Joly Sociétés 1995, § 264, p. 768, note G. Gourlay, Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-17.020 : Bull. civ. 2000, IV, n° 35. Adde : C. Masquefa, Fidélité et groupements de la grande distribution. Bref éclairage : Cah. dr. entr. 2000, n° 5, p. 11.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

des SAS, et même depuis. Il suffit en en effet qu'un adhérent ne respecte pas la convention par laquelle il exploite l'enseigne ou doit revendre les produits, et donc subisse la résiliation anticipée de ce contrat, et que les statuts ou le Règlement intérieur prévoit que, pour être adhérent, il faut être dans ces liens contractuels, pour qu'il puisse être automatiquement exclu de la société coopérative.

Dans tous les cas, l'entrée ou la sortie vérifie le principe de variabilité du capital, en ce sens qu'ils s'opèrent sans que les procédures relatives aux augmentations ou de réduction de capital doivent être respectées. Comme contrepartie, les titres ne sont pas librement cessible mais soumis à agrément.

De manière corollaire au principe d'égalité, les « bénéfices » de la coopérative sont traités comme des « excédents de gestion » répartis au prorata de leur activité, et non de leur part, et sous la forme d'une « ristourne ».

Enfin, les coopérateurs ne sont pas tout à fait des associés, en sorte que la dissolution volontaire d'une coopérative n'aboutit pas à la répartition d'un boni de liquidation mais est affecté à d'autres coopératives ou à des œuvres sociales ou solidaires (C. com., art. L. 124-14).

La forme sociale choisie pour la coopérative importe peu, sauf pour quelques types de sociétés. Ainsi les sociétés coopératives de commerçants détaillants doivent retenir la forme d'une société anonyme à capital variable (C. com., art. L. 124-3), ce qui est, du point de vue du droit des sociétés, une forme extrêmement originale pour une SA puisque le capital variable est en général interdit à ce type de société. La technique de la variabilité du capital permet ainsi au contraire de déroger à cette règle, pour autant que la variabilité soit associée au choix d'une société coopérative.

Pour le reste, peu importe la forme retenue par l'introduction d'une clause de variabilité du capital, y compris dans une société civile, dans la mesure où la coopérative n'a pas pour objet de réaliser une spéculation et des bénéfices et qu'elle travaille exclusivement pour ses membres.

Dans une telle société coopérative, les relations entre la société et ses adhérents, entre les adhérents entre eux sont généralement établies dans un règlement intérieur, de manière à séparer, formellement, les relations relevant du statut d'associé, dans les statuts, de celles d'adhérents de la coopérative, du groupement d'achats.

Les relations sont en toute hypothèse fondées sur l'*affectio societatis* qui anime les membres-adhérents, dans la mesure où le groupement d'achat est celui par lequel les relations entre le groupement et les adhérents est purement sociétaire. Bien entendu, rien dans l'appellation « groupement d'achat » ne prédispose à ce constat, sinon par convention

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

et pour envisager des relations autres que sociétaires entre les adhérents et les membres.

En général, cet *affectio societatis* partagé est défini par le règlement intérieur sur la base de quelques critères comme la spécialité professionnelle de l'activité du candidat, sa solvabilité, son volume d'affaires éventuellement, voire le territoire d'exercice. De même, les procédures d'adhésion sont définies sous le contrôle des règles du droit de la concurrence (cf. infra). Inversement, les techniques de sortie d'un membre, démission, suspension ou exclusion sont souvent prévues, sous certaines réserves d'ailleurs, notamment lorsqu'il s'agit de limiter la sortie des adhérents ([12]).

Ce fonctionnement ne rebute pas les entreprises de la grande distribution, bien au contraire : c'est le cas, par exemple de l'enseigne Leclerc, intégralement organisée selon cette formule, que ce soit sous la forme d'une société anonyme ou d'une autre forme sociale.

395 Centrales d'achats et de référencement. Les centrales d'achats, puis les centrales de référencement, sont des entreprises dont l'objet est de négocier, au profit de distributeurs, détaillants ou grossistes, des conditions d'achat plus avantageuse que celles qu'ils auraient obtenues sans le recours à cette centrale. De ce seul point de vue, il n'y a guère de différence avec les groupements d'achats, à ceci près que les relations entre les centrales d'achats et les distributeurs ne sont pas organisées par une relations d'adhérent-associé, mais par une relation de nature contractuelle, sur la base d'un *contrat d'affiliation.*

Les centrales d'achats sont souvent des déclinaisons de groupements d'achat qui auraient grossis, ou le développement de structures d'achats de distributeurs ou de groupes de distribution, qui ont pris une importance telle qu'elles ont pu devenir indépendantes de ces groupes qui en sont à l'origine, proposant leurs services à des distributeurs totalement étrangers, éventuellement à des concurrents, en plus que du groupe originel, certaines d'entre eux s'étant d'ailleurs organisés de manière intégrée.

C'est en ce sens que les centrales d'achat sont devenues les synonymes de l'idée de puissance d'achat, permettant ainsi d'obtenir des conditions encore plus avantageuses des fournisseurs.

C'est cette puissance d'achat qui permet à la centrale d'achats de se situer au centre d'un nœud de relations entre, d'une part, les points de vente (intégrés ou indépendants) à l'enseigne de la centrale ou sous une enseigne concurrente, et d'autre part les fournisseurs, impliqués dans une relation négociée, contraignante, sous le forme d'un *contrat de*

12 Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, n°97-10944 (clause d'agrément de 50 ans).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

référencement.

En pratique, la distinction entre centrale d'achats et centrale de référencement est assez difficile à cerner ([13]) : on considère en général que la centrale d'achats joue un rôle dans l'opération d'achat-vente ; elle centralise les achats via un contrat de mandat ou de commission à l'achat en étant, ou non, garant des paiements tandis que la centrale de référencement ne jour aucun rôle dans cette opération. Elle se contente de référencer les fournisseurs et négocier les prix et de mettre en relation les fournisseurs et acheteurs, jouant le rôle d'un courtier ([14]).

396 **Centrales d'achats et « supercentrales ».** Un arrêté du 5 novembre 1946 avait défini la centrale d'achat comme « *la centrale d'achats est un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus, sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée »***.** Un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 30 janvier 1974 ([15]) avait ajouté qu'une centrale d'achats se borne à exécuter les commandes de ses adhérents pour les faire bénéficier de conditions plus avantageuses que celles consenties au commerce indépendant ; la centrale d'achats agit vis-à-vis des fournisseurs comme commissionnaire et ne devient à aucun moment propriétaire des marchandises, qu'elle n'achète pas en vue de les revendre avec bénéfices. L'intérêt de ces définitions était de différencier les « centrales d'achats » des entités, telles les groupements d'achats, qui achètent et revendent.

Peu importe l'élément de distinction, il est toujours actuel : il existe des centrales d'achat qui s'interposent entre le fournisseur et le l'acheteur, qu'elle qu'en soit la forme, des centrales de référencement et des groupements d'achats qui achètent pour revendre. Elles assument alors les risques de l'achat, à savoir la gestion des stocks, les paiements, et des ventes, les livraisons, la garantie, les encaissements, etc. En revanche, l'avantage est que la centrale fixe alors, librement, ses prix de vente aux distributeurs.

L'expérience récente à illustrer la constitution de « supercentrales » d'achats, structure se substituant à des centrales d'achat, regroupées pour

13 Cass. com., 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck.

14 Cf. Déc. Cons. Conc., n°03-D-39, 4 sept. 2003, Plus International. V. F. Delbarre et C. Lavabre, Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement, D. 1985, Chr. P. 165, Centrales et supercentrales, JCP, éd. E, Cah. Dr. Entr. 1985, n°4, p. 1.

15 T. corr. Paris, 30 janv. 1974, RTD com. 1975, p. 185, obs. P. Bouzat. Adde : M. Soria, Les centrales d'achats, Th. 1962, St. Retterer, Centrales et regroupement d'achat et de référencement, Rep. Com. Dalloz, 2008.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

accroître encore leur puissance d'achat. L'analyse faite en termes de droit de la concurrence, au milieu des années 1980 ([16]) considérait que les supercentrales ne sont pas en elles-mêmes illicites, mais qu'elles peuvent fausser la concurrence en usant de la seule menace du déréférencement pour obtenir des remises inconditionnelles ou imposer la globalisation artificielle des commandes de leurs membres.

CHAPITRE 2
LES CONTRATS DU REGROUPEMENT A L'ACHAT

Section 1. Les contrats de l'adhérent avec la centrale d'achats

397 **Achat et revente.** Il n'existe pas de modèle imposé en matière de relations de regroupement et de technique utilisée par les « centrales », quelle qu'elles soient, ni même de la technique choisie pour la structure, selon qu'il s'agit d'une logique contractuelle ou sociétaire, ou encore de la taille, mini centrale réalisée pour un petit réseau de franchise ou maxi centrale de référencement, éventuellement internationale.

La première pour la centrale de ces relations, entre la centrale et les adhérents, peut ainsi emprunter à la technique élémentaire de la succession de ventes : le groupement achète à des fournisseurs et revend aux adhérents.

L'inconvénient pour la centrale est alors d'assumer la charge des obligations d'un acheteur, paiement du prix, transfert de propriété et charge du risque. Le groupement doit donc assumer toutes les fonctions d'un acheteur, la gestion de l'écoulement des marchandises, par une convention d'approvisionnement exclusif avec l'adhérent, en plus du contrat d'affiliation. En pratique, un contrat d'affiliation est ainsi conclu entre le groupement et l'adhérent, qui comprend toutes les exigences contractuelles d'un savoir-faire, les conditions de présentation du point de vente, etc. auquel est ajouté un contrat d'approvisionnement exclusif, ou d'approvisionnement prioritaire. Très souvent également, ces contrats sont de durée différente et considérés, par une clause de divisibilité, comme des contrats divisibles entre eux, ce que la jurisprudence tend, cependant, à contrarier ([17]).

L'avantage de pouvoir *revendre* et donc de ne pas supporter une exigence de transparence quant à ses prix d'achat. En ce cas, le groupement est, d'un point de vue tarifaire, un écran totalement opaque entre le prix des fournisseurs et le prix d'achat des adhérents ; c'est le

16 Avis, Comm. Conc. 30 oct. 1986, Rec. Lamy, n°269, note V. Sélinsky.
17 Cass. com., 12 juill. 201, n°10-22930 **> document J20.**

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

groupement, par exemple, qui est créancier, pour leur intégralité, des diverses réductions de prix consenties par les fournisseurs. Le groupement se présente donc comme un commerçant ordinaire qui réalise une *marge bénéficiaire* qui se présente comme un acheteur unique et peut donc représenter un fort pouvoir d'achat. Il doit alors assumer, à l'égard de son propre acheteur, des obligations de vendeur professionnel, éditer et communiquer des conditions générales de vente et, de manière plus générale, respecter les obligations posées en termes de transparence tarifaire des articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce.

398 Contrat de commission. La relation entre la centrale et les distributeurs peut également être organisée sur le fondement d'un contrat de commission, afin d'assurer une certaine homogénéité des relations entre la centrale et les affiliés, respectant les règles ordinaires du contrat de commission (C. com., art. L. 132-1) ([18]). Le groupement se présente alors comme un commissionnaire à l'achat, le point de vente étant le commettant, à l'égard des tiers, identifiés comme les fournisseurs. Le groupement agit, en outre, en son nom et pour le compte des commettants distributeurs : c'est en cela que l'opération assure une forme de regroupement à l'achat, comme si la centrale achetait pour elle-même. En revanche, précisément, elle n'achète pas pour elle-même, mais pour le compte des commettants qui deviennent donc propriétaires des marchandises : la centrale n'assume ni les obligations d'un acheteur à l'endroit des fournisseurs, ni celles d'un vendeur à l'égard des adhérents.

Ces contrats de commission sont conclus en général pour de longues durées de manière à rationnaliser les opérations de la centrale.

Les *obligations du commissionnaire* sont celles traditionnellement associées à ce contrat : obligation d'exécution de la mission, obligation de reddition des comptes, interdiction de se porter contrepartiste, obligation de ducroire et obligation d'information.

L'obligation d'exécution semble supposer que le commettant est le « maître » de l'opération dont le commissionnaire serait l'exécutant. En pratique, il n'en est rien. Pour les commettants distributeurs en effet, l'intérêt du contrat et du passage par la centrale d'achats repose sur les capacités de sélection des produits qui seront acquis par les distributeurs, ses capacités de négociation, de gestion : c'est bien la centrale qui est le « mâitre » de l'opération. En outre la centrale peut se substituer un tiers, par exemple une « supercentrale ». Il résulte donc de cette construction que, jusqu'à une certaine mesure, les approvisionnements et assortiments du magasin des distributeurs sont réalisés par la centrale : c'est elle qui, comme commissionnaire, réalise le processus d'achat sur la base d'un

18 Cf. M.-P. Dumont, L'opération de commission, Litec, 2000.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

« plan d'assortiment » qui détermine la liste des produits à acheter et d'un « plan d'achat » qui établit les quantités à acquérir. Sur cette base, des bons de commandes sont adressés aux distributeurs commettants, contenant toutes les informations récapitulant l'état de la négociation réalisée par la centrale. L'adresse des bons de commande par les distributeurs commettants constituent alors les ordres d'achat.

Cette obligation peut avoir pour corolaire une obligation de conservation, de réception et de livraison, notamment lorsque la centrale ne prévoit pas que les marchandises doivent être livrées chez les distributeurs commettants. Dans ce cas, la proximité avec les fonctions d'un acheteur sont plus grandes : chargé de réceptionner des marchandises, il assume une obligation de vérification de la conformité de celles-ci ([19]). Il reste que le commissionnaire n'est pas le propriétaire, c'est le commettant, qui peut d'ailleurs, en cas de redressement judiciaire du groupement, tenter de revendiquer les marchandises (C. com., art. L. 624-16).

L'obligation de reddition des comptes entraine pour conséquence que le commissionnaire doit rendre compte de la mission de commission et notamment restituer au commettant tout ce qu'il lui revient, à savoir les réductions de prix consenties par le fournisseur. L'enjeu est important, au regard des logiques des règles posées en matière de transparence tarifaire, mais surtout en termes d'abus de confiance.

L'interdiction de se porter contrepartiste repose sur la logique de l'opération de commission et ne pose pas de difficulté particulière. En pratique, les groupements disposent également de points de distribution et il résulte de cette interdiction qu'un tel groupement constitue une société filiale qui agit comme un commettant.

L'obligation de ducroire découle naturellement de l'opération, à l'inverse de l'hypothèse inverse, de commission à la vente où la clause de ducroire garantit le commettant vendeur du risque de non-paiement par le tiers. Dans l'opération de commission à l'achat, c'est le commissionnaire qui est chargé de payer le tiers fournisseur puisqu'il agit en son nom propre. Toutefois la difficulté se pose en termes de responsabilité financière au cas où le distributeur commettant, la centrale ou un fournisseur deviennent insolvables. Ainsi, le fait que la centrale commande en tant que commissionnaire et centralise les commandes conduit s'interroger sur l'obligation de payer reposant sur les commettants en cas de faillite de plusieurs centrales dans les années 1980-1990 ([20]). Si en revanche c'est le distributeur qui est insolvable, le commissionnaire est tenu du paiement au fournisseur ([21]), quand bien

19 Dans le cas contraire, Cf. Paris, 30 janv. 1974, LPA 1974, n°39, p. 14.
20 T. com. Paris, 25 sept. 1985, LD 1986/2.
21 Lyon, 6 déc. 1985, LD 1986/2.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

même les livraisons étaient réalisées directement chez le distributeur commettant, « révélant » ainsi au tiers la réalité du commettant.

Les *obligations du commettant* ne posent pas de difficulté : obligation de paiement du prix de la chose que le commissionnaire a avancé, remboursement des frais et avances (C. civ., art. 1999 et 2000) étant entendu que le commissionnaire est garanti contre le risque d'insolvabilité du commettant, par un privilège sur la valeur des marchandises (C. com., art. L. 132-2) et par la reconnaissance d'un droit de rétention sur les marchandises ([22]). En outre, les fournisseurs assurent le paiement d'un certain nombre de réductions de prix et avantages pécuniaires accordés par les fournisseurs, sous la forme de remises, ristournes et rémunération de prestations de services, la garantie de paiement, de solvabilité, la centralisation des commandes, des livraisons, etc. C'est d'ailleurs le principal objectif de la centralisation des commandes. Simple commissionnaire, la centrale n'est alors, en principe, pas créancière de ces sommes, qui sont dues aux commettants, sauf précisions particulières.

399 **Contrat de mandat et mandat de référencer.** Dans d'autres circonstances, et notamment lorsque la centrale agit comme un référenceur, le groupement peut agir comme un mandataire, c'est-à-dire de manière transparente, au nom et pour le compte des distributeurs mandants.

On pourrait même considérer que cette technique est la technique de « droit commun » des relations entre groupement et adhérents, dans la mesure où on peut considérer que, en l'absence de précision particulière, c'est celle qui doit être retenue, sur le fondement de l'article 1984 du Code civil.

On retrouve alors les obligations du mandat, sans aucune originalité, obligation d'exécution, de reddition des comptes, pour le mandataire, obligation de paiement et de remboursement des frais et avances pour le mandant avec, cependant, la question de la rupture du contrat par le mandant, alors que le contrat pourrait être considéré comme un mandat d'intérêt commun.

La technique ne devient original qu'en tant qu'elle impose, comme mission principale à la charge du mandataire, celle de sélectionner les fournisseurs, et de négocier les prix des ventes qui seront conclues, ce qui a été considéré comme déterminant d'activité de *référenceur.* C'est la technique la plus souple, pas nécessairement la plus rentable pour un regroupement, au regard de l'hypothèse de l'activité d'achat-vente, mais

22 Cass. com., 20 mai 1997, JCP, éd. G, 1997, I, 4054, n°10, obs. M. Cabrillac, JCP, éd. E. 1998, p. 221, n°6, obs. Ph. Delebecque, D. 1998, p. 479, note F. Kenderian.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

permet une gestion souple d'un nombre considérable de fournisseurs référencés et d'opérations commerciales.

Le référenceur réalise alors plusieurs opérations. Il est d'abord chargé de sélectionner les fournisseurs référencer, ou à référencer, et d'en dresser une liste. Cette liste est fournie aux distributeurs et c'est sur cette liste que ces derniers choisiront les vendeurs. Il est ensuite chargé de négocier les offres proposées parles fournisseurs référencés, étant entendu que ces offres de vente sont adressées aux distributeurs, puisque ce sont ces derniers qui seront les acheteurs (avec ou sans mandat d'acheter à la centrale) et que la centrale regroupe alors l'ensemble de ses offres pour assurer cette négociation ([23]).

La convention permet alors de prévoir l'ensemble des relations établies entre les parties les flux financiers, voire des prestations. Ainsi les flux financiers sont, en principe, transparents : la centrale assure ainsi le rôle de centralisation des paiements, parfois avance le paiement aux fournisseurs. Inversement, toutes les réductions de prix sont dues aux adhérents. Toutefois la rémunération de la centrale s'effectue soit parle paiement de « cotisations », soit par la rémunération de prestations de services centralisées, la facturation, la centralisation des paiements, celle des réductions de prix, la publicité, l'organisation de promotions, etc. En pratique, la centrale établit un compte avec ses adhérents dans lesquels se compensent ainsi les sommes qui sont dues entre les parties ([24]). En outre, la centralisation des paiements, associée aux délais de paiement accordés par les fournisseurs génère des flux de trésorerie considérables pour la centrale qui réalise, ce faisant, souvent d'importants produits financiers dont elle profite, seule.

400 Contrat d'affiliation. La notion d' « affiliation » est une appellation de circonstances, qui n'est d'ailleurs pas propre au secteur du droit de la distribution et qui est étrangère à la logique de « filiation » du droit des sociétés. La convention d'affiliation ([25]) est ainsi une convention au contenu variable, qui permet simplement de profiter de la puissance d'achat de la centrale et d'ajouter d'ailleurs à celle-ci. L'affilié de ce groupement peut, en effet, être un affilié simple, qui profite de l'exécution de la relation entretenue avec le groupement ou, et *a priori* aucune logique juridique n'impose un lien plus intense, ou bien entretenir une relation plus profonde en ce sens qu'il entend également profiter d'autres éléments, plus structurants avec le groupement, et notamment la

23 Cf. Versailles, 16 déc. 1987 in M.-E. André, Oui le contrat de référencement existe, JCP, E, 1988, cah. Dr. entr. 1988, n°2, p. 27 ; Cass. com. 20 mai 2003, n°00-14239 **>document J21.**

24 Comp. Cass. com. 18 févr. 2003, n°00-13369.

25 M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Litec, 1991, sp. n°120 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

mise à disposition de signes distinctifs, voire une licence de marque, un transfert de savoir-faire, etc. Bien souvent d'ailleurs, le modèle d'adhésion à un groupement implique la conclusion d'un contrat d'affiliation, dans le développement d'une logique de réseau de distribution sous sa marque par la centrale. Ainsi on trouve des réseaux de distribution qui entretiennent des relations d'affiliation simple avec une centrale mais en développant leur propre réseau, au côté du réseau intégré de cette centrale qui entretient alors des relations plus intense avec ces distributeurs.

Ce contrat, longtemps confidentiel, a été placé sous les feux de l'actualité juridique à travers un avis de l'ADLC du 7 décembre 2010 ([26]) puis par un projet de loi qui prévoyait, sur la base des conclusions proposées par l'avis de 2010, de réglementer les contrats d'affiliations. Ainsi le projet d'article L. 340-1, I, du Code de commerce envisageait de définir le contrat d'affiliation, dans le domaine de la distribution alimentaire, comme « *un contrat, conclu entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitre V et VI du titre II du Livre er, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et d'autre part, toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce alimentaire de détail au sens de l'article L. 340-2. Conclue en sus de tout autre contrat pouvant existerpar ailleurs entre les parties, elle comprend des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant ».* Elle aurait en outre été conçue comme une convention cadre.

On isole, en effet, dans les conventions d'affiliation, plusieurs logiques selon que l'affilié est un contractant ordinaire, un tiers, indépendant, possédant un point de vente qui conclut un contrat d'affiliation comme il aurait pu conclure un contrat de franchise par ailleurs, ou un contractant particulier, dans le cadre notamment d'une relation plus structurelle avec la centrale. En pratique, cela regroupe les

26 ADLC, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire* : JCP E, 16 décembre 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté; JCP G, 14 février 2011, 177, note N. Dissaux; JCP E, 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal; V. également A. Lecourt : RLDA, 2012, n° 67Comp. ADLC, déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2012, comm. n° 43, obs. M. Malaurie-Vignal; D. 2012, p. 577, chron. D. Ferrier – V. également : ADLC, déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire* : Contrats, conc., consom. 2011, comm. n° 114, obs. M. Malaurie-Vignal; RTD com. 2011, p. 528, note E. Claudel; Concurrences 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; RLC 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinky.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

hypothèses dites du « commerce intégré » et du « commerce associé » ou « coopératif ».

Ainsi trouve-t-on des obligations d'achat exclusif, ou quasi-exclusif, laissant au distributeur une marge de liberté pour l'acquisition de produits locaux par exemple, des transferts de savoir-faire, la mise à disposition d'une marque, de signes distinctifs, etc. : le contrat d'affiliation notamment dans le cadre de la distribution alimentaire est parfaitement assimilable à un contrat de franchise. Certaines enseignes de la grande distribution concluent d'ailleurs des contrats de franchise expressément désignés comme tels.

En contrepoint, d'ailleurs, de l'avis du 7 décembre 2010 et du projet de loi Lefebvre, on peut discerner un certain nombre de difficultés particulières. L'avis de 2010 avait plus spécifiquement stigmatisé plusieurs clauses, pratiques ou mécanismes comme susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels que le projet de loi de 2011 avait relayés.

Par exemple, le projet de loi prévoyait que « *toute stipulation comprise dans un contrat conclu entre les deux parties faisant obstacle à la mise en jeu des stipulations énoncées par ladite convention est réputée non écrite* » mais en outre qu' « *il ne peut être dérogé par voie contractuelle à ses stipulations que par modification de cette même convention* » ([27]) : la convention d'affiliation primerait donc les stipulations des contrats déjà conclus par les parties, ainsi que le contenu des contrats qu'elles seraient amenées à conclure dans le cadre de la relation dont elle se trouve à l'origine et par exemple de dispositions statutaires ou de conventions annexes. De même le projet d'article L. 340-1, II du Code de commerce envisageait que *« les stipulations applicables du fait de l'affiliation y sont regroupées selon les rubliques définies par un décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence ».*

Il en résultait un projet imposant un contrat écrit et obligatoire pour le commerce alimentaire (Proj. Art. L. 340-2) sous la forme d'un « document unique » avec une remise du projet deux mois avant sa signature « *à peine de nullité* » ce qui, si on fait le parallèle avec les dispositions de la loi Doubin, laisse penser que ces contrats sont à l'origine de certaines déséquilibres contractuels.

De même la durée de ces contrats peut poser difficulté, ce qu'avait noté l'avis du 7 décembre 2010 : « *la durée longue des contrats et leur reconduction constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution* » ([28]) : le projet prévoyait d'ailleurs une limitation de cette durée, à six ans et l'aménagement du

27 C. com. Proj. Art. L. 340-1, I, art. L. 340-6.
28 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

préavis en cas de non renouvellement.

Enfin, le projet projetait de limiter les clauses compromissoires et l'organisation d'un droit d'entrée. En pratique en effet, des clauses compromissoires sont souvent prévues pour régler les litiges nés de ces contrats ; la multiplication des conventions, au lieu d'une convention unique aboutit alors à multiplier les litiges et les enchérir. La question pourrait donc se poser de savoir si c'est le jeu des clauses compromissoires qui pose difficulté ou la multiplication des contrats. En outre, le droit d'entrée versé par l'affilié est en pratique souvent reporté à la sortie du contrat et parfois prévu de manière proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé pendant le contrat : l'exigence, en fin de contrat, du droit d'entrée peut alors constituer un frein particulier à la circulation du contrat ([29]).

Dans le même esprit, le projet envisageait d'interdire ou de limiter les clauses de non concurrence mais encore les clauses organisant un droit de préférence ou de préemption portant sur les immeubles, les titres sociaux ou sur le fonds de commerce au bénéfice de la société en relation avec l'affilié ou bien au profit d'un tiers en relation contractuelle avec ce dernier. Cette dernière question est en effet, dans l'avis du 7 décembre 2010, comme dans la jurisprudence, une difficulté cardinale de ces relations ([30]). Des clauses de préemptions, de préférence ou de promesse de vente, parfois combinées, sont très souvent stipulées au profit des autres associés de celle-ci, qui peuvent être la centrale elle-même ou des personnes physiques ou morales exploitants d'autres sociétés adhérentes de la centrale. L'objectif est alors évident, il s'agit pour les bénéficiaires de ces droits de tenter de préserver le point de vente à céder dans le giron de la centrale. Certains auteurs évoquent à ce propos la notion de « franchise participative », qui est voisine de celle de « commerce associé « selon la formule propre au droit de la grande distribution pour évoquer la situation d'un réseau de franchise dans lequel le franchiseur participe, de manière forte ou faible, au capital des sociétés franchisées ([31]).

Or ces clauses, contractuelles ou statutaires, ne sauraient faire obstacle au principe de libre négociation des titres sociaux : ils ne sauraient empêcher le propriétaire des titres de la société exploitant le point de vente de les céder, quand bien même les parties se seraient pas d'accord sur le prix. En ce cas, le recours à un tiers expert, sur le fondement de

29 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°139-141.

30 Cf. D. Mainguy, Autopsie d'un puzzle juridique (les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente), Mélanges J. Foyer, 2007, p. 655.

31 B. Dondero, L'instrumentalisation du droit des sociétés, la franchise participative, JCP, éd. E, 2012, 1671.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'article 1843-4 du Code civil s'impose, à condition cependant que l'expert désigné soit parfaitement libre de déterminer le prix ([32]) et non contraint par des techniques d'évaluation fixée dans la clause le désignant ([33]).

De manière plus générale d'ailleurs, les points de vente des distributeurs sont l'enjeu d'une concurrence particulière entre les enseignes de la grande distribution, incitant ce faisant ces dernières à muscler parfois de manière forte les conditions de sortie, soit par voie de résiliation, de non renouvellement ou de cession du point de vente par des pénalités ou la perte du droit à percevoir des ristournes ([34]) ou de paiement du droit d'entrée reporté à la fin du contrat. L'ensemble pourrait alors conditionner l'appréciation de la validité du montage contractuel et sociétaire, par exemple au regard des règles du droit de la concurrence ([35]).

---

32 Cf. Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°334.

33 Cf. Cass. Com. 19 déc. 2006, n°05-10198, 05-10199, 03-21042 **> document n°J23.** V. aussi Cass. com. 7 janv. 2004, n°00-11692 : *« mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que les conventions entre actionnaires sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulations impératives des statuts ou à l'intérêt social ; que l'objet du pacte du octobre 1993 en cas de projet de cession à des tiers de l'un des actionnaires est d'instituer une procédure permettant d'accorder la préférence aux autres actionnaires sans porter préjudice à la libre négociabilité des actions à un prix, soit convenu conventionnellement entre les parties, soit, à défaut, déterminé à dire d'expert choisi sur une liste agréée par elles, et n'est pas contraire à l'ordre public, ni aux dispositions statutaires auxquelles le pacte fait expressément référence, en particulier à la clause d'agrément et de préemption régie par l'article 12 des statuts,, ni àl'intérêt social, qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel qui n'avait pas d'autres recherches à faire, a pu statuer comme elle a fait ».*

34 Cass. com. 22 févr. 2000, *Abissirah*, Bull. Civ. IV, n°35.

35 Cass. com. 30 mai 2012, n°11-18024, JCP, éd. E, 2012, 1641, note B. Dondero, JCP, éd. E, 2013, obs. D. Mainguy **>document J24** *« Attendu que pour dire n'y avoir lieu à prononcer la nullité de l'ariticle 34 des statuts de la société Lioser [lequel imposait que la décision de résiliation du contrat d'affiliation fû prise avec l'accord de la centrale], l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L 225-96 du Code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il rentient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. C. contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le covert de la société ITM Region Parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocag qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ; attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par laminorité de blocage dont disposait la société ITM Région Parisienne et comte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99%, n'avait pas pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté*

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Ainsi les conclusions de l'avis du 7 décembre 2010 ([36]) permettaient de tenir de ses recommandations, à savoir, la conclusion d'une convention unique, éventuellement assortie de contrats d'application, la communication préalable du projet de contrat, avant sa conclusion et le renforcement de l'obligation d'information précontractuelle au candidat affilié, la limitation de la durée du contrat à cinq ans et l'harmonisation des durées et effets du contrat, l'élimination des droits de priorité au profit d'un groupe de distribution, la limitation des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat ou dans les statuts des sociétés communes à une durée de une année, l'étalement du paiement des droits d'entrée à la place des clauses de paiement différé, l'encadrement des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés exploitants un point de vente affilié. Dans tous ces points, certains imposent très certainement une intervention législative, tandis que d'autres pourraient être simplement mis en œuvre par le juge, sans trop de difficulté, à la condition cependant d'observer, au cas par cas, la réunion des éléments de nature à vérifier l'existence d'un effet anticoncurrentiel. Or, par hypothèse, les litiges individuels rendent très difficile une telle appréciation, générale, ramenée à un cas isolé ([37]).

Section 2. – Les contrats du fournisseur avec la centrale d'achat : le contrat de référencement

401 Contrat de référencement. Le référencement est l'opération par laquelle la centrale de référencement sélectionne et négocie les offres d'un fournisseur. Ce qui peut paraître comme relativement unilatéral, le fournisseur apparaissant neutre dans l'opération, est souvent synallagmatique : le fournisseur trouve là l'opportunité d'avoir accès à tous les points de vente affiliés de la centrale.

Parce qu'originale, l'opération a été analysée de plusieurs manières pour expliquer le fait que le référencement allie le fournisseur à la centrale tandis que les ventes s'effectuent directement entre le fournisseur et les adhérents. Ainsi, au départ, certains y ont décelé une application du mécanisme de la stipulation pour autrui ([38]) où le

contactuelle et de la concurrence, la cour d'appel à privé sa décision de base légale (...) ».

36 ADLC, avis n°10-A-26, 7 déc. 2010, préc, n°162 s.

37 Cf. Paris, 13 juin 2012, RGn°1010056397 , qui rappelle que l'avis de 2010 *« est un avis de portée particulièrement générale, qu'il n'a aucune force obligatoire et ne peut être émis que pour l'avenir, dès lors que la loi et la jurisprudence continuent de réaffrimer la parfaite validité de tels droits de préférence ».*

38 D.-R. Martin, La stupulation de contrat pour autrui, D. 1994, Chr. P. 145, M. Béhar-Touchais, obs. in RLC 2005/2, n°137.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

groupement interviendrait comme stipulant, les fournisseurs comme promettant et les adhérents en qualité de tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui. Le stipulant pourrait alors exiger du promettant l'exécution des obligations contractées au profit des adhérents. D'autres y ont vu une promesse unilatérale de vente consentie par les fournisseurs ([39]), mais la plupart considèrent que le contrat de référencement est une application de l'opération de courtage. La centrale est le courtier qui s'entremet dans la relation entre le fournisseur et l'adhérent-affilié. Cette analyse est celle qui est aujourd'hui retenue par la jurisprudence ([40]). En effet, dans une opération de référencement, en tant que celle-ci se distingue des autres opérations, la centrale n'intervient pas comme acheteur, ni pour elle-même ni pour le compte des affiliés : elle se contente de mettre en relation les fournisseurs qu'elle a par ailleurs référencés et les adhérents, négocie les conditions des ventes à intervenir au mieux des intérêts des adhérents, mais son intervention ne dépasse pas cette mission. Elle ne garantie pas le paiement, elle ne commande pas, n'exécute pas les ventes. Les ventes de marchandises sont directement conclues et exécutées entre les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés. La centrale n'intervient dans ces ventes ni au nom, ni pour le compte d'autrui, ni en son nom personnel, comme mandataire ou comme commissionnaire ([41]).

402 Obligations du référenceur. En tant que référenceur, le groupement n'assume que des obligations ténues. Pourtant, la question se pose fréquemment de l'alourdissement de ces obligations, notamment en cas d'impayés par les adhérents de la centrale des marchandises vendues. C'est dans ce cadre que la nature du contrat de référencement s'est posée pour retenir celle de courtier et, ce faisant, l'absence de garantie de paiement au profit du fournisseur ([42]), sauf si une clause particulière l'organisait. Par conséquent, le fournisseur ne peut compenser les sommes dues par les adhérents avec les ristournes ou sommes dues à la centrale ([43]). De même, la centrale ne commet pas de faute en ne renseignant pas le fournisseur sur la solvabilité des affiliés, là encore sauf

39 L. Bernard, Les sociétés de coopératives de commerçants détaillants, Th. Paris II, 1975.
40 Cass. com.6 déc. 1988, n°86-17310, Cass. com. 17 mars 2004, n°01-10103 **>document J22**, CCC 2004, n°91, obs. L. Leveneur, JCP éd. E, 2004, n°752, obs. D. Mainguy.
41 Comp. Cass. com. 22 mars 1994, n°92-11087.
42 Cass. com. 23 oct. 1990, n°88-13468, JCP, éd. E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck, Cass. com. 16 janv. 1990, n°88-11541, Cass. com. 28 mai 1991, n°88-19359, RTD civ. 1992, p. 86, obs. J. Mestre.
43 Cass. com. 28 mai 1991, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

clause contraire ([44]).

En revanche le référenceur s'oblige, du fait du référencement, à transmettre les offres aux distributeurs. Le rôle de la centrale de référencement est précisément de communiquer aux adhérents la liste des fournisseurs référencés, des produits objets du référencement, leurs conditions de vente, les prix et les avantages tarifaires. Cette obligation, à l'égard du fournisseur, est même la contrepartie, pour ce dernier, du référencement, en ce que le référencement, et le prix payé pour ce dernier, assure au fournisseur l'accès aux affiliés et, ce faisant à leur capacité d'achat.

C'est là poser l'avantage important que le contrat de référencement créé pour le fournisseur et ce faisant la rémunération due au référenceur, souvent posée en un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec les distributeurs ([45]). On peut alors se demander si le montant de cette rémunération doit ou non être communiquée et remis aux distributeurs, si elle est due sur le chiffre d'affaires réalisé, même non payé par le distributeur ([46]) ou bien sur le seul chiffre d'affaires réalisé et payé ([47]). Toutefois l'article L. 442-6, II, b) du Code de commerce limite ce type de possibilité en interdisant les clauses qui assureraient le paiement d'un « droit d'accès » au référencement préalablement à la passation d'une commande.

403 Obligations du fournisseur. Le résultat de la négociation entre le référenceur et le fournisseur se traduit par l'établissement de la relation, voire du contrat, de référencement, le plus souvent sur une durée d'une année. Il en résulte que le fournisseur s'oblige à maintenir son offre auprès des distributeurs, dans les conditions posées par la négociation pendant cette année.

En outre le fournisseur doit rendre des comptes sur les opérations réalisées avec le référenceur.

44 Cass. com.6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.
45 Versailles, 16 déc. 1987, préc., Cass. com. 23 oct. 1990, préc.
46 Cass. com.6 déc. 1988, préc., Cass. com. 16 janv. 1990, préc.
47 Cass. com. 23 oct. 1990, préc.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

TITRE 2 LES TECHNIQUES DE REGROUPEMENT A LA VENTE

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

CINQUIEME PARTIE

LES CONTRATS DE VENTE ET D'ENTREPRISE DE LA DISTRIBUTION

404 La complexité des relations de distribution n'obère pas le fait que la fonction de distribution demeure d'acheter pou revendre, ou du moins de participer à la distribution de produits, qui seront acheté par des utilisateurs terminaux, ou de services.

Les relations de vente et de prestation de services qui sont ainsi nouées entre lefournisseur et le distributeur ne semblent relever que des dispositions de droit commun : rares sont les règles spécifiques à cette question. Les articles L. 330-1 et 2 du Code de commerce, remplaçant la loi du 5 octobre 1943, réglementent la durée des clauses d'exclusivité dans les ventes de biens meubles, mai sen un temps où on confondait *vente* et *contrat de fourniture*¸ plus exactement où la distinction ne frappait pas les esprits.

En revanche ces règles sont envisagées par des règles du droit de la concurrence, ou plus exactement par des règles inscrites dans le Livre IV du Code de commerce consacré aux droit de la concurrence, au travers de ce que l'on désigne en droit français comme les pratiques restrictives de concurrence, plus spécifiquement les règles intéressant la *transparence*.

L'un des questions, un peu théoriques, de la matière consiste à se demander si les règles posées en la matière sont réellement des règles du droit de la concurrence, comme leur positionnement dans le Code de commerce le suggère, ou des règles mixtes, voire, des règles de droit des contrats, perdues au milieu de règles du droit de la concurrence. Cette question est sans doute insoluble [48] mais elle mérite d'être posée dans la mesure où la réponse à cette question permet, peut-être de régler un certain nombre de problèmes juridiques particuliers, par exemple celui du régime de la responsabilité associée à l'article L. 442-6 du Code de commerce.

On pourrait s'étonner que les règles du droit commercial de la vente soient envisagées par des règles, souvent impératives et parfois pénalement sanctionnées, plus rigides que celles du droit civil de la vente et ce d'autant que ces règles interviennent souvent au temps de la formation de la vente commerciale. Or, on pourrait rapidement considérer que la formation de la vente commerciale est précisément le temps où la liberté contractuelle est reine : les commerçants, les professionnels, sont *a priori* des contractants qui ne souffrent pas des différences de puissance économique que l'on rencontre par exemple

48Cf. M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, Dalloz, 2001.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

dans la relation professionnel-consommateur. On pourrait également estimer, et c'est sans doute ce qui justifie l'intervention législative en la matière, que la différence de puissance économique peut exister parce que la différence de puissance économique s'exprime, précisément, de manière économique, comptable, et de manière implacable pour l'activité d'une entreprise, de sorte que loin de contrarier le principe de liberté contractuelle cet interventionnisme aurait pour objectif de le protéger au contraire.

Une dernière remarque permet de faire observer que les règles en la matière n'utilisent pas toujours le vocabulaire contractuel usuel, évoquant par exemple la figure des « relations commerciales » pour évoquer des situations qui tantôt sont des contrats, des contrats cadres par exemple, tantôt des successions de contrats de vente, comme s'il existait un contrat cadre mais, sans, précisément, cet encadrement où la « relation » n'est pas équivalente à un contrat. C'est encore le cas de la formule du « partenaire » économique ou commercial, à la place du contractant, dont la signification nest pas nécessairement neutre.

Chapitre 1. La conclusion des contrats de vente et d'entreprise de la distribution

405 La conclusion des contrats de vente et d'entreprise, l'entrée dans la « relation commerciale » repose sur des techniques ordinaires relevant de la « négociation des contrats d'affaires (cf. supra, 1ère Partie), avec ceci de particulier que des règles spécifiques entendent encadrer ou contrôler la conclusion de ces contrats.

Section 1 le processus de conclusion

406 **Refus de contracter.** Pendant très longtemps, depuis 1940 jusqu'à 1996, la réglementation économique sanctionnait, pénalement, puis simplement civilement ce qu'on appelait le refus de contracter [49] ou refus de vente. L'objectif était alors d'empêcher les fournisseurs de refuser de vendre aux entreprises de la grande distribution naissantes.

49 V. J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, 1960, A. Decocq, *Sur l'abolition du délit civil de refus de vente : JCP* 1997, I, 3997. Il avait été interdit par l'article 38 de la loi du 21 octobre 1940 (*sic*) qui visait à protéger les consommateurs contre les commerçants qui, en période de pénurie, pratiquaient des stockages abusifs afin de majorer les prix (dans le cadre d'un marché noir naissant). L'interdiction fut ensuite reprise par le décret du 9 août 1953, intégré dans l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945, dans un but alors tout autre ; il s'agissait de favoriser le développement de la grande distribution naissante, toujours dans une période de pénurie, mais à vocation à la consommation de masse.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Aujourd'hui un refus de vente n'est plus réphérensible en lui-même, n'est plus une présomption de faute [50], à moins de parvenir à démontrer l'existence d'une telle faute.

Toutefois, la sanction du refus de vente au titre des ententes ou des abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et L. 420-2) [51] demeure d'actualité.

407 Transparence et opacité de la négociation. Le problèmeposéest le suivant : la négociation, verticale, entre un fournisseur (en concurrence avec d'autres fournisseurs) et un distributeur (lui-même en concurrence avec les autres distributeurs) peut-elle répondre aux canons ordinaires de la négociation, à savoir, la liberté de la négociation, liberté de conclure ou non un contrat (refus de vente), simple obligation de négocier de bonne foi, sans exclusivité, sans obligations de révélation d'une négociation parallèle ni du contenu de cette négociation, c'est-à-dire dans le respect du *secret des affaires*, du *secret de la négociation* et donc de l'opacité de celle-ci et de son résultat. Dans cette situation, le résultat de la négociation dépend de la capacité de négocier du distributeur, opposée à la capacité de résister du fournisseur, et ce indépendamment du fait que le fournisseur est en relation avec l'ensemble ou la plupart de ces distributeurs. Le résultat peut-être alors que deux distributeur d'égale force économique peuvent être traités différemment ou, qu'inversement, deux distributeurs d'inégale capacité d'achat soient traités également. C'est cette situation que l'on désignait comme présentant des situations de discrimination tarifaire ou contractuelle. C'était le cas depuis l'ordonnance de 1945 et surtout depuis l'ordonnance de 1986. Celle-ci avait orgnaisé un régime très contraignant, dont les articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce sont les héritiers, qu'on désignait comme celui de la *« transparence tarifaire »*[52].

Ces règles s'inscrivaient dans une perspective de *réglementation* des relations établies entre les « producteurs » et la « grande distribution », portant sur des enjeux financiers colossaux et qui sont structurellement déséquilibrées : quelques grandes enseignes de la grande distribution (cinq majeures) et un grand nombre de producteurs de taille différente, de

50Cass. com., 26 janv. 1999 :*Bull. civ*. IV, n° 23 ;*RTD civ.* 1999, 380, obs. J. Mestre.

51 CA Versailles, 26 avr. 2001 : *RJDA* 2001, n° 916 ; *Cah. dr. entr*. 2002/3, n° 5, obs. D. Mainguy.

52V. M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire,* Act. dr. ent. t. 18, Litec, 1998 ; F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence,* L'Harmattan, 2002, L. J. Vogel, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire : JCP* E 1995, I, 436 ; M. Malaurie-Vignal, *Transparence tarifaire et liberté contractuelle : JCP* E 1996, I, 537. *Adde* P. Pigassou, *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises : RTD com*. 1995, p. 693.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

la petite PME locale à des multinationales qui tous partagent une même logique : elles n'ont, en France que six clients majeurs. Constamment modifées depuis 1986, et jusqu'à la LME de 2008 et récemment la loi *Hamon* de 2014, ces règles établissaient une forme de *police des relations commerciales* en plusieurs étages.

En premier, l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce prohibait (créant une faute civile particulière plus exactement) les discriminations tarifaires, jusqu'à 2008.

Deuxième étape, pour s'assurer que cet objectif était observé, l'article L. 441-6 du Code de commerce imposait une forme originale de publicité des conditions générales de vente, par l'obligation faite à un fournisseur de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur qui en fait la demande, lesquelles conditions devaient être complètes et contenir tous les avantages tarifaires, sauf les avantages de coopération commerciale. Ce faisant, chaque distributeur était en mesure de comparer les offres des fournisseurs et, bien entendu une difficulté reposait sur la définition de ces mystérieux contrats de coopération commerciale. Cette exigence fut étendue en 1993 aux prestataires de services à titre professionnel, essentiellement pour répondre à des dysfonctionnements dans le secteur de la publicité. C'est en ce sens que la négociation entre fournisseur et distributeur était limitée : le principe de non-discrimination ajouté à l'obligation de communiquer ses conditions générales de vente prévenaiten principe toute différenciation. Toutefois, une certaine forme de négociation demeurait possible mais de façon contrôlée, à travers les conditions particulières qu'étaient les contrats de coopération commerciale.

Troisième étape, pour s'assurer que cet objectif était observé, les articles L. 441-3, 4 et 5 du Code de commerce imposent certaines mentions – principalement les réductions de prix accordées – sur les factures émises par les fournisseurs.

Enfin quatrième étape pour s'assurer que cet objectif était garanti, la prohibition de la revente à perte (C. com., art. L. 442-2, 3 et 4) permettait, notamment pour quelques produits particulièrement concurrencés, de vérifier que des réductions de prix occultés n'ont pas été accordées. Si en effet un distributeur qui revend des produits à prix coûtant observe que son voisin vend à un prix inférieur, il pourra soupçonner une revente à perte interdite ou bien le fait que ce distributeur a obtenu des avantages tarifaires qui lui ont été dissimulés, une discrimination donc.

L'objectif était alors clairement de favoriser une forme d'alignement automatique des tarifs sur le mieux disant, sous la réserve que la négociation des contrats de coopération commerciale n'aspire pas toute la négociation (ce qui advint évidemment), et donc de lutter contre les

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

disciminations contractuelles. La justification économique reposait sur une conception, sans doute un peu naïve, de l'intérêt du consommateur, et selon lequel l'opacité des tarifs et de la négociation serait un facteur d'inflation des prix. A l'inverse, la publicité de prix aurait été un facteur de de baisse des prix dans la mesure où chaque fournisseur, et chaque distributeur aurait été placé en situation d'égalité dans l'établissement de ses prix. Un fournisseur avait en effet non seulement le devoir mais même intérêt à proposer à tous les distributeurs le même prix, donc le même prux aux enseignes plus faibles économiquement qu'au plus grosses en mesure de dsiter un comportement, sauf à risquer qu'un distributeur apprenne qu'il était plus mal traité qu'un autre (à l'occasion d'un rachat par exemple) et en tire des conséquences désagréables (contre lesquelles les réponse législatives, dont l'article L. 422-6, I, 5° étaient faibles).

La conception semblait naïve en ce que la sitaution de concurrence n'était, en toute hypothèse, pas égale entre les fournisseurs, ni entre les distributeurs ni même entre les fournisseurs et les distributeurs et parce que l'exception de négociation libre et secrète des contrats de coopération commerciale ouvrait la voie vers la contradiction du principe affirmé.

Depuis 2008, la solution est inversée : la négociation est, sinon libre, du moins libérée et l'opacité et le secret de la négociation n'est plus sanctionnée, voire promue. Le résultat est donc exactement l'inverse du précédent : la loi valide désormais l'existence de différenctiations contractuelles, existant par le seul effet de la négociation, et donc de l'intérêt des parties face à la rencontre d'une offre et d'une demane, peu importe qu'une contrepartie réelle soit l'objet de l'avantage négocié. Le traitement disciminataoire des distributeurs par les fournisseurs est donc possible. Ce serait d'ailleurs plutôt l'inverse : les distributeurs, et notamment les plus puissants, peuvent négocier des conditions de vente que les moins puissants ne peuvent atteindre. A bien des égards, le nouveau système permet d'accroître les différences entre les puissances d'achat, accentuant l'effet de puissance d'achat contre lequel le régime ancien luttait, au risque de voir disparaître des enseignes plus faibles ou être absorbées par les plus gros. L'opacité de la négociation aurait ainsi pour avantage d'accroître les efforts de négociation et donc de faire baisser les prix, au risque de provoquer une « guerre » des enseignes conduisant à une oligopole, voire un duopole des plus puissants sur le marché.

408

409

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

SIXIEME PARTIE

LES CONTRATS DES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

410 Les relations de distribution, en tant qu'elles s'inscrivent entre les fournisseurs et les consommateurs sont, par nature, des relations d'intermédiation dans la mesure où il s'agit de mettre en relation un vendeur réel, celui qui a fabriqué la chose vendeu, et un acheteur réel, celui qui va l'utiliser. Le ditributeur, quand bien même il aurait acheté la chose pour la revendre, l'aurait stockée, voire modifiée, n'est jamais qu'un vendeur ou un acheteur « d'usage » en quelque sorte, un passeur.

Pourtant, juridiquement, la distinction est ou semble nette entre les opérations par lesquelles le distributeur achète la chose, et prend ainsi le risque, considérable, attaché à la propriété de cette chose (stockage, risque de merte, de pévente, etc.) et les opérations par lesquelles le distributeur n'achète pas pour revendre et assume une véritable relation juridique d'intermédiaire.

On distingue ainsi nettement les relations, les structures, les réseaux qui assurent la distribution par l'encadrement ordonné de ventes, à destination de revendeurs qui les revendront et les relations de distribution fondées sur d'autres logiques juridiques, celle de la représentation notamment voire de salariat, à travers ce qu'on appelle la *« force de vente »*, c'est-à-dire l'ensemble des personnes chargées d'assurer la diffusion des marchandises ou des services distribués, ceux qu'on désigne de manière général comme les « *vendeurs », les* « *commerciaux »* ou les *« chargés de clientèle »*, etselon différentes techniques, le placement d'échantillons, la gestion de comptes, la prescription, l'apport d'affaires, la gestion de la vente à distance ou à domicile, par Internet ou par catalogue, l'analyse de marché, le service après vente, le conseil, etc.

On évoque aussi souvent le terme de « diffuseur » ([53]) comme technique de désignation générique des opérateurs de la distribution dont la fonction est de présenter des produits, ou des services, à des clients potentiels. Le terme est élégant et expressif : on voit très bien le rôle de la « diffusion ». En revanche, le terme est peu signifiant pour catégoriser des types de contrats ou des statuts. La diffusion peut en effet être

53 Cf. F. Ferrier, op. cit., n°39s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

réalisée par des acheteurs-revendeurs, des mandataires, des salariés, par des salariés du fabricant ou d'un distributeur, par des professionnels de la diffusion ou par des « amateurs » comme dans le cas de la distribution par *« home shopping »* ou en *« home party »*, par un professionnel qui consacre toute son activité aux produits d'un fabricant, ou au contraire à plusieurs produits de plusieurs fabricants, voire qui n'est qu'un diffuseur occasionnel, etc.

En général, et en tout cas, dans le cadre des règles du droit de la distribution, ce sont les diffuseurs professionnels ou habituels qui sont principalement pris en compte, à travers l'ensemble des situations juridiques possibles : il peut s'agir de salariés, à quelque titre que ce soi, d'entrepreneurs, d'intermédiaires au sens juridique c'est-à-dire relevant de la grande famille du mandat.

L'ensemble utilise des désignations explicites ou fantaisistes : placeur, démarcheur, prospecteur, vendeur, commercial, agent, attaché commercial, agent d'affaires, ingénieur commercial, technicien commercial, chargé de clientèle, ingénieur clientèle, responsable « grand compte », responsable service client, ou service consommateur, diffuseur, animateur, etc.

La difficulté, comme toujours dans ce genre de situation, consistera alors à déterminer la qualification idoine pour le contrat de diffusion en question notamment quand cette qualification n'est pas évidemment posée, qu'elle est critiquée, surtout si une qualification plus favorable, pour l'une ou l'autre des parties, et notamment celle de contrat de travail, pourrait être envisagée ([54]), au mileu d'une myriade de qualifications possibles et notamment les types variés de contrats de représentation.

Or, outre que les principales catégories juridiques susceptibles d'accueillir ces contrats, contrat de travail, d'entreprise ou de mandat, ne sont pas en elles-mêmes discriminantes en ce sens qu'aucune n'offre un régime ou un objet qui ne pourrait être assumer sous le couvert contractuel des autres, mais elles se correspondent pas non plus à des figures souvent pensées du type, relation de dépendance ou d'indépendance, dans la mesure où cette perception est d'une part contingente et d'autre part trop générale pour correspondre à des situations particulières.

Ce type de contrat est en effet, le plus souvent, associé à la figure, ou plus exactement, aux figures, des contrats de représentation, mandats, général ou spécifiques, commission, courtage, mais aussi au contrat de travail ou au contrat d'entreprise. Dans cette situation, le diffuseur exécute une prestation, en son nom et pour son compte, par exemple de

54 N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, LGDJ, 2007.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

présentation des produits, d'installation, de négociation, etc.

Dès lors le problème de la qualification des contrats de diffusion est out à la fois premier, en ce sens qu'il s'inscrit dans pratiquement tous les litiges affectant ces contrats et complexes dans la mesure où l'exercice de qualification est souvent paralysé par l'implication du droit du travail, surtout en situation de crise économique, qui propose, à l'aide de textes peu clairs (cf. C. trav., art. L. 7321-2), une qualification ou une « co-qualification » en contrat de travail ([55]).

La création d'un statut général, original et autonome, d'intermédiaire du commerce, qui n'est cependant pas à l'ordre du jour, aurait, à cet égard, la vertu, au moins, de régler cette question élémentaire de qualification ([56]).

TITRE 1. – LES SALARIES DANS LA DISTRIBUTION

411 Les salariés sont, d'une manière générale, les éléments essentiels de la distribution : à tout instant des salariés sont chargés d'assurer l'efficacité de la distribution, salariés ordinaires (Chapitre 1) ou salariés à statut particulier (Chapitre 2).

Chapitre 1. – Les salariés de droit commun de la distribution

Section 1. – Qualification et requalification du contrat de travail de la distribution

412 Aucune particularité n'atteint le salarié de la distribution ou plus exactement le salarié dans la distribution : est un salarié celui qui exerce son activité sous la subordination juridique d'un employeur qu'il exerce son activité dans l'entreprise ou hors de celle-ci, sur des marchés, dans des foires, dans la rue, chez des clients, voire dans l'entreprise d'un client, comme un salarié détaché.

Le critère déterminant l'existence d'un contrat de travail est l'existence d'un lien de subordination juridique. Le lien de subordination se caractérise par l'activité réalisée sous l'autorité d'une personne, l'employeur, qui dispose du pouvoir d'organisation et de donner ordres et directives et de le sanctionner([57]).

L'une des difficultés, que l'on retrouvera, repose sur le fait que sa définition est générale et dépend de l'interprétation du juge, dans un exercice de qualification, au regard du régime favorable du salariat pour l'intermédiaire. Dès lors, la question de la détermination d'un lien de

55 Cf. D. Mainguy, Faut-il brûler le droit de la distribution ? D. 2013, Chron., p. 1222.
56N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.
57 Cf. Cass. soc. 13 nov. 1996, JCP, éd. E, 1997, II, 911, note J. Barthélémy.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

subordination ne se pose en pratique que pour des contrats qui ne se présentent pas, ou ne se présentent pas immédiatement, comme des contrat de travail mais comme des contrats d'une autre qualification ou sans qualification précise.

La qualification d'un contrat de travail se caractérise également par un autre cirtère, celui de l'intégration d'une activité dans un service organisé de l'entreprise ([58]) qui identifient soit un simple indice de l'existence d'un tel lien de subordination, soit le lien de subordination lui-même ([59]). L'organisation d'un service organisé se déduit alors de divers indices comme la fourniture de matériel, de locaux, de personnel, des horaires par une personne qui assume les risques de ceux-ci et en récupère les profits. La difficulté repose sur le fait que ce critère se présente de manière opportune lorsque l'intermédiaire ne se présente pas comme un salarié mais dispose au contraire d'une certain autonomie dans une activité de démarchage, de visite, de livraison, de démonstration ([60]).

Les exemples et difficultés posées par la question de la requilification d'un contrat de diffusion encontrat de travail sont considérables. Outre l'hypothèse de l'application de statuts spéciaux, comme ceux de gérants de succursales ou la question de l'application des règles du droit du travail aux contrats de distributions fondés sur un achat-revente (cf. supra, n°), ils reposent sur l'implication du fournisseur dans l'activité du diffuseur, chaque fois que le contrat est indéterminé ou qualifié autrement, contrat d'entreprise ou contrat de mandat. Hormis les hypothèses de fraude à la loi, où la qualification n'aurait été choisie que pour éviter l'application des règles dudroit du travail et des contraintes qu'elles imposent, cette requalification suppose alors que les critères particuliers propres au contrat d'entreprise ou au contrat de représentation ne soient pas respectés.

Ainsi le contrat d'enteprise ([61]) est un contrat ainsi désigné alors que le Code civil ne connaît que le contrat de louage d'ouvrage, par lequel « l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (C. civ., art. 1710), et qui se fonde sur l'existence d'une prestation, de faire ou de ne pas faire, en général matérielle ou intellectuelle, réalisée par l'entrepreneur ou maître d'ouvrage de manière indépendante en ce sens qu'elle est exécutée sans subordination notamment du « client », le fournisseur, et sans

58Cf. Cass. soc. 18 juin 1976, JCP 1977, II ? 18659, note Y. Saint-Jours (pour des contrats de distribution de journaux).

59 Cf. Cass. soc. 16 avr. 1992, Bull. civ. V, n°283.

60Cf. D. Mainguy, Un statut oublié, les vendeurs colporteurs de presse, JCP, éd. E, 2014, n°1379.

61 P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

représentation ([62]). Les contrats de représentation, fondés sur le contrat civil de mandat, se caractérisent par l'obligation pour le représentant d'effectuer une prestation, en général un acte judidique ou préjuridique, négocier, exécuter ou conclure un contrat, et dans une logique de représentation, complète, dans le cas du mandat où le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, ou incomplète dans le cas du contrat de commission où le commissionnaire agit en son nom et pour le compte du commettant ([63]).

Dans les deux cas, la proximité avec le contrat de travail est forte : il suffit que le contrat d'entreprise porte sur une prestation à réaliser avec un peu moins d'indépendance que le modèle ou que le contrat de représentation ne soit qu'une représentation fantôme pour qu'une requalification soit possible.

Chaque fois donc que le diffuseur effectue son activité en toute indépendance, en déterminant seul les conditions de son activité, ses objectifs professionnels, le contrat de travail sera écarté. Or ces situations n'existent guère : le fournisseur assure toujours une assistance plus ou moins forte, impose des contraintes particulières comme le respect de certains objectifs, ou de normes, des méthodes de commercialisation. C'est ainsi la mesure de ces contraintes qui permet d'envisager que l'activité est en réalité exercée sous la subordination du fournisseur : l'ensemble dépend donc de l'interprétation choisie par le juge, selon qu'il décide que les indices qu'il décèle sont, isolément ou combinés avec d'autres selon qu'il choisit d'appliquer aisément ou non le statut du salariat. La tendance aujourd'hui est plutôt à situer du côté d'une requilification aisée sur la bse d'indices comme l'obligation d'utiliser les moyens matériels mis à la disposition du founisseur, comme un local([64]), un véhicule, notamment si le diffusueur n'a pas la possibilité d'utiliser d'autres moyens, ou encore l'obligation de respecter strictement des normes d'exercice de son activité ([65]) comme de respecter des directives matériels strictes, ou encore l'obligation de rendre compte de manière stricte de son activité. En effet, le représentant, comme l'entrepreneur, doivent rendre compte de leur activité, mais rendre compte de manière trop régulière pourrait être l'un de ces indices ([66]). Bien d'autres indices enrichissent la jurisprudence du droit du travail en la matière, comme la

62D. Mainguy, Contrats spéciaux, op. cit., n°522 s.
63D. Mainguy, Contrats spéciaux, op. cit., n°597 s.
64 Cass. soc. 19 janv. 1983, Bull. civ. V, n°22..
65C'est le cas notamment des diffuseurs de presse : Cass. soc. 13 janv. 1972, n°71-13.234 et n° 71-13.529, D. 1972, p. 425, Bull. civ. V, n°538, D. Mainguy, Un statut oublié, les vendeurs colporteurs de presse, JCP, éd. E, 2014, n°1379 et infra n°.
66 Cass. soc. 19 déc. 1978, Bull. civ. V, n°889.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

présence d'une exclusivité au profit du fournisseur ([67]). Les diffuseurs les plus suscpetibles de subir, ou profiter, d'une telle requalification sont en général ceux dont la proximité avec un contrat de travail est la plus forte, comme le contrat conclus avec des démarcheurs, des déminstrateurs, des « conseillers clientèle », des « conseillers techniques », les livreurs, etc., souvent organisés sous le statut d'auto-entrepreneur.

La conclusion d'un tel contrat, par le fournisseur doit donc s'effectuer en songeant à l'hypothèse possible, parfois probable, d'un requalification future, avec les risques qui lui sont associés.

L'une des formules utilisées par certains fournisseurs pour éviter une telle requalification reposait sur le conclusion d'un contrat de travail avec une personne morale, une société constituée par le contractant diffuseur. Une telle personne morale en effet ne peut pas, en principe, être salariée, à moins cependant que le dirigeant de la personne morale ne concentre sur sa tête les critères d'application ducontrat de travail, permettant alors « d'effacer » la personne morale ([68]). Là encore, l'inteprétation choisie par la jurisprudence fait souvent fi des critères propres au droit des sociétés impliquant de démontrer le caractère ficitf ou frauduleux de la société fondés sur l'absence d'*affectio societatis* ([69]) ou l'absence de vie sociale réelle ([70]) pour appliquer les seuls critères du droit du travail ([71]).

De même, certains salariés sont des dirigeants, soit qu'ils dirigent une équipe de commerciaux, les directeurs commerciaux, ou bien le dirigeant d'une succursale de vente ou de services. La succursale, en effet, n'est pas distincte de la personne morale qui la crée ([72]), mais le développement par un producteur ou un distributeur de points de vente en plusieurs endroits (cf. supra, n°). La distribution est alors totalement intégrée et évite précisément les intermédiaires et permet de maîtriser les méthodes et les prix de la distribution.

---

67 Cf. Cass. soc. 5 janv. 1985, RJS 1995, n°318.

68 Cf. Cass. soc. 7 oct. 1992, n°89-40674.

69 Cass. civ. 3ème, 22 juin 1976, no 74-10.119, D. 1977, p. 619, note P. Diener.

70 Cass. com., 21 mai 1963, no 61-13.827, Bull. civ. III, no 245; Cass. com., 30 oct. 1967, no 64-13.784, Bull. civ. III, no 346.

71 Cass. soc.5 déc. 2012 n° 11-22168 et 11-22365, 1er févr. 2011, n°09-40033 09-40129, 13 janv. 2010, n°09-41644, RLDA, 2010/52, p. 135, obs. Ph. Grignon ; Cass. soc., 25 févr. 2009, n°07-40371, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 132, obs. N. Mathey ; JCP S 2009, 1329, note T. Lahalle ; Cass. soc., 21 févr. 2007, n°06-41614, Contrats, conc., consom. 2007, comm. 120, note M. Malaurie-Vignal ; RLDA 2008/24, n°1490, obs. Ph. Grignon ; Cass. soc., 4 avr. 2007, n°06-42932, RLDA 2008/24, n°1490, obs. Ph. Grignon. V. toutefois : Cass. soc. 16 janv. 2002, n°00-41487, Cass. soc. 16 juin 1998, n°95-44109, imposant au demandeur de démontrer le caractère fictif de la société

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

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Enfin, certains diffuseurs sont simplement occasionnels ou saisonniers, par exemple pour des évenements particuliers, sportifs par exemple ou pour des produits saisonniers. Le contrat conclu pour la saison ou l'événement est en général un contrat à durée déterminée, qui pourrait être considéré comme un contrat de travail, éventuellement en outre à durée indéterminée, notamment lorsque ces contrats s'enchaînent saison après saison.

Section 2. – Le régime du contrat de travail de la distribution

413 **Salaire variable, commission, guelte.** Les éléments de spécificité du contrat de travail dans la distribution sont rares et tiennent notamment aux techniques contractuelles assurant un aménagement au régime de droit commun du contrat de travail, que ce soit une incitation ou un intéressement à la vente ou les conditions de la rupture du contrat.

Ainsi, l'employeur a intérêt à mettre en œuvre des incitations pour que le salarié participe efficacement au développement de la clientèle, à travers notamment un salaire variable en fonction de ce développement et au résultat ou d'autres avantages, promotion ou avantages en nature.

Il peut s'agir d'une incitation par un intéressement aux résultats de l'entreprise, très fréquent, ou lui assurant divers avantages non financiers, cadeaux ou voyages, moins intéressant depuis que le régime fiscal de ces avantages les assimile à des salarires soumis à impôt. Inversement, il peut s'agi non point d'une incitation, mais d'une contrainte, sous la forme d'objectifs de vente qui se présentent comme des exigences.

Rien ne s'oppose à une telle rémunération variable, à condition bien entendu qu'elle ne varie pas en dessous- des minima légaux ou conventionnels et qu'elle soit calculée selon des techniques de calculs objectives et ne dépendant pas de l'employeur ([73]). Il s'agit notamment de rémunération assises sur le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise du fait de l'action du salarié, ou bien, du fait des salariés qui sont placés sous sa responsabilité, pour un responsable de secteur. Très souvent, cet intéressement est combiné avec d'autres critères comme l'existence de nouveaux clients, l'indice de satisfaction de la clientèle, le taux de retour, le type de produits diffusés, etc. Il peut même se produire que le contrat prévoit une indemnité, enfin de contrat de travail, calculée en fonction du développement de la clientèle ou du chiffre d'affaires.

En général également, cette incitation est associée à des objectifs de vente, des quotas ou des résultats, en termes d'augmentation du chiffre d'affaires à réaliser ou de nouveaux clients à prospecter. Ces clauses sont des éléments délicats du contrat dans la mesure où l'employeur ne saurait

73 Cf. Cass. soc. 2 juill. 2002, Bull. civ. V, n°229.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

ensuite modifier unilatéralement les objectifs ([74])et parce que les clauses d'objectifs ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de faire reporter sur le salarié les risque de l'exploitation de l'entreprise.Inversement, la clause qui ferait de l'absence d'atteinte des objectifs une cause de licenciement serait nulle, le contrat ne pouvant fixer par avance une cause de licenciement ([75]).

Dans les entreprises de vente de détail, les techniques par lesquelles un vendeur est rémunéré, par une commission, en proportion des résultats réalisés par celui-ci est désigné comme une *« guelte »*. Très critiquées, ces gueltes détournent les vendeurs de l'attention à laquelle ils devraient se conformer pour assurer l'intégrité du consentement des consommateurs, notamment lorsque la guelte est différente selon les produits vendus. Le vendeur a évidemment intérêt à conseiller les produits pour lesquels la guelte est la plus importante, pour lui, et donc peu important l'intérêt des consommateurs ([76]).

414 Salarié dirigeant et responsabilité, gérant de succursale. Certains salariésde la distributiondisposent de responabilité plus importantes. Ils sont en charge d'un ensemble de salariés, d'un secteur particulier ou d'une succursale.

La notion de succursale (cf. supra n°)est définie en droit des sociétés comme un établissement qui ne présenta par la personnalité juridique, et *« qui pourrait être théoriquement détaché de l'établissement principal et constituer un fonds distinct possedant une clientèle propre »*([77]). La distribution par succursale, ou distribution succursaliste, est l'une des premières formes, avec le mandat, de développement de la distribution qui permet au fournisseur de maîtriser l'ensemble des éléments de la distribution, y cmpris les fonds de commerce, les marges bénéficiaires, les salariés, etc., notamment grâce à de dirigeants, salariés de droit commun, les gérants de succursales. Pourtant, bien des statuts concurrence existent : le contrat de location-gérance, qui permet de « louer » un fonds de commerce, le le contrat de mandat.

Dès lors, on retrouve dans ces situations la question de la requalification possible du contrat conclu avec le gérant de succursale sous un statut différent du salariat afin de vérifier qu'il n'est pas,

74 Cass. soc.30 mai 2000, Bull. civ. V, n°206.
75Cass. soc., 14 nov. 2000, n°98-42371, Bull. civ. V, n°367.
76 Rapp. Comm. conc. pour 1984, annexe 3, qui considère que la guelte n'entraîne pas nécessairement une dérive déloyale des ventes et contribue même parfois à développer la concurrence, notamment lorsqu'elle porte sur des produits nouveaux et peu connus malgré un bon rapport « *qualité-prix* ».
77 Cf. M. Cabrillac, Limite ou pluralité de la notion de succursale, Mélanges J. Hamel, 1961, p. 1301.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

précisément un salarié, et ce depuis longtemps ([78]). Ainsi, le gérant présenté comme un mandataire qui ne serait pas maître d'embaucher ses salariés, de conclure un contrat avec un tiers pour le remplacer, subit une contrainte importante dans l'organisation du magasin, ce qui s'observe aisément par symétrie avec d'autres magasins exploités sous forme succursaliste, doit obéir strictement aux instructions du fournisseur, ne dispose d'aucune liberté autre que celle accordée par le fournisseur par exemple dans l'établissement des prix, etc.

Lorsque le gérant de succursale a conclu un contrat de travail pour assurer la direction d'une succursale, il demeure un salarié de droit commun, avec cependant quelques éléments qui le rapprochent de la situation d'un non salarié et le contrat peut emprunter des formules des non salariés. Outre les clauses de rémunération variables fondées sur les résultats positifs, le salarié peut aussi avoir à supporter un certain nombre de pertes.

Ce peut être des pertes de marchandises, le déficit d'inventaire, ou de matériel. Longtemps admis, le transfert de la responsabilité de ce déficit d'inventaire sur le tête du salarié, pour autant que le fournisseur puisse établir que le salarié disposait bien de la responsabilité juridique de ces marchandises ou du matériel, par exemple par un contrat de dépôt, la jurisprudence a considéré au contraire que la responsabilité du salarié ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde de celui-ci, même lorsqu'une clause de ce type était conclue entre les parties ([79]). Quand bien même donc, le salarié soit également dépositaire des marchandises et matériels, sur la base d'un contrat indépendant du contrat de travail, la responsabilité prise comme dépositaire est considérée comme incompatible avec la position de salarié.

Il en estde même a fortiori de la question de la responsabilité du salarié pour les déficits financiers réalisés, par exemple du faut de la gestion d'une succursale : le salarié ne saurait subir la responsabilité du fait des pertes d'exploitation subies par la succursales, sauf, bien entendu, faute lourde du salarié.

415 Clause de non concurrence. L'autre grand élément de spécificité des contrats de travail conclus dans le secteur de la distribution repose l'existence de clause de non concurrence postcontractuelle, à la charge du salarié, en raison de son contact étroit avec la clientèle. Il s'agit, par ces clauses, d'éviter tout détournement de clientèle de manière directe ou indirecte.

78 Cf. Cass. Civ. 4 mars, 15 juin et 25 nov. 1936, DP 1937, 1 , 89, note E. Pic et E. Pic, Du contrat de gérance dans les sociétés à succursales multiples, Rev. soc. 1931.
79 Cf. par ex : Cass. soc. 25 janv. 1984, D; 1984, IR, p. 445, obs. Y. Serra.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Il peut s'agit d'une clause de non concurrence qui s'inscrit pendant l'exécution du contrat : le salarié ne doit pas travailler pour un autre employeuret ceci avec des variations : la clause peut interdire des activités avec des concurrents de l'employeur, permettant donc des activités autres, ou toute activité, quelle qu'elle soit. Ce type de clause est considéré comme relevant de l'obligation de fidélité due par le salarié([80]).

Plus complexes sont les clauses de non concurrence postcontractuelles. A défaut d'une telle clause, en effet, et contrairement aux clauses de non concurrence pendant le contrat, celles-là ne découlent pas de l'essence du contrat ou d'une autre obligation : il n'existe pas d'obligation de fidélité postcontractuelle de sorte que le salarié, après la fin du contrat, est libre de conclure un contrat avec qui que ce soit, y compris avec un concurrence de son ex-employeur, sauf hypothèse de concurrence déloyale, difficile à établir. Le débauchage d'un salarié n'est pas, en soi, un acte de concurrence déloyale, par le nouvel employeur, et le démarchage de la clientèle de l'ancien employeur n'est pas, de la même manière un acte de concurrence déloyale en soit. La présence d'une clause de non concurrence postcontractuelle permet alors de traiter cette question : la violation de cette clause par le salarié est une violation du contrat comme elle engage la responabilité du nouvel employeur pour tierce-complicité de la violation d'une obligation contractuelle.

Comme toutes les clauses de non concurrence (cf. supra, n°), celle qui serait insérée dans un contrat de travail ne doit pas empêcher le salarié d'exercer normalement son activité professionnelle, et doit comporter des moyens proportionnés aux intérêts légitimes que la clause cherche à protéger.

Chapitre 2. – Les salariés spécifiques de la distribution : Les VRP

416 L'origine de la distribution de produits, sans doute depuis que le commerce existe, repose surla capité d'un commerçant à disposer de stocks sélectionnés de marchandises et de la capacité à les mettre à disposition des revendeurs ou des consommateurs, sur une large échelle, laquelle suppose de se multiplier, par le jeu des techniques de représentation.

Ainsi, les « représentants de commerce » constituent une sorte de fil rouge de la distribution. Ceux-ci sont plus spcifiquement désignés comme des voyageurs représentants placiers, dit « VRP » dont la fonction est précisément de démarcher une clientèle pour le compte d'une, voire de plusieurs entreprises, en vue de la diffusion de ses

80 Cass. soc. 31 oct. 1989, RJS 1989, n°906, Cass. Soc., 23 janv. 1992, JCP 1993, II, 22000, note Ph. Delebecque.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

produits (ou de ses services) et notamment de recueillir des commandes.

Ces VRP, dont l'activité initiale était très proche du contrat de mandat, sont considérés comme des salariés depuis une loi du 18 juillet 1937, dont l'objectif de protection en cas de rupture du contrat était manifeste, eu égard à la pratique visant à confier à un représentant un secteur ou une clientèle, puis une fois celle-ci constituée, à révoquer le représentant. La seule sanction d'alors consistait à, éventuellement, prononcer la responsabilité du mandant sur le fondement de l'abus de droit. Le nouveau régime visait au contraire à imposer le paiement d'une « indemnité de clientèle », assurant alors tout à la fois la prévention et l'indemnisation du risque de révocation du contrat. C'est, à bien des égards, le premier cas juridique où l'assimilation, les critiques évoquent la confusion, entre la situation d'un contrat de mandat et celle d'un contrat de travail s'est rencontrée en droit français.

Les VRP consistuent, aujourd'hui, avec les agents commerciaux, qui sont des mandataires bénéficiant d'une réglementation particulière, l'ossature de la distribution salariée et leur statut fait l'objet d'un ensemble de règles et d'une jurisprudence abondante que l'on évoquera à travers l'observation de la qualification de VRP (Section 1) et le régime du contrat de VRP (Section 2).

Section 1. – La qualification de VRP

417 Règlementation applicable au VRP. – Le VRP dispose d'un régime protecteur, d'un « statut », particulier, organisé, depuis une loi du 18 juillet 1937, aux articles L. 7311-1 à 7313-18 (et D. 7313-1) du Code du travail, ainsi que dans statut collectif résultant d'un accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977, y compris au secteur agricole depuis 1989. Complété par quatre avenants, eux-mêmes étendus, sauf le troisième qui est relatif à la vente à domicile. Toutefois, l'accord est limité par existence d'accords spécifiques à certaines branches, comme celle de la confiserie, des agents immobiliers et de la vente et du service à domicile.Chaque fois que l'accord à vocation à s'appliquer il prime ainsi les conventions collectives de branche dont pourrait relever l'entreprise.

L'ensemble du régime est d'ordre public, comme le précise l'article L. 7313-4 du Code du travail.

418 La qualification du contrat permettant l'accès au statut de VRP repose sur deux techniques, une technique de qualification légale, qui s'impose aux parties (I), ou bien sur le fondement de l'application conventionnelle du statut par l'existence d'une volonté contractuelle exprimée en ce sens (II).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

I. – Qualification légale du statut

419 L'article L. 7311-3 du Code du travail identifie les conditions, limitatives et cumulatives ([81]), permettant la qualification du contrat de VRP ([82]).

420 Activité de représentation. – « L'activité de représentation » n'est pas définie mais présentée comme une caractéristique du statut : *« les conventions dont l'objet est la représentation (...) ».* Elle se traduit par le fait de prospecter une clientèle, c'est-à-dire de silloner un secteur dans lequel cette clientèle se trouve et de réaliser des actions, négociation, prise de commandes, etc.

Le premier élément respose donc sur l'identification de la notion de *« prospection d'une clientèle »*. Elle consiste à rechercher une clientèle, par des déplacements destinés visiter cete clientèle, négocier des contrats, prendre des commandes, ce dont il résulte que toute activité qui ne correspondrait pas à ces activités de prospecttion serait exclue du statut.

C'est le cas par exemple de salariés « statiques » comme les hotesses de foires ou de salons qui se contentent d'accueillir des visiteurs, les directeurs d'une force de vente qui se contentent de la superviser, les démonstrateurs, etc., qui ne peuvent bénéficier du statut, a priori.

421 Activité personnelle de représentation. – L'application suppose en outre que la recherche de clientèle soit effectuée personnellement par le VRP. Par conséquent le statut de VRP ne permet pas de recruter des salariés pour prospecter la clientèle. Il n'y a donc pas de place pour des « sous-VRP » ou des contrats d'une autre catégorie comme d'agence commerciale ([83]) et qui seraient directement liés à lui plutôt qu'à son employeur. Il en résulte que rien ne s'oppose en revanche à ce que ce

---

81Cass. soc., 11 déc. 1991, RJS 1992, n°206, caractère limitative des conditions, Cass. soc., 5 avr. 2006, n°04-46439, caractère cumulatif de celles-ci.

82 C. trav., art. L. 7311-3 : « *Est voyageur, représentant ou placier, toute personne qui :*
1° Travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ;
2° Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant ».
3° Ne fait aucune opération commerciale pour son compte personnel ;
4° Est liée à l'employeur par des engagements déterminant :
a) La nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat ;
b) La région dans laquelle il exerce son activité ou les catégories de clients qu'il est chargé de visiter ;
c) Le taux des rémunérations »

83Cass. soc. 17 oct. 2000, nº 98-43474.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

même employeur recrute des salariés ou des VRP qui sont placés sous la responsabilité du premier, sous la réserve, pour que ce premier VRP continue de disposer du statut, qu'il continue d'y obéir.

422 Personne physique. – Le VRP dispose en outre, comme salarié, de un ou plusieurs employeurs : il n'est pas un entrepreneur indépendant**,** quelle que soit l'activité concernée. Le VRP est en revanche nécessairement une personne physique : à la différence de l'agent commercial ou des contrats de représentation de manière plus générale les dispositions du Code du travail sont inapplicables à une personne morale, sauf l'hypothèse de la constitution d'une société fictive et où le statut de VRP pourrait être applicable à son dirigeant ou ses associés.

423 Activité habituelle. –Les conditions posées ajoutent une exigence, le fait que l'activité soit « *habituelle »*, et même qu'elle présente un caractère *« effectif »* qui impliquent une certaine constance (C. trav., art. L. 7311-3, 2°) c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir d'une activité occasionnelle, ou marginale, mais qu'elle doit être l'activité principale, essentielle du candidat VRP et qui s'inscrit dans la durée, tout au moins eu égard à l'activité développée. Par exemple, il est possible de bénéficier du statut de VRP pour une activité saisonnière ([84]), mais en revanche, une personne qui exerce une telle activité de manière accessoire, qui ne consacre qu'un temps limité ou qui n'aurait participé qu'à une seule opération de vente ([85]) ne pourrait bénéficier du statut de VRP.

424 Activité itinérante. – Quand bien même cette caractéristique n'est pas précisée, elle résulte de la nature du contrat de VRP et justifie que les salariés qui reçoivent la clientèle dans l'entreprise ne puissent en bénéficier. Le statut assure ainsi une césure nette entreles salariés*dans l'entreprise* qui sont chargé de cotoyer une clientèle qui s'est intéresser à celle-ci indépendamment de leurs efforts de prospection, et pour cause (et donc peu important le caractère efficace, sympathique, professionnel de ces salariés, qualités qui pourraient être considérées comme *prospectives* mais qui n'influence pas l'application du statut de VRP), et les salariés *hors de l'entreprise*et don't la mission est précisément de rechercher, prospecter une clientèle. Au moment où de nouveaux moyens de communication se développent, cette distinction pourrait s'estomper. Ainsi des salariés hors l'entreprise peuvent parfaitement se contenter de réaliser activités non prospective (le service client ou le service de

84Cass. soc. 19 févr. 1976, D. 1976, IR 113.

85Cass. soc. 18 nov. 1964, Bull. civ. IV, nº 762.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

réparation par exemple) tandis que des clients pourraient être prospectés autrement que par une visite physique, et par exemple par d'autres moyens, appel téléphonique, courrier ou courriel. On peut penser cependant que l'esprit du statut de VRP implique cette logique de déplacement, de visite, quand bien même elle s'accompagnerait d'autres méthodes.

425 **Secteur et territoire. –** Il en résulte alors que le VRP est chargé d'une clientèle sur un territoire déterminé : l'article L. 7311-3°, b du Codu travail exige en effet que la zone dans laquelle le représentant doit exercer son activité soit précisée. L'objectif est clairement de permettre d'identifier l'action du VRP dans ce territoire déterminé et de mesurer le rôle joué dans l'accroissement de la clientèle. C'est donc une condition essentielle du statut sans pour autant que le statut de VRP soit rejeté si aucun territoire n'est précisé pour autant que, en fait, un tel territoire puisse être identifié ([86]) par exemple parce qu'il est fait référence à une zone dans le contrat, par exemple dans la clause de non concurrenceou dans un courrier ([87]), voire parce que le VRP pourait démontrer qu'il a toujours pris des commandes dans un seul secteur déterminé ([88]), notamment si on observe une différence entre le territoire déterminé dans le contrat et le territoire réellement exploité ([89]).

En général, le secteur est un territoire facilement déterminé comme un ou plusieurs départements ou une ou plusieurs régions, c'était d'ailleurs la condition avant 1957, et il peut être n'importe quel territoire, pourvu qu'il soit identifié ([90]).

La question s'est également posée de savoir si la clientèle pouvait être déterminée non pas sur la base d'un territoire mais en fonction de la clientèle, comme un segment de clientèle (des grossistes, des professiones libérales, etc.), voire un client([91]).La jurisprudence l'admet sans difficulté et cette solution permet à l'employeur de confier un même territoire à plusieurs VRP qui sont chargés de catégories de clientèle distinctes, voire de mêmes catégories identiques puisque la Cour de cassation estime que l'exclusivité du secteur n'est pas une condition d'application du statut ([92]). On s'éloigne cependant là de l'esprit du statut qui permet au VRP de faire valoir son exclusivité sur un secteur afin de

86 V. cependant Cass. soc. 18 oct. 2006 (2 arrêts), nº 04-48025, n°05-42706

87Cass. soc. 5 oct. 1966, Bull. civ. IV, nº 749.

88Cass. soc. 12 juill. 2006, nº 04-45983.

89Cass. soc. 23 oct. 1968, Bull. civ. V, n°457.

90Cass. soc. 12 juill. 2006, nº 04-45983.

91Cass. soc. 11 déc. 1963, Bull. civ. IV, nº 871.

92Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, nº 76 ; Cass. soc. 17 oct. 2000, nº 98-43474.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

mesurer le développement de la clientèle.

Une exclusivité est cependant, le plus souvent, consentie et l'employeur doit la respecter c'est-à-dire sans désigner un autre VRP voire en concurrençant directement ou indirectement le VRP à moins qu'il se soit réservé certains segements déterminés de clientèle ou certains types de contrat de manière claire dans le contrat.

Enfin, le secteur doit être stable, stabilité indispensable pour permettre de vérifier l'efficacité de l'action du VRP sur son territoire, la création, le développement, la fidélisation d'une clientèle. Ilen résulte que le secteur confié au VRP ne peut pas être modifié par l'employeur ([93]), pas plus que par le VRP d'ailleurs ; à défaut la rupture, et ses conséquences, seraient imputables à l'auteur de la modification.Inversement, la jurisprudence considère que la fixité du secteur étant une condition majeure, le fait de disposer d'un secteur qui varie souvent, fait échapper le réprésentant au statut de VRP ([94]). En revanche, l'extension du territoire promis au VRP permet de conserver le statut ([95]).

Il en résulte aussi que la clause, dans le contrat, qui permettrait à l'employeur de modifier le secteur confié, y compris de manière motivée, par exemple en tenant compte des nécessités de l'entreprise, peut être anaysée de deux manières différentes. On pourrait consdérer que la seule présence d'une telle clause fait perdre au contrat tout éligibilité au statut du VRP, dans la mesure où elle fait obstacle à la stabilité du territoire confié, analyse qui prévalait avant 1957. Aujourd'hui on considère que si les autres conditions sont présentes, la solution est inverse, la clause peut être considérée comme écartée, notamment lorsque la clause n'a jamais fait l'objet d'une application, que la clause n'a pas été effective en quelque sorte ([96]). Depuis la solution semble évoluer en faveur de l'annulation de la clause ([97]). Dès lors, l'employeur qui souhaiterait modifier le secteur d'un VRP devrait ou bien s'en justifier par le défaut de résultat de ce dernier, ou bien en subir la conséquence, en termes de rupture du contrat.

426 Exclusivité de l'activité. –La question s'est posée de savoir si le VRP du fait de la possibilité de disposer de plusieurs employeurs pouvait cumuler son activité de VRP, comme salarié, avec une activité de mandataire ou encore une autre activité, question qui s'est muée en

93Cass. soc. 22 oct. 1981, Bull. civ. V, nº824 ;Cass. soc. 21 févr. 2007, nº05-42924.
94Cass. soc. 29 mai 1962, JCP 1962, II, 12845, note P. Bizière ; Cass. soc. 25 oct. 1965, JCP 1966, II, 14636, note P. Bizière.
95Cass. soc. 16 mai 2007, n°06-41187, JCP, éd. S 2007, 1675, note J.-F. Césaro.
96Cass. soc. 28 oct. 1998, Bull. civ. V, n°467.
97Cass. soc. Soc. 23 janv. 2001, n°98-46.377, Cass. soc. 19 mai 2004, n°01-44964, Cah. dr. entr. 2004, n°6, p. 12, obs. Ph. Grignon.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

controverse à propos plus spécifiquement de l'éventuel cumul entre l'activité de VRP et celle d'agent commercial, eu égard à la relative « concurrence » des deux statuts voire de leur complémentarité (cf. infra n°).

Ce cumul semble cependant difficile en raison de la *permanence* dans l'exercice de l'activité d'agent commecial et du caractère *indépendant* de cette activité, qu'impose sa définition par l'article L. 134-1 du Code de commerce ([98]), de sorte que l'exercice occasionnel de l'activité d'agent commercial fait échapper au statut de l'agence commerciale ([99]). A l'inverse, l'article L. 7311-2 du Code du travail considère que le VRP est un salarié, qui peut travailler pour plusieurs employeurs, de sorte que le statut ne permet le cumul d'activités que comme VRP. En outre l'article L. 7311-3 du Code du travail précise que le VRP est celui qui *« exerce en fait d'une façon exclusive l'activité de représentant »* ce qui semble exclure a priori toute autre activité que cette de VRP.

On peut ajouter que le statut de l'agence commerciale admet que l'agent puisse effectuer des actes de commerce pour son compte, ce qui serait exclusif, au contraire, de celui du VRP.

Pourtant, on pourrait considérer que de même que l'agent commercial être « multicarte », puisque qu'il peut exercer son activité pour de nombreux mandants, de sorte que la *permanence de l'activité* ne signifie pas l'*exclusivité de l'activité*, ce qui laisserait penser que le cumul entre l'activité d'agent et de VRP serait possible sans faire perdre le bénéfice de l'un ou l'autre des statuts, pour autant cependant qu'elles soient effectuées pour deux entreprises différentes ([100]).

La jurisprudence ancienne admettait d'ailleurs ce cumul en droit de la sécurité sociale ([101]), *lorsqu'il s'agit d'un cumul avec un même employeur*. Aujourd'hui, la Cour de cassation considère que le statut de VRP s'impose, dès lors que ses conditions sont rassemblées, sans que le statut d'agent commercial qui serait susceptible de s'appliquer concurrement puisse l'en empêcher ([102]). En d'autres termes, l'employeur ne peut invoquer l'existence du contrat d'agence commerciale pour faire

98« *L'agent commercial est unmandatairequi,à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, defaçon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ».*

99Cass. com., 27 avr. 2011, n°10-14851.

100F. Fournier, L'agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut, Litec, 2e éd., 2005, n°328, J.-F. Cesaro, Voyageurs, représentants et placiers, J.Class. Contrats-distribution, Fasc. 3440, n°9.Contra V°VRP, Rep. Com. Dalloz, n°46.

101Cass. ass. plén., 24 janv. 1969, Bull. ass. plén. n°1.

102Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-43525, Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43452, Cass. soc., 7 juill. 2010, n°08-45538. Adde : Cass. soc., 30 juin 2010, n°08-45396.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

obstacle à l'application du droit du travail.Face à ces incertitudes, et notamment à l'endroit de deux employeurs ou mandants, on peut considérer que le cumul entre une activité de VRP et d'agent commercial est au mieux risquée, voire incompatible avec la détermination des statuts respectifs.

D'une manière plus générale, le statut de VRP doit être abandonné lorsque celui qui y prétend effectue une activité autre, qu'elle soit agricole, commerciale ou libérale ([103]), à moins qu'il s'agisse d'une activité accessoire avec le même employeur (VRP qui assure une activité de maintenance par exemple). Ainsi, le fait d'être inscrit au registre du commerce et des sociétés, inscription qui fait présumer la qualité de commerçant, fait a priori échapper au statut de VRP.

Il en résulte alors que le statut de VRP est incompatible avec la situation dans laquelle il envisagerait d'effectuer des opérations pour son compte personnel (C. trav. Art. L. 7311-3, 3°), de manière directe ou indirecte, par une personne interposée par exemple ([104]), ou bien simplement parce que le contrat comporterait une clause qui autoriserait à réaliser de telles opération.

C'est encore le cas lorsque le contrat comporte une clause de « ducroire ». La clause de ducroire est celle par laquelle le représentant garantit le paiement par le tiers au profit du mandant, en contrepartie d'une rémunération plus importante ([105]). Une telle clause est considérée comme une opération commerciale et par conséquent incompatible avec le statut de VRP ; l'accord interprofessionnel de 1975 considère cependant que la clause est nulle dans un contrat de VRP ([106]).

Une pratique particulière, dite de la « *survente* » produit des effets voisons : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le représentant vend à un prix supérieur (ou avec moins de remises) que le prix indiqué par l'employeur, et donc par le versement d'une commission supérieure à celle qui aurait été due en cas de respect du prix fixé. Dès lors la question se pose de savoir si cette pratique est compatible avec le statut de VRP, ce qui semble le cas si cela demeure une pratique non habituelle ([107]).

427 VRP « Multicarte ». –L'exclusivité imposée pour l'application du statut aboutit ainsi à rejeter l'exercice d'une autre activité que celle de

103Cass. soc., 6 mars 1963, Bull. civ. IV, n°220 ; Cass. soc. 21 oct. 1964, *ibid.* IV, n°692.

104Cass. soc., 19 mars 1980, Bull. civ. V, n°273 : exploitation d'un hôtel par l'intermédiaire de l'épouse du VRP.

105Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1998. 511, note D. Arlie, Adde : D. Hennebelle, La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire, JCP éd. E 2000, p. 1366.

106Cass. soc. 26 juin 1980, Bull. civ. V, n°583.

107Ph. Grignon, V°VRP, Rep. com. Dalloz, n°53.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

VRP.

Autre cependant est la question de savoir si le VRP peut effectuer une activité de VRP avec plusieurs employeurs, qu'ils soient ou non des concurrents. En principe l'accord de l'employeur s'impose ([108]), lorsque le contrat contient une clause interdisant, sauf accord contraire, de prendre de nouvelles représentations (C. trav., art. L. 7313-6). Il n'en résulte cependant pas que le principe soit celui de l'exclusivité au contraire.

En l'absence de limitation dans le contrat, l'article L. 7313-6, al. 2 du Code du travail précise que le contrat doit contenir la déclaration des entreprises que le VRP représente déjà et l'engagement de ne pas accepter de nouvelles représentations sans l'accord de l'employeur. Cette dernière précision depeure cependant de peu de conséquence dans la mesure où d'une part, le contrat contient très souvent une clause autorisant par avance de telles représentations nouvelles et d'autre part où l'absence de demande d'accord n'est plus considéré comme une faute grave ([109]).

428 Activité rémunérée. –L'activité de VRP est enoutre, par natureune activité rémunérée (C. trav., art. L.7311-3, 4°), la rémunération, « le taux de répunération » plus exactement, devant par ailleurs être précisée dans le contrat, ce dont il résulte que si la rémunération est envisagée après chaque opération, le mécanisme ne permet pas l'application du statut ([110]).

Cette rémunération estcalculée sous la forme d'une commission établie sur la base d'unpourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'entremise du VRP, ce qui n'exclut d'ailleurs pas que cette rémunération soit associée à une rémunération fixe.

429 Appréciation de la réalisation des conditions. –L'existencedu statut de VRP s'apprécie de manière autonome : il suffit que les conditions posées soient réunies pour le statut ait vocation à s'appliquer ; IL n'est notamment pas utile de faire la démonstration de l'existence d'un lien de subordination pour que le statut s'applique, quand bien même le statut confère le bénéfice des règles du droit du travail ([111]) et ce quand bien même une autre qualification au contraire serait possible ou celle donnée par les parties.

108Cass. soc. 25 mai 1981, Bull.civ., V, n°464.

109Cass. soc. 6 févr. 1990, n°86-44185.

110Cass. soc. 5 janv. 1990, n°87-10070.

111Cass. soc. 27 févr. 1992, n°89-21375, adde Cass. soc. 13 janv. 2009, n°08-40157 : la prevue de l'absence de lien de subordination n'est pas exclusive de l'application du statut de VRP.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Outre le fait que le statut n'est plus soumis à des conditions de forme, comme c'était le cas au temps du statut de 1937 qui exigeait un contrat écrit, l'application du statut repose sur une présomption déterminée par la mise en œuvre de l'article L. 7311-3 du Code du travail, de sorte que le représentant n'a pas à prouver que tous ses éléments sont rassemblés ; c'est au contraire à l'employeur de prouver que les éléments de la présomption ne sont pas réellement rassemblés ([112]).

La jurisprudence considère cependant que les conditions sont cumulatives et doivent s'apprécier durant toute l'exécution du contrat, de sorte qu'il suffirait de constater l'absence de l'une d'entre elles pour faire échec à l'application du statut. En outre, l'application du statut de VRP s'apprécie au regard des modalités réelles de l'activité exercée, par présomption, ce afin d'éviter des stratégies de rédaction du contrat qu'on pouvait rencontrer avant 1957 évitant telle clause, voire un écrit pour faire échapper au statut.

Dans cette situation, un contractant peut obtenir le statut de VRP quelle que soit la qualification qui aurait été retenue par les parties ([113]).

II. – Application conventionnelle du statut

430 L'article L. 7311-3 du Code du travail permet d'appliquer le statut de VRP même s'il manque une des conditions nécessaires pour son application légale, et donc alors que le représentant ne pourrait a priori bénéficier de la qualité et du régime du VRP. Cette solution ne s'impose pas d'évidence eu égard à la formule du texte selon laquelle le statut s'impose « *nonobstant toute stipulation contraire* »,ce qui a vocation à faire obstacle à l'application légale du statut, mais point à favoriser cette application ([114]), suivant le principe d'une part de l'application plus favorable des règles du droit du travail ([115]) et d'autre part de la possibilité de choisir une loi applicable en droit interne. Ce peut être même des situations dans lesquelles le statut ne pourrait absolument pas s'appliquer, par exemple parce que le représentant n'est pas chargé de prendre des commandes, ou dispose d'un contrat comportant une clause de ducroire.

L'application conventionnelle u staut suppose en outre une acceptation non équivoque par les parties et notamment par l'employeur

112Cass. soc. 13 févr. 1959, JCP 1959, II, 11114, note G.-H. Camerlynck.

113Cass. soc. 12 févr. 1985, Bull. civ. V, n°104, pour un agent commercial, ou Cass. soc. 24 janv. 2007, n°05-43052 pour un inspecteur des ventes.

114Cass. soc. 19 mars 1969, Bull. civ. V, n°196.

115Ce qui suppose donc que le statut de VRP soit plus favorable, et donc que le représentant ne bénéficie pas d'un statut plus favorable en droit du travail que celui de VRP : Cass. soc. 17 déc. 2002, n°00-44375, Dr. Soc. 2003, p. 334, obs. J. Mouly.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

([116]) ; il suffirait par exemple d'un courrier précisant que le représentant est recruté en qualité de VRP voire qu'il bénéficiera d'une indemnité de clientèle, caractère spécifique du VRP ([117]).

Section 2. – Le régime du contrat de VRP

431 Le statut de VRP s'inscrit dans les dispositions du droit du travail, des règles communes du droit du travail, dont le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la représentativé du personnel, laffiliation au régime général de la sécurité sociale (CSS, art. 311-3, 2°), le droit aux congés payés, etc., mais où sont retranchées certaines règles, dont les règles relative à la durée légale du travail,auxquelles s'ajoutent les dispositions spécifiques du statut qui concernent d'une part l'exécution du contrat de VRP (I) et d'autre part sa rupture (II).

I. – L'exécution du contrat de VRP

A. –Les obligations du VRP

432 Obligation d'exécuter la mission confiée. – Le VRP doit principalement exécuter la mission, personnellement, qui lui a été confiée : effectuer la tournée qui lui a été imposée, visiter les clients existants ou potentiels désignés, etc., et ce en toute circonstance sans qu'aucune négligence ne puisse lui être pardonnée. Et en toute loyauté, c'est-à-dire que le VRP ne peut dénigrer les produits de son employeur ou réaliser des actes de concurrence déloyale directement ou indirectement.

433 Réddition des comptes. Comme tout représentant, le VRP doit rendre compte de sa mission lorsque cette obligation, ce qui est systématiquement le cas, a été précisée dans la mesure où cette exigence ne figure pas dans la loi. Cette restitution des comptes s'effectue généralement par des rapports écrits d'activité, des rapports de visite.

434 Obligation de conserver les collections. – Le VRP doit également conserver les collections de produits, les échantillons qui lui sont confiés par l'employeur afin d'etre présentés à la clientèle, et les conserver en y apportant le meilleur soin possible.

435 Quotas de vente. – Très souvent, la politique de l'employeur vise

116Cass. soc. 10 mai 1979, Bull. civ. V, n°412.
117Cass. soc.25 avr. 1990, n°86-43723, Cass. soc. 13 avr. 1967, Bull. civ. IV, n°297.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

à identifier des quotas globaux de vente, répartis ensuite entre les différents VRP pour lequel un objectif chiffré de vente ou en termes de progression de chiffre d'affaires et ce pour une période déterminée.

La jurisprudence considère, pour les VRP comme pour les contrats de distribution que le non respect des quotas de vente ne constitue pas en soi une une faute et, ici, une cause de licenciement ([118]), notamment si les objectifs de vente étaient irréalistes ou s'ils étaient réalistes si le VRP a commis une faute ou des négligences.

B. –Les obligations de l'employeur

436 Favoriser l'exécution de la mission. –L'employeur doit mettre son représentant en mesure d'exécuter la mission, notamment par la remise de la collection et des échantillons, l'ensemble de la documentation, les tarifs, les instructions, les directives, etc.

Inversement, l'employeur ne doit rien faire qui fasse obstacle à l'exécution de la mission notamment par une violation du territoire confié par exemple en identifiant un autre VRP ou un autre type de représentant sur ce secteur ([119])voire, par application des règles du droit commun des contrats ou de l'agence commerciale, après les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* de 1992 et 1998, en ne permettant pas au VRP de pratiquer des prix concurrentiels, c'est-à-dire en diffusant des produits à des prix plus intéressant sans passer par une technique de représentation.

437 Rémunérer le VRP. – Ce sont les dispositions du contrat de VRp qui déterminent la répunération, sur le fondement des exigences propres à l'application du statut. Il peut s'agir d'un traitement fixe (rare car il exclut l'indemnité de clientèle), d'une commission ou d'une combinaison des deux.

Le fait générateur du paiement de la rémunération est la prise d'ordre, la commande réalisée par la clientèle, peu importe que l'ordre soit ensuite exécuté par l'employeur et payé par le tiers. La clause prévoit parfois, cependant, que le fait générateur sera constitué de l'acceptation par l'employeur, voire de l'encaissement du prix, grâce à des clauses fréquentes dites *« ventes menées à bonne fin »* ([120]).

Il peut s'agir des « ordres directs », ceux qui sont directement pris par le VRP et qui sont transmis à l'employeur. Le VRP peut également avoir droit à une commission sur les « ordres indirects », ceux qui sont réalisés par des clients relevant de son secteur, même s'ils n'ont jamais été visités

118Cass. soc. 30 mars 1999, n°97-42028, Cass. soc. 3 avr. 2001, n°98-44069.
119Cass. soc. 1er mars 1972, Bull. civ. V, n°169, Cass. soc., 28 mai 1974, JCP 1975, II, 18058, note M. Raynal.
120Cass. soc.25 avr. 1974, Bull. civ. V, n°250.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

par le VRP. Les commissions sur les ordres indirects ne sont cependant dues que pour autant que le contrat l'ait prévu expressément ou si cela relève de l'usage de l'entreprise ([121]).

Le représentant perd en revanche sa commission si l'inexécution de la commande lui est imputable, par exemple s'il s'est engagé sur des délais de livraison trop court ([122]), sur des commandes inexacts ou encore avec des clients notoirement insolvables.

L'assiette des commissions est également du domaine du contrat. En général il s'agit du prix de vente, diminué des rabais, remises et ristournes, des textes, des frais de transport, d'embrallage, etc.

Le taux des commissions relève également de l'accord des parties. L'accord interprofessionnel de 1975 prévoit, pour le VRP qui exerce son activité à plein temps et avec un seul employeur un minimum de de 520 fois le taux horaires du SMIC.

On doit ajouter le paiement des indemnités de congés payés (égale à deux jours et demi ouvrables par mois) calculés sur la base de l'année passée et des seuls éléments salariaux.

438 Rembourser les frais professionnels. – Conduits à se déplacer pour visiter la clientèle, le VRP engage des frais dont la prise en charge n'est pas prévue par le Code du travail ou par l'accord interprofessionnel, mais a été décidée par la jurisprudence dans la mesure où elle considère que les frais engagés par un salarié dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés ([123]), solution applicable au VRP. En pratique ce remboursement s'effectue par trois manières différentes, soit sur justificatifs, soit de manière forfaitaire sur la base d'une avance sur frais, soit par intégration dans la rémunération du VRP et dans ce cas, à hauteur forfaitaire de 30% lorsque rien n'est prévu en ce sens.

II. – L'extinction du contrat de VRP

A. – Paiement d'indemmnités

439 Classiquement, le traitement de l'exitinction du contrat de VRP suppose de distinguer les causes et les effets de celle-ci étant entendu que les effets sont précisément caractéristiques du statut de VRP et que les causes de l'extinction sont ordinaires : le licenciement, la démission, la résiliation mutuelle ou conventionnelle, la résolution judiciaire du

121Cass. soc. 7 mai 1980, Bull. civ. V, n°398 ; Cass. soc. 15 nov. 1988, Bull. civ. V, n°559.
122Cass. soc. 17 mars 1960, D. 1960, somm. 79, Bull. civ. IV, n°281.
123Cass. soc. 25 févr. 1998, n°95-44096 et 96-40144, Bull. civ. V, n°106 ; Cass. soc. 9 janv. 2001, n°98-44833.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

contrat, l'initiative du salarié, la force majeure, le décès, le départ à la retraite, l'arrivée du terme si le contrat est conclu pour une durée déterminée.

On peut ajouter que la rupture du contrat est présentée comme imputable à l'employeur chaque fois qu'elle résulte d'une inexécution de sa part, comme le fait de ne pas verser les rémunérations dues, qui ne met pas le VRP en mesure d'exécuter sa mission, etc., mais également en cas de modification unilatérale du contrat de VRP, sauf justification légitime, et notamment la odification du secteur, des conditions de la rémunération (assiette, fait générateur, taux), de la gamme confiée, etc., voire les situations d'incitation à la démission, assimilant au régime du VRP la notion de « prise d'acte » qui permet d'imputer à l'employeur une rupture matérielle réalisée à l'initiative du salarié pour des raisons relevant de l'employeur ([124]).

L'ensemble est essentiel pour mesurer les effets du statut de VRP qui reposent d'une part sur une indemnité de clientèle pour solder le passé de l'activité du VRP et une indemnité associée à une clause de non concurrence pour l'avenir.

440 Indemnités de droit commun. – Le VRP, comme salarié, dispose des droits sociaux attachés à la rupture d'un contrat : paiement des sommes dues et des tous les avantages directs et indirects qui lui étaient dus jusqu'au terme du contrat en cas de contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1243-4) et, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, d'une indemnité de licenciement de droit commun si celui-ci ne résulte pas d'une cause réelle et sérieuse. De ce point de vue il est traité commun salarié ordinaire, les indemnités sont dues en cas de rupture imoutable à l'employeur. La solution se déduit plus qu'elle ne découle clairement du régime du VRP. L'article L. 7313-15 du Code du travail précise en effet que *« L'indemnité de clientèle ne se confond ni avec l'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée, ni avec celle due en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ».*

441 Indemnité de clientèle. – L'originalité du statut repose cependant sur l'existence de l'indemnité de clientèle, signalée par l'article L. 7313-13 du Code du travail qui dispose que : *« une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. Le montant de cette indemnité de clientèle tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des*

124Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-42679.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié.Ces dispositions s'appliquent également en cas de rupture du contrat de travail par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail du salarié ». D'ordre public, l'indemnité ne peut être écartée par une clause quelconque, et c'est cette caractéristique exorbitante qui focalise l'attention judiciaire importante autour de l'attraction produit par le statut de VRP.

Cette indemnité a très clairement pour objectif de rassurer le VRP dans l'exécution de sa mission : créer, apporter et développer une clientèle et dans l'investisement personnel qu'il peut réaliser puisque, outre la rémunération associée à son exécution, il bénéficiera en fin de contrat, et pour autant que la rupture ne lui soit pas imputable, à une indemnité, tenant compte de la *« part qui luirevient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur (...) »* de sorte qu'il capitalise, en quelque sorte, pour l'avenir par le développement de la clientèle réalisé au cours de l'exécution du contrat ([125]). Peu importe, au fond, le fondement technique de cette indemnité, qui pourrait reposer sur la considération de l'existence d'un préjudice lié à la perte des conditions propres à la rémunération du VRP, sur l'idée que la rupture emporterait un enrichissement « sans cause » du faut de ce que l'apport ou le développement de la clientèle est le produit du travail du VRP qui serait ainsi « exproprié » du fait de la rupture, dont l'indemnité serait alors la compensation ([126]), voire plus simplement ou plus enigmatiquement une considération d'équité ([127]), à partir du moment oùcette indemnité est une créance certaine pour le VRP.

442 Conditions d'obtention de l'indemnité de clientèle. – La première condition repose sur l'imputation de la rupture du contrat à l'employeur. La rupture doit en effet, aux termes de l'article L. 7311-13 du Code du travail être « *le fait de l'employeur »*. C'est le cas de la résiliation unilatérale sans justificiation, le banal licenciement sans cause réelle ét sérieuse, de la modification unilatérale du contrat, de la mise à la retraite injusitifée ([128]) par exemple, ou de la rupture liée à une maladie professionnelle ou un accident (C. trav., art. L. 7313-13), ou encore de

125Cass. soc. 6 juill. 1939, DC 1941. 33, note P. Pic : *« l'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison en lui faisant perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui »*, Cass. soc. 23 nov. 1999, n°97-42979 et V. surtout Ph. Grignon, Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 1999.

126Cf. Th. Revet, La force de travail, Litec, 1992, n°260.

127Ph. Grignon, Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 1999.

128Cass. soc. 10 févr. 1977, Bull. civ. V, n°548, Cass. Soc. 21 juin 1995, n°91-43639.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

l'hypothèse dans laquelle le VRP serait incité à démissionner ([129]) ou à utiliser la notion de « prise d'acte » de la rupture, par le salarié, du fait de l'employeur, par exemple en cas de non paiement ou de retard dans le paiement des commissions, l'existence d'entraves dans l'exercice de son activité, comme le fait de refuser sans justification des commandes.

C'est également le cas de l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée qui n'est pas renouvelé (C. trav., art. L. 7313-14).

En revanche, l'indemnité n'est pas due si le VRP fait valoir ses droits à la retraite, démissionne ou demande et obtient une résiliation conventionnelle et surtout si la rupture, quoique matérielle imputable à l'employeur, repose sur une faute grave du VRP, question qui est l'un des points majeurs de l'a jurisprudence. C'est le cas chaque fois que le VRP manque à l'une des obligations essentielles du contrat de VRP comme le fait de réfuser de prendre en compte la collection ou une nouvelle collection ([130]). Sont ainsi considérées comme des fautes graves, le fait d'adresser des rapports d'activité faux ou en retard ([131]), le fait d'avoir une activité insuffisante ([132]) sans que le non réalisation des objectifs ou des quotas contractuellement prévus puisse être automatiquement considérée comme une inexécution ([133]) ou encore ne pas respecter des obligations du contrat comme le devoir d'exclusivité, s'il avait été stipulé. La jurisprudence en la matière est particulièrement riche et d'ailleus ans surprise ([134]).

443 Préavis. – En outre, la rupture du contrat doit être précédée du respect d'un préavis, comme en droit comun du travail, ici prévue par l'article L. 7313-9 du Code du travail qui le fixe, au minimum à un mois la première année, deux mois la deuxième, trois au-delà, sauf accord ou situation particulière, donnant droit à une indemnité compensatrice de préavis.

Durant l'exécution du préavis, et comme pour tout contrat, le contrat se poursuit dans les mêmes conditions et chacune des parties doit assurer sa part d'exécution de ses obligations.

Certaines situations supposent cependant la suppression du préavis. Ce peut être le cas de la rupture conventionnelle du contrat, de la rupture pendant la période d'essai, de la survenance d'un événement de force

---

129Cass. soc. 11 Mars 1970, D. 1970, p. 548, Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42679.

130Cass. soc. 23 mai 1962, Bull. civ. IV, nº 472.

131Cass. soc. 4 avr. 1978, Bull. civ. V, n°283 ; Cass. soc. 18 oct. 2006, n°05-42706 (rapports mensongers), Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, n°75 ; Cass. soc. 29 mai 1991, n°88-40335 (arapports en retard).

132 Cass. soc. 9 oct. 1990, Bull. civ. V, n°425..

133 Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, n°75 ; Cass. soc. 29 mai 1991, n°88-40335. V. not Ph. Grignon, V° VRP, Rep. com. Dalloz, n°281 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

majeure, et surtout la faute grave du VRP.

444 **Montant de l'indemnité de clientèle. –**L'indemnité de clientèle vise à comprenser le fait d'avoir créé, apporté oudéveloppé une clientèle. Outre le fondement de cette indemnité, et donc le fait qu'elle compense une « perte », un « préjudice subi » ou un « appauvrissement », peu importe a priori, sauf que la Cour de cassation considère, depuis 1939 ([135]), que l'indemnité de clientèle est fondée sur la *«réparation d'un préjudice »* de sorte que l'absence de préjudice subi par le VRP pourra l'empêcher de recevoir cette indemnité. C'est enoutre au VRP d'apporter la preuve de l'existence d'une clientèle et de l'existence d'une plus-value associée à la création, l'apport ou au développement de cette clientèle.

En droit du travail comme en droit commercial, la notion de « clientèle » n'est pas définie : il s'agit soit des clients eux-mêmes, soit du chiffre d'affaires représenté par ces clients, soit des éléments permettant d'attirer ces clients, selon les formulations proposées par la doctrine. Il reste que la clientèle est la propriété de l'entreprise, pas celle du VRP : le VRP est chargé soit de créer une clientèel, sur la base d'une organisation choisie par l'employeur, soit de développer une clientèle existante (par exemple suite au départ d'un VRP ou d'une réorganisation de l'entreprise) ou bien encore d'une clienètle « apportée », logique plus discutable qui supposerait que le VRP soit, à un moment donné, « propriétaire » de la clientèle. En général il s'agit de la situation dans laquelle le VRP a déjà créé une clientèle avant la conclusiondu contrat de travail, quel qu'en soit le moyen, et qu'il s'engage par le contrat de VRP à l'exploiter désormais pour le compte de son employeur, ce qui suppose donc une forme de « transfert de propriété » de cette clientèle à l'employeur.

Dès lors, c'est le fait que l'action du VRP a produit cette clientèle qui justifie l'indemnité, ce qui suppose que cette clientèle existe : l'existence de la clientèle se manifeste par sa permanence, il convient qu'elle ait commandé et ce de manière répétée, selon la nature des produits ([136]).

L'existence de la clientèle démontrée, encore convient-il, pour le VRP, d'établir un mouvement, une plus-value, la création, l'apport, ou le développement de celle-ci, c'est-à-dire l'existence d'un travail personnel

---

Cass. soc. 6 juill. 1939, DC 1941, p. 33, note P. Pic. Adde Cass. soc. 23 nov. 1999, n°97-42979.

Cass. soc. 22 oct. 1981, Bull. civ. V, n°824. V. Pour du materiel d'imprimerie (Cass. soc. 1er juill. 1970, Bull. civ. V, n°456) ou des vitrines (Cass. soc. 8 juin 1966, Bull. civ. V, n°559) trop durables pour qu'une répétion des commandes soit observée et donc qu'une indemnité soit due, à moins qu'une activité de service après-vente par exemple ne le justifie (Cass. soc. 30 avr. 1987, Bull. civ. V, n°254).

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

du VRP à l'origine de cette plus-value ([137]), ou plus exactement d'un eplus-value rattachable au travail personnel du VRP ([138]) même si le développement repose sur une action conjointe du VRP et de l'employeur ([139]). Il sufit donc que l'activité personnelle du VRP soit à l'origine de ce développement, solution qui présente l'intérêt de trancher la discusssion entre les mérites comparés du VRP et de l'employeur, par exemple du fait de l'activité de publicité de ce dernier, d'un mécénat dans le secteur du VRP, etc.

En pratique, les contrats de VRP comportent une liste des clients confiés au VRP avec l'indication du chiffre d'affaires réalisé durant les années précédentes, ce qui permet de comparer pour mesurer le développement de la clientèle et de l'ajout de nouveaux clients.

En outre le lien entre indemnité de clientèle et le préjudice subi par le VRP établi par la jurisprudence conduit à écarter le paiement de l'indemnité lorsque le VRP ne subi aucun préjudice. C'est le cas notamment lorsque le VR¨P a cédé sa « carte » c'est-à-dire son contrat à un nouveau VRP moyennant un prix établissant ce faisant le montant de la valeur de la clientèle ([140]) ou a conservé le bénéfice de la clientèle au profit d'un nouvel employeur ([141]), que l'indemnité a été intégrée par anticipation dans la rémunération du VRP, ou encore alors que le VRP ne bénéficiait que d'une rémunération fixe ([142]). Cette dernière solution est d'ailleurs critiquable : le montant ou la méthode de rémunération du VRP est *a priori* sans aucune relation avec l'existence ou la consistance du préjudice dans la mesure où ce n'est pas la perte d'un revenu qui est compensé, par une plus-value, un capital.

Le montant de l'indemnité doit alors correspondre à ce préjudice, exactement ([143]). D'ailleurs, le montant du préjudice ne peut âs être préétabli ou fixé de manière forfaitaire dans une clause d'indemnité ou une forme de clause pénale (C. trav., art. L. 7313-16). C'est donc au moment de la rupture que s'effectue l'évaluation de l'indemnité en fonction de la pert personnelle du VRP dans la création ou le développement de la clientèle, ce qui permet à l'employeur de tenir compte de la notoriété de la marque, des dépenses de publicité réalisées par l'employeur, etc., étant entendu que en cas de désaccord, c'est le juge

---

Cass. soc. 1er juin 2004, n°02-41176, JCP, éd. E, 2004, Cah. dr. entr. 2004/6, p. 13, obs. Ph. Grignon, Cass. soc. 30 sept. 2003, n°00-43927.

Cass. soc. 12 juill. 2006, n°04-45983.

Cass. soc. 14 oct. 1998, n°96-40638.

Cass. soc. 28 oct. 1992, n°89-43805.

Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-42979, JCP, éd. E, 2000, Cah.dr. ent. 2000/4, obs. Ph. Grignon.

Cass. soc. 10 mars 2004, n°03-42744, JCP, éd. E, Cah. dr. entr. 2004/3, p. 33, obs. Ph. Grignon.

Cass. soc. 21 mars 1979, Bull. civ. V, n°259, Cass. Soc. 18 mars 2003, n°01-42255.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

qui est chargé d'établir la réalité du préjudice subi, ce qui peut-être le moyen pour le juge de limiter ou d'accroître le montant de l'indemnité en fonction des circonstances.

Une sorte d'usage toutefois (mais sans bien entendu que cet usage soit ostensible ni révélé par crainte d'un arrêt de règlement de l'article 5 du Code civil), ce qui limite considérablement la portée de l'affirmation selon laquelle l'indemnité de clientèle a pour objectif de compenser le préjudicie subi, établit l'indemnité à deux ans de commissions, en tant compte des commissions versées, hors frais profesionnels, durant les deux ou trois années précédentes.

Comme on l'a vu, l'indemnité de clientèle ne se cumule pas avec l'indemnité de lienciement ou de départ à la retraite dans la mesure où ces indemnités ont le même fondement. En revanche, le VRP peut prétendre à l'indemnité laplus intéressante des deux.

Surtout le VRP peut cumuler l'indemnité de clientèle avec des dommages et intérêts dont ils pourraient être créanciers du fait de la faute commise par l'employeur (C. trav.,art. L. 7313-15) et notamment du fait de l'absence de cause réelle et sérieuse ou d'un licenciement abusif.

En outre, l'article 7313-17 du Code du travail considère que l'indemnité de clientèle n'est pas cumulable avec l'indemnité conventionnelle de rupture de contrat qui serait prévue par une convention collective, notamment l'accord interprofessionnel de 1975. Cette indemnité conventionnelle, prévue par les articles 13 à 15 de l'accord national interprofessionnel (ANI) est constituée de l'indemnité minimale de référence pour la détermination du montant de l'indemnité de clientèle, l'indemnité de rupture des représentants rémunérés uniquement par un salaire fixe, et celle pour ceux qui sont rémunérés par une rémunération mixte et correspondant en gros à 6 mois et demi de salaire fixe. En outre une indemnité spéciale de rupture vise à se substituer à l'indemnité de clientèle, qui suppose que les parties renoncent à contester le principe du droit à indemnité.

445 Cession de « carte ». – Le contrat de VRP est par principe un contrat *intuitu personae* dans la mesure où le VRP est choisi en fonction de ses capacités par l'employeur. Toute cession de contrat est donc subordonnée à l'accord de l'employeur. D'ailleurs, la présence d'une clause dite « clause de présentation » par laquelle l'emplyeur renonce à refuser le successeur du VRP exclut le statut du VRP ([144]). La pratique de la cession de « carte » se présente lorsque le VRP qui met fin à ses relations avec l'employeur dispose de la faculté de présenter un successeur afin de le remplacer : c'est cette situation qu'identifie la

Cass. soc. 9 févr. 1966, Bull. civ. V, n°794.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

technique de la « cession de carte ».

Le « prix » de la cession de « carte » payé par le VRP agréé par l'employeur correspond à une somme équivalente au montant de l'indemnité de clientèle à laquelle le cédant aurait eu droit, laquelle empêche le VRP de réclamer l'indemnité de clientèle à son ancien employeur.

S'agissant d'une pratique réalisée par un opérateur relevant du droit du travail, elle se présente de manière peu commune : il ne peut en effet s'agir d'une « cession de clientèle » dans la mesure où la clientèle appartient à l'employeur et qu'aucun salarié ne dispose d'une clientèle propre distincte de celle de son employeur. C'est une sitaution de cession de contrat, sachant que le contrat est un contrat profitable, au-delà de la simple rémunération de l'activité salariée.

446 Commission de retour sur échantillonnages. – L'article L. 7313-11 du Code du travail prévoit qu'une commission est due pour rémunérer des commandes qui seraient reçues par l'employeur après que le contrat a pris fin, une commission due *« sur la suite directe des remises d'échantillon »*, consacrant un usage consacré par la jurisprudence et visant à faire en sorte que le VRPne cesse pas ses efforts lorsque la fin du contrat est en vue. La commission est due chaque fois qu'une commande est le résultat d'une prospection réalisée avant la fin du contrat, la remise d'échantillons et de tarifs à un client. La commission n'est due que pour autant que le VRP soit rémunéré sur la base d'une commission, et non d'un salaire fixe.

Ces commissions sont dues dans un délai fixé en général à trois mois à compter de la cessation du contrat ([145]) sauf usage ou accord qui serait plus long, et ce quelles que soient les conditions de la rupture du contrat.

447 Clause de non concurrence. – Commede très nombreuses situations dans lesquelles un contractant est en contact avec la clientèle appartenant à autrui, le contrat de VRP contient très souvent une clause de non-concurrence post-contractuelle afin d'éviter que le VRP ne puisse entretenir des relations de quelque manière que ce soit avec la clientèle qu'il a prospectée après la rupture du contrat.

Une telle stipulation ne s'entend pas d'autorité et doit être prévue dans le contrat, sans pouvoir contenir de dispositions plus contraingantes que celles prévues dans l'accord national interprofessionnel de 1975 ([146]).

En outre, les clauses de non concurrence, et l'accord national interprofessionnel de 1975, prévoient souvent une stipulation selon

---

Cass. soc. 13 mars 1967, Bull. civ. IV, n°246.

Cass. soc. 14 novembre 2007, n°06-44284, 189, Cass. soc. 12 oct. 2011, n°09-43155.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

laquelle l'employeur peut « lever l'option », ou plus exactement renoncer à revendiquer le bénéfice de cette stipulation (confondu en pratique avec l'idée de revendiquer son application) de manière formelle et surtout non équivoque ([147]) et selon l'ANI, dans les quinze jours de la rupture du contrat.

La validité de ce type de clause reprend les canons principaux des clauses de non-concurrence telle qu'elles reposent sur la jurisprudence développée depuis l'arrêt du 14 mai 1992 (Cf. Supra), et ce à peine de nullité, et donc être justifiée à la fois par la préservation d'un intérêt légitime, en général la prévention du risque de l'exercice d'une concurrence anormale ou déloyale et le détournement de la clientèle de l'employeuret par l'exigence de proportionnalité entre les termes du contrat et l'objectif de préservation de cet intérêt légitime.

Classiquement donc, la clause ne peut interdire au VRP d'exercer toute activité, l'empêcher de retrouver un emploi et peu importe désormais que la clause soit limitée dans le temps, dans l'activité interdite et dans l'espace pourvu qu'elle soit proportionelle.

Enfin, et conformément à la jurisprudence née en 2002, le VRP disposant d'un statut rattaché au droit du contrat, la clause de non concurrence doit être rémunérée ou plus exactement comporter une contrepartie financière.

L'accord national interprofessionnel de 1975 (art. 17) prévoit de surccroît l'exigence de la triple limitation, dont la durée fixée à un maximum de deux ans et le principe d'une contrepartie financière fixée en fonction de la durée du contrat ([148]).

TITRE 2. – LES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

448 Les mandataires, entre autres. Les contrats d'intermédiation sont souvent confondus avec le contrat de mandat auxquels ils empruntent parfois leur régime ou pour proposer des variantes, quand bien mêmeleur nature serait parfois totalement différente comme pour le contrat de courtage, par exemple.

Le mandat offre en effet tous les atouts pour être présentés comme le contrat souche, à commencer par le fait que son régime est déterminé dans le Code civil, à la différence du contrat de commission, notamment, dont le régime était, et est toujours, identifié dans le Code de commerce. La différence entre les deux figures, cependant, reste fondamentale.

Cass. soc. 13 sept. 2005, n°02-46795, D. 2006. p. 1357, note J. Séchier-Dechevrens pour l'exigence de paiement de la contrepartie financière, prorata temporis, si l'employeur renonce tardivement à l'en dispenser.
V. cependant : Cass. soc. 7 mars 2007, n°05-45511, D. 2007. p. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

Les contrats de représentation sont une technique qui s'inscrit dans les mécanismes plus généraux de représentation, comme les hypothèses de représentation légale (de dirigeants de société ou des parents à l'égard de leurs enfants mineurs, par exemple) ou judiciaire (comme dans le cas de l'administrateur judiciaire d'une entreprise placée en redressement judiciaire) ou même pour expliquer des hypothèses offertes par le droit des obligations à plusieurs personnes (comme dans le cas de la solidarité que l'on explique par un mécanisme de représentation des débiteurs solidaires).

La représentation conventionnelle permet de réaliser une forme de multiprésence par le fait que lesdivers représentants sont, juridiquement, le représenté à l'égard des tiers et ce, selon deux formes principales. La première forme identifie une figure dite parfois *parfaite* de représentation ou de représentation *transparente* où, dans le mandat, le mandataire eagit *au nom* et *pour le compte* du mandant, de sorte que le tiers sait qu'il traite en réalité avec le mandant. La seconde, le contrat de commission, identifie une forme dite *imparfaite* ou plus exactement *opaque* dans laquelle le commissionnaire agit *en son nom* et *pour le compte* du commettant à l'égard du tiers. Le contrat de mandat voit son régime de droit commun principalement posé aux articles 1984 et suivants du Code civil, et des régimes spéciaux se sont développés, dans le Code de commerce notamment, à travers le contrat d'agence commerciale ou bien dans des lois nouvelles qui ont pris le relais des règles du Code civil ([149]). Le contrat de commission est précisé aux articles L. 132-1 et suivants du Code de commerce. De la sorte, on présente parfois le contrat de mandat comme le contrat de droit commun dont le commission ne serait qu'une variante, ou bien comme une opposition entre le mandat civil et le mandat commercial ([150]) ; nous opposerons plutôt les contrats de mandat (Chapitre 1) et les contrats de commission (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les contrats de mandat

Section 1. Le contrat de mandat de droit commun

Section 2. Les contrats de mandat particulier

I. Le contrat de mandat d'intérêt commun

449

Cf. agents d'assurance : D. 5 mars 1949 et 28 déc. 1950 ; agents commerciaux : D. 23 mars 1958, L. 25 juin 1991 ; agents immobiliers : L. 2 janv. 1970 ; agents de voyage : L. 13 juill. 1992, etc.

150 D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, n°142 s.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

II. Le contrat d'agence commerciale

450 Le contrat d'agence commerciale repose sur le régime défini aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce qui résultent d'une loi du 25 juin 1991 qui transposait en droit français une directive communautaire du 18 décembre 1986 visant à proposerun régime, dans son existence et la protection assurée, identique dans les Etats-membres de la communauté européenne de manière à assurer des conditions de concurrence identiques pour les fournisseurs recourant à ce type de contrat ([151]), à telle enseigne, d'ailleurs, que les contrats internationaux d'agence commerciale ne peuvent choisir une loi applicable qui échappe à ce régime, la CJCE ayant érigé ce régime en loi de police ([152]). Ce régime remplaçait celui déterminé auparavant sur la base du décret du du 23 décembre 1958 qui avait, sur la base du régime jurisprudentiel du mandat d'intérêt commun, proposé ce nouveau régime.

A. Qualification du contrat d'agence commerciale

451 Le contrat d'agence commerciale se présente comme un *statut* en ce sens qu'il propose un régime particulier, et favorable, en sorte que son application dépend de la qualification de contrat, laquelle repose sur le dispositif proposé par l'article L. 134-1 du Code de commerce :l'agent commercial est « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service, est chargé de façon permanente de négocier et, éventuelement de conclure des contrats de vente ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* ».

452 L'agent commercial est donc, en premier, un mandataire. Cette qualification ne s'entend pas d'évidence dans la mesure où le contrat de mandat est traditionnellement envisagé comme un contrat par le lequel le mandat donne pouvoir au mandataire d'effectuer des *actes juridiques* (conclusion d'un contrat, exécution d'un contrat, exercice d'une voie de droit, etc.). Lorsqu'une personne charge une autre personne d'effectuer des *actes matériels*, la qualification s'oriente davantage vers celle de contrat d'entreprise. Or la mission de l'agent commercial est de négocier *et éventuellement conclure des contrats.* C'est ainsi classiquement une activité de prospection. La prospection est un ensemble d'actes matériels et non juridiques : l'agent n'est chargé qu'éventuellement de conclure

151Cf. L. Vogel (dir.), Les agents commerciaux en Europe, Ed. Panthéon-Assas, 2012.
152 CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, Rec. p. 9305.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

des contrats. Cette activité de *négociation* n'est pas très claire. La « négociation » est usuelle considérée comme une activité visant à discuter le contenu d'un contrat à conclure éventuellement, voire de proposer la conclusion de contrats. Il semble ici que ce soit cet ensemble, avec l'idée que l'agent transpet des offres ou des bons de commandes, des catalogues, des échantillons, etc., en ce sens que le contenu général du contrat à conclure est bien déterminé par le mandant, le mandataire étant chargé de le « négocier » soit à la marge soit au sens où il entre en relation contractuelle avec le tiers, pour le compte du mandant.

Pourtant, la jurisprudence considère que la *« négociation »* doit être entendue dans son sens contractuel traditionnel. Est un agent commercial celui qui dispose du pouvoir de négocier le contrat et ne l'est pas, au sens de l'article L. 134-1 du Code de commerce celui qui n'en dispose pas ([153]). Par exemple l'opérateur qui se contente de remettre des offres ou des conditions n'est pas un agent commercial ([154]) solution qui infirme l'une des interprétations, larges, possibles de l'article L. 134-1 du Code de commerce. On peut donc en déduire que si l'agent, chargé de négocier et éventuellement conclure des contrats, n'est pas celui qui, en permanence négocie, discute tous les éléments de tous les contrats dans lesquels il s'entremet, il est cependant nécessaire qu'il dispose de la faculté de cette négociation, par exemple par la possibilité de fournir des avantages tarifaires, de ce qu'on appelle disposer d'une « marge de négociation ». On mesure l'effet de cette conception : il suffit que le contrat prévoie que le mandataire ne dispose en aucune manière du pouvoir de négocier pour le contrat ne soit pas un contrat d'agence commercial. Or, bien peu de contrats, en pratique, laisse au mandataire la possibilité et la liberté de négocier avec les tiers, car le risque pour le mandant est d'être engagé dans les conditions posées par l'agent. De sorte que les hypothèses dans lesquelles le mandat permet à l'agent de négocier est souvent doublée d'une clause retardant la conclusion du contrat à sa valisation par le mandant.

L'autre élément de rattachement au mandat, outre la qualification choisie par la loi est donc l'acte d'entremise, le fait que l'agent agisse au nom et pour le compte du mandant. A défaut, il n'est pas un mandataire et donc encore moins un agent, mais un distributeur ordinaire ([155]).

La logique de prospection permet également d'évincer du statut des opérateurs qui n'effectuent pas de telles activités, qui ne négocient pas,

153 Cass. com. 27 avr. 2011, n°10-14851, CCC 2011 n°167, obs. N. Mathey, Cass. com. 3 avr. 2012, n°11-13527, 11-15518, D. 2012, p. 1062 et 2765, obs. N. Dorandeu.
154 Cass. com. 27 oct. 2009, n°08-16623, Cass. com. 27 avr. 2011, préc.
155 Cf. Cass. com. 10 juill. 2007, n°05.19373, CCC 2007, n°234, obs. Malaurie-Vignal, D. 2008, p. 2196, obs. D. Ferrier.

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020

comme ses activités techniques, d'assistance, de conseil, des opérations matérielles en général.

453 L'agent commercial est en outre un opérateur *civil*, par un rare oxymoron, quand bien même ces règles seraient intégrées dans le Code de commerce. Il est également un opérateur *indépendant.* L'article L. 134-1 du Code de commerce précise cette exigence à la fois de manière immédiate et par l'exclusion d'un contrat d'entreprise. L'agent est donc maître de son organisation professionnelle, de ses salariés éventuels, des moyens qu'il décide de mettre en œuvre pour réaliser sa mission, des modifications dans cette organisation, ce qui le distingue, là encore d'un VRP.

Cette indépendance se manifeste notamment par le fait qu'il peut, à la différence du VRP accepter des contrats de mandats avec d'autres mandant sans autorisation du ou des mandants existants (C. com., art. L. 134-3) pour autant toutefois qu'ils ne soient pas des concurrents.

Cette indépendance se manifeste également par le fait que l'agent peut être une personne morale. Cette possibilité, exclue dans le statut de 1958 jusqu'à un décret de 1968. Il en résulte alor que l'agent commercial organisé sous la forme d'une société commerciale est un agent commercial commerçant.

Cette indépendance se manifeste enfin par la possibilité pour l'agent de conclure des contrats de sous-agence commerciale. La formule aurait se déduire de l'article 1994 du Code civil relatif aux sous contrat de mandat conclu apr un mandataire. Le sous-agent est alors le contractant de l'agent, mais point de l'agent, à l'exception de l'action directe en paiement du sous-agent contre le mandant.

L'agent est en outre chargé d'une activité *permanente* de sorte que son activité n'est pas oaccasionnelle ou ponctuelle, comme peut l'être celle d'un seimple agent d'affaires.

454 Ainsi conçu, la mission de l'agent commercial sera fonction de l'objet du contrat : l'article L. 134-1 vise en effet la négociation de contrats de vente de marchandises, mais également de prestations de service ou de location.

Un certain nombre d'activités bénéficient cependant d'un régime spécifique, d'un statut distinct voire particulier par rapport à celui, qui semble alors plus général, d'agent commercial.

455

456

457 -

© D. Mainguy « Les contrats d'affaires et de distribution » 2020