

REGARDS SUR LE CONTRAT DE DISTRIBUTION DANS L'UNION EUROPÉENNE

LE STATUT DU DISTRIBUTEUR EN ALLEMAGNE

M. Stefan HABERMEIER,

Maître de conférences à l'Institut de droit européen de l'Université de Sarrebruck

I. – Introduction : Le cadre général

L'activité du distributeur relève en Allemagne d'un très grand nombre de lois spécifiques qui, en somme, déterminent son statut. La matière, très dispersée, est d'une telle complexité que les étrangers, mais aussi les Allemands qui s'engagent professionnellement dans la distribution, éprouvent de nombreuses difficultés, parfois dommageables. On peut espérer que le législateur, qui semble avoir la responsabilité la plus grande à cet égard, y remédiera aussi vite que possible.

II. – Les effets de la protection des consommateurs sur l'organisation contractuelle de la distribution

Si un chef d'entreprise a l'intention de distribuer des marchandises ou des services en Allemagne, il doit tout d'abord se reporter aux dispositions des Code civil (1) et Code de commerce allemands (2). Elles consacrent le principe de l'autonomie privée dont l'importance, essentielle pour l'efficacité de la distribution des ressources dans une économie de marché, a été quelque peu oubliée, non seulement par le législateur mais aussi par la jurisprudence allemande ces dernières années. Cette évolution a commencé déjà bien avant l'entrée en vigueur du Code civil, notamment avec une loi du 16 mai 1894 – *Abzahlungsgesetz* – adoptée pour protéger les acheteurs ayant opté pour un paiement à tempérament. Ce dispositif a été remplacé il y a à peu près six ans par une nouvelle loi plus générale – *Verbrauchercreditgesetz* –, dans laquelle on trouve des règles très détaillées concernant tous les contrats emportant paiement à crédit entre des distributeurs et les consommateurs (3). Cette loi reflète l'importance accordée à la protection du consommateur en droit allemand. Tout d'abord, les fabricants ou les fournisseurs ne peuvent pas forcer leurs cocontractants à violer cette loi ou d'autres lois qui règlent les modalités de la distribution aux consommateurs. Surtout, cette loi devrait avoir un effet direct et immédiat sur les contrats de distribution eux-mêmes, en raison du maintien probable de la jurisprudence du *BGH* par laquelle la juridiction civile allemande la plus élevée appliquait les dispositions protectrices de la loi ancienne non seulement aux consommateurs mais aussi aux distributeurs dans leurs rapports avec les fournisseurs. On peut donc s'attendre à ce que la jurisprudence continue de reconnaître aux distributeurs qui viennent juste de commencer leur activité en souscrivant un crédit pour acheter des marchandises, et que l'on peut donc considérer comme des « consommateurs » au

(1) *BGB* : *RGBl.* S. 195 (Le *BGB* date du 18 août 1896).

(2) *HGB* : *RGBl.* S. 219 (le *HGB* date du 10 mai 1897).

(3) *VerbrKG*, loi du 17 décembre 1990 : *RGBl.* I, p. 2840.

sens de la nouvelle loi, le droit de résilier le contrat de distribution pendant un an pour le cas où le fournisseur aurait négligé d'informer le distributeur sur ses droits résultant de cette loi (4).

Dans ce contexte, il y a lieu de mentionner d'autres lois relatives à la protection des consommateurs qui ont également un effet direct sur l'organisation contractuelle de la distribution, spécialement la loi du 9 décembre 1976 – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* – (5), qui entérine sur de nombreux points la jurisprudence allemande depuis la seconde guerre mondiale et qui a été modifiée il y a quelques mois à l'occasion de la transposition d'une directive relative aux clauses abusives dans des contrats passés entre les distributeurs et des consommateurs (6). En dépit de ces modifications, la loi, fidèle à ce particularisme allemand, ne s'en tient pas aux rapports contractuels avec les consommateurs. Elle affecte directement, et dans son ensemble, l'organisation de la distribution, puisque ces règles fondamentales (7) s'appliquent à tous les contrats qui sont préformulés, indépendamment de la personne du cocontractant ; et donc à tous les contrats de distribution préformulés – contrat-type. Il en résulte, par exemple, que des clauses inhabituelles dans des contrats de distribution préformulés n'auront pas de valeur légale. Par ailleurs, le droit de résiliation dont bénéficie contractuellement le fournisseur ne pourra pas être exercé tout de suite si les investissements qu'a fait le distributeur en s'engageant dans le réseau ont été assez importants (8).

III. – L'importance du droit de la concurrence et de la propriété immatérielle

Traditionnellement, le droit de la concurrence est étroitement lié aux règles qui protègent la propriété immatérielle, notamment celles qui régissent les brevets, les marques, même si on trouve depuis très longtemps des lois spécifiques à la propriété immatérielle qui affectent donc aussi le statut du distributeur. Mais, ce qui est remarquable en droit allemand de la concurrence, c'est que l'on opère une distinction nette, aussi bien en doctrine que dans la législation, entre la concurrence déloyale et le droit des ententes. Du reste, on trouve d'une part une loi spéciale qui règle la plupart des cas de concurrence déloyale ou illégitime – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – et d'autre part, une loi concernant les ententes des entreprises – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Toutes ces dispositions constituent

(4) La jurisprudence allemande a considéré des contrats de distribution successifs entre le fournisseur et le distributeur comme des contrats passés avec des personnes protégées par la « *Abzahlungsgesetz* ». V. par ex. la jurisprudence citée par M. Martinek, *Moderne Vertragstypen, Vol. II, Franchising, Know-How-, Management- und Consultingsverträge*, Munich 1992, p. 97 sq. V. maintenant, art. 1^{er}, al. 1^{er}, et art. 3, al. 1^{er}, n° 2, VerbrKG.

(5) *AGB-Gesetz*, loi du 9 décembre 1976 : BGBl. I, S. 3317. V. aussi dans ce contexte la *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften* : BGBl. I, S. 122, qui est conforme à une directive du Conseil des ministres de la Communauté européenne (directive du 20 décembre 1985 : *AmtBl. EG* n° L, p. 372/31) et concerne des cas spéciaux dans lesquels les distributeurs offrent leurs marchandises ou leurs services directement au domicile du cocontractant.

(6) Directive n° 93/13/EWG : *AmtsBl. EG* n° L 95, p. 346/13. V. par ex. Eckert, *Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln* : *WM* 1993, S. 1070 ff. ; Heinrichs, *Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln* : *NJW* 1993, S. 1817 ff. ; Remien, *AGB-Gesetz und Richtlinie* : *ZEuP* 1994, S. 34 ff. ; Damm, *Europäisches Verbrauchervertragsrecht* : *JZ* 1994, S. 161 ff.

(7) V. surtout, *AGB-Gesetz*, art. 9 et 24, phr. 1, n° 1, et phr. 2.

(8) Sur l'opinion doctrinale selon laquelle cette limitation de l'autonomie privée doit être encore plus générale et donc ne doit pas être restreinte au cas d'un contrat de distribution préécrit, V. M. Martinek, *op. cit.*, p. 123 sq. et p. 133 sq. (Voilà un exemple remarquable du fait que la doctrine — et aussi la jurisprudence — utilisent des règles générales du Code civil pour établir une protection du distributeur en dehors même de la législation sur ce point).

en somme avec d'autres lois plus ou moins importantes le droit de la concurrence. De prime abord, elles semblent avoir la même portée sur le statut du distributeur. Mais en fait, le droit de la concurrence déloyale est devenu beaucoup plus important que le droit des ententes pour définir et circonscrire les rapports juridiques des distributeurs.

Cette situation résulte non seulement du fait que le droit des ententes permet en principe toutes les formes de coopération verticale, à l'exception des accords sur les prix (9), dès lors qu'elles ne restreignent pas la concurrence entre les distributeurs et les fournisseurs, et, partant, ne soumet ces contrats de distribution à la surveillance de l'autorité de contrôle que s'ils ont des effets inacceptables sur la concurrence sur le marché allemand (10). Elle résulte également du fait que le droit allemand des ententes se trouve aujourd'hui effectivement remplacé par les règles correspondantes des articles 85 et 86 du traité de Rome et par divers règlements d'exemption par catégorie élaborés par la Commission de la Communauté (11). Ceci est évident dans toutes les situations comportant un élément d'extranéité, c'est-à-dire par exemple si un fournisseur de marchandises français s'engage dans une coopération verticale avec un distributeur en Allemagne. Ce qui est moins connu, c'est que les règles européennes ont effectivement remplacé le droit des ententes allemand même en droit interne en raison d'une interprétation très large des règles qui gouvernent la relation entre le droit communautaire et le droit des États membres dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (12). C'est là un exemple très visible de l'influence de plus en plus directe de la réglementation européenne sur l'ordre juridique allemand en général et sur les règles qui se rapportent à l'organisation de la distribution en particulier. Du reste, il existe des projets de plus en plus précis visant à l'harmonisation du droit des ententes allemand avec les règles correspondantes de la Communauté européenne (13).

J'insisterai, à présent, sur quelques aspects spécifiques du droit allemand et qui sont de nature à alimenter la critique doctrinale, en ce qu'ils posent des problèmes non seulement aux acteurs de la distribution mais aussi à l'économie allemande elle-même. Il n'est pas exclu que la globalisation de l'économie et les difficultés qui en résultent pour la prospérité des Allemands en ce moment déterminent l'évolution du droit dans ce secteur.

IV. – Quelques exemples concernant des développements curieux et des situations douteuses en droit allemand

Un chef d'entreprise peut distribuer ses marchandises ou ses services non seulement par l'intermédiaire de concessionnaires ou de franchisés mais aussi par le biais de représentants de commerce. Il existe en Allemagne quelques règles qui déterminent le statut du représentant de commerce, intégrées à présent dans le Code de commerce. Par exemple, le représentant de commerce peut exiger une provision même si le fabricant n'exécute pas la transaction (14),

(9) V. art. 15 sq. *GWB*, loi du 20 février 1990 : *BGBl.* I, p. 235.

(10) V. surtout art. 18 *GWB*.

(11) V. par ex. S. Habermeier, *Europäisches Kartellrecht, art. 29 — Grundlagen : Handbuch des Vertriebs-rechts*, éd. par M. Martinek et F.-J. Semler, Munich 1996, p. 742 sq. (v. n° 65 sq.).

(12) En raison d'une interprétation très large de la « clause interétatique » de l'article 85 du traité de Rome par la Cour européenne, le droit communautaire des ententes s'applique aujourd'hui aussi aux contrats nationaux. V. par ex. S. Habermeier, *op. cit.*, (note 10), n° 25 sq.

(13) V. par ex. I. Brinker, *Ansätze für eine EG-Konforme Auslegung des nationalen Kartellrechts : WuW* 1996, p. 549.

(14) V. art. 87 a *HGB*.

ou un règlement des comptes tous les mois (15). Il existe aussi une règle qui détermine un délai de résiliation du contrat (16). Toutes ces règles ont pour but de protéger le représentant de commerce vis-à-vis de son employeur et sont donc explicitement exclues du domaine de la liberté contractuelle (17). Or, la plupart d'entre elles, soumises à une interprétation très large, sont, selon la jurisprudence, censées valoir par analogie pour tous les revendeurs semi-indépendants, et donc surtout pour les concessionnaires et les franchisés, au moins s'il s'agit d'une franchise subordonnée, laquelle semble être la forme statistiquement la plus courante (18). Toutefois, elles perdent effectivement toute leur signification dans un contexte international. En droit international privé allemand, elles sont considérées comme des règles d'ordre public interne, c'est-à-dire ne méritant pas le rattachement spécial que l'on donne aux lois de police, lois que l'on traite comme des « lois d'application immédiate » selon la terminologie du droit international privé. Dès lors, le choix d'un ordre juridique étranger pour le contrat de distribution reste possible. Ceci écarte complètement l'application des dispositions mentionnées (19). Et personne n'a tenté de mettre ce résultat en question (20).

Une autre particularité concerne le droit de la concurrence déloyale. Est considéré comme un acte de concurrence déloyale le fait pour un revendeur non agréé d'obtenir des marchandises distribuées par le réseau de distribution sélective et de les revendre en dehors de ce réseau. Mais on ne considère cet acte de concurrence comme déloyal que lorsque le réseau en question est « sans lacune », c'est-à-dire clos ou fermé dans un sens théorique et pratique (21). Le système est considéré comme non hermétique s'il y a trop de ventes effectuées par des concessionnaires agréés aux revendeurs hors-réseau ou si le fournisseur n'assure pas, en pratique, le respect de l'étanchéité du réseau (22). Ce sont donc ces critères assez stricts qu'a imposés la jurisprudence allemande. Si un distributeur agréé ou le fabricant

(15) V. art. 87 c HGB.

(16) V. art. 89 HGB.

(17) V. par ex. art. 87 c, al. 5, HGB.

(18) V. M. Martinek, *op. cit.*, p. 120 sq. ; v. Behr, *Der Franchisevertrag. Eine Untersuchung zum Recht der USA mit vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, Francfort/Main 1976, p. 151 ; K. Schmidt, *Handelsrecht*, 4^e éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1994, p. 681 ; C.-T. Ebenroth, *Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht*, Constance 1980, p. 159.

(19) Selon la législation se rapportant aux situations comportant un élément d'extranéité (art. 92 c HGB) toutes les règles particulières sont en principe applicables aux parties « si le distributeur s'engage sur le territoire allemand » ou — depuis trois ans — s'il s'engage « sur le territoire de l'Espace de l'Économie européenne » (correspondant à présent largement au territoire de la Communauté européenne). Mais cette règle est interprétée comme étant valable seulement dans le cas où le droit allemand régit le contrat ; elle n'a donc pas d'implication juridique dans le cas où les parties au contrat ont choisi un droit étranger pour régler leurs affaires ; v. dans ce contexte par ex. C. Reithmann, D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 4^e éd., Cologne 1988, n° 767 ; K. Siehr, Normen mit eigener Bestimmung ihres räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs im Kollisionsrecht der Bundesrepublik Deutschland : *RabelsZ* 46 (1982), p. 357 sq. ; G. Beitzke, Das anwendbare Recht beim Handelsvertretervertrag : *DB* 1961, p. 528 sq. ; Ferid, Internationales Handelsvertreterrecht im Lichte der deutsch-österreichischen Beziehungen : *RIW/AWD* 1964, p. 197 sq.

(20) Pour des suggestions d'amélioration, v. J. Basedow, Neues Handelsvertreterrecht in den Niederlanden : *RIW* 1977, p. 751 sq. V. aussi la critique fondamentale des principes de rattachement en droit international privé en Europe dans ma nouvelle étude à paraître dans : S. Habermeier, *Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, Eine Bestandsaufnahme prävalenter wirtschaftskollisionsrechtlicher Methodologie*, Baden-Baden 1997, p. 128 sq. et passim.

(21) V. dans la jurisprudence par ex. BGH : *BGHZ* 40, p. 135 sq. — *Trockenrasierer II* ; BGH : *GRUR* 1968, p. 272 sq. — *Trockenrasierer III* ; BGH : *GRUR* 1985, p. 1059 sq.

(22) Les spécificités allemandes sont décrites en détail dans S. Habermeier, *Art. 33 : Das Recht des unlauteren Wettbewerbs : Handbuch des Vertriebsrechts*, éd. par M. Martinek et F.-J. Semler, Munich 1996, p. 896 sq. (v. n° 51 sq.).

souhaite empêcher les « *outsiders* » de distribuer les marchandises en dehors du système, il lui faut en principe toujours prouver que le système de distribution est fermé ou « sans lacune » au sens qui vient d'être indiqué. En raison des difficultés qu'il y a à assurer une étanchéité complète, surtout dans un contexte international, beaucoup de théoriciens du droit de la concurrence ont lancé un plaidoyer pour une protection plus efficace de ce système de distribution. Pour des raisons économiques, il faut espérer que la jurisprudence allemande ne suivra pas les enseignements de la doctrine et renoncera aux mécanismes du droit positif qui permettraient d'empêcher les revendeurs non agréés de revendre des marchandises hors réseau.

Dans ce contexte, il faut enfin tenir compte du droit des marques. Traditionnellement, les marques ne donnaient pas à leur titulaire le pouvoir de contrôler la distribution des marchandises ainsi protégées. Tous les revendeurs étaient alors en principe libres de distribuer les produits même en dehors du réseau de distribution, puisque la vente ne pouvait en être interdite ou limitée au nom du droit que les marques donnent au titulaire (23). Seule la modification considérable de la marchandise avec le maintien de la marque et la contrefaçon de la marchandise ont été considérées comme des actes que le titulaire est autorisé à empêcher en vertu du droit sur la marque (24). Au niveau international, il a été reconnu par la doctrine et la jurisprudence allemandes que la marque ne donnait pas au titulaire le pouvoir d'empêcher la vente d'une marchandise protégée, même si le produit avait été distribué auparavant à l'étranger. Il y a une sorte d'épuisement ou de limitation légale du pouvoir de la marque qui se produit par la première vente dans n'importe quel endroit du monde (25). Aujourd'hui, depuis l'entrée en vigueur, il y a environ deux ans, de la nouvelle loi allemande sur les marques, seuls quelques auteurs insistent encore sur le maintien de cette tradition remontant au début du siècle. La plus grande partie de la doctrine interprète cette loi sur les marques dans un sens très strict et rejette donc l'épuisement de la marque dans le cas où la marchandise a été d'abord distribuée en dehors du territoire de la Communauté européenne, une interprétation qui est peut-être vraiment recommandée par la loi nouvelle (26). Donc, si un fournisseur a enregistré une marque en Allemagne pour une marchandise, il peut, si on suit la nouvelle interprétation, contrôler et empêcher la distribution de ses marchandises en Allemagne quand, auparavant, elles ont été distribuées par exemple aux États-Unis ou dans d'autres pays situés en dehors de la Communauté européenne. Je crois que cette interprétation nouvelle, comme d'autres particularités en droit allemand de la distribution, ne sont au bénéfice ni des distributeurs ni des consommateurs, qui ont choisi d'acheter leurs marchandises chez eux.

(23) V. dans la jurisprudence allemande par ex. BGH : *BGHZ* 41, p. 84 sq. — *Maja* ; BGH : *BGHZ* 60, p. 185 sq. — *Cinzano* ; OLG Düsseldorf : *GRUR* 1964, p. 207 sq. — *Revlon II* ; v. déjà RG : *RGZ* 50, p. 229 sq. — *Kölnisch Wasser*.

(24) S. Habermeier, *Art. 34 : Gewerblicher Rechtsschutz : Zeichenrechtliche Probleme beim Vertrieb von Markenware : Handbuch des Vertriebsrechts*, éd. par M. Martinek et F.-J. Semler, Munich 1996, p. 923 sq. (v. n° 1 sq.).

(25) V. dans la jurisprudence par ex. BGH : *GRUR* 1984, p. 530 sq. — *Valium Roche* ; BGH : *GRUR* 1983, p. 177 sq. — *Aqua King* ; BGH : *GRUR* 1982, p. 115 sq. — *Öffnungshinweis* ; BGH : *BGHZ* 60, p. 185 sq. — *Cinzano* ; BGH : *BGHZ* 41, p. 84 sq. — *Maja* ; OLG Stuttgart : *GRUR* 1984, p. 128 sq. — *Tennisschläger* ; OLG Francfort : *GRUR* 1963, p. 30 sq.

(26) V. par ex. R. Sack, *Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischem Recht* : *RIW* 1994, p. 897 sq. ; K.-F. Beier, *Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten* : *GRUR Int.* 1989, p. 603 sq.