



# **LE CONTRAT-CADRE DE DISTRIBUTION**

## **ENJEUX ET PERSPECTIVES**

**COLLOQUE DU 11-12 DÉCEMBRE 1996**

Colloque présidé par :

**Monsieur Guy CANIVET**

*Premier Président de la Cour d'appel de Paris*

**Monsieur Hubert FLAHAULT**

*Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris*

**Monsieur Bernard VATIER**

*Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris*

**Monsieur Pierre CHARRETON**

*Président de l'Association française des juristes d'entreprise*

---

Les actes de ce colloque ont fait l'objet d'une publication  
dans LA SEMAINE JURIDIQUE Édition Entreprise  
(supplément 3/4 du n° 31-35 du 31 juillet 1997)

---

## Le contrat-cadre de distribution Enjeux et perspectives

### sommaire

#### ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

M. Guy CANIVET, <i>Premier Président de la Cour d'appel de Paris</i> .....	5
M. Hubert FLAHAULT, <i>Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris</i> .....	5
M. Bernard VATIER, <i>Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris</i> .....	7
M. Pierre CHARRETON, <i>Président de l'Association française des juristes d'entreprises</i> .....	8

#### EXPOSÉ INTRODUCTIF GÉNÉRAL

M. Pierre BÉZARD, <i>Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation</i> .....	8
--	---

### LES SPÉCIFICITÉS FRANÇAISES

#### LA NOTION DE CONTRAT-CADRE ET LES ENJEUX THÉORIQUES ET PRATIQUES QUI S'Y ATTACHENT

M. Jacques GHESTIN, <i>Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)</i> .....	13
---	----

#### LE CONTRAT DE DISTRIBUTION : CRÉATION DE LA PRATIQUE ET DE LA JURISPRUDENCE, MODE DE GESTION DES RAPPORTS DE FORCE DANS LES RÉSEAUX

M <sup>me</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, <i>Professeur à l'Université de Paris IX-Dauphine</i> .....	24
--	----

#### LA QUESTION DE LA DÉTERMINATION DU PRIX

M. Laurent AYNÈS, <i>Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)</i> .....	33
M <sup>me</sup> Françoise KAMARA, <i>Conseiller à la Cour d'appel de Paris</i> .....	37
M. Patrick de FONTBRESSIN, <i>Avocat à la Cour de Paris</i> .....	41

DÉBAT .....	42
-------------	----

### REGARDS SUR LE CONTRAT DE DISTRIBUTION DANS L'UNION EUROPÉENNE

#### LE STATUT DU DISTRIBUTEUR EN ALLEMAGNE

M. Stefan HABERMEIER, <i>Maître de conférences à l'Université de Sarrebruck</i> .....	48
---	----

#### LE CONTRAT DE DISTRIBUTION EN ITALIE

M. Fabio BORTOLOTTI, <i>Professeur à l'Université de Turin, Avocat au Barreau de Turin</i> .....	53
--	----

## **L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN ANGLETERRE**

M. Hugh BEALE, *Professeur de droit à l'Université de Warwick, Coventry* ..... **57**

## **REGARDS SUR LE CONTRAT DE DISTRIBUTION DANS L'UNION EUROPÉENNE : SYNTHÈSE COMPARATIVE**

M. Denis TALLON, *Professeur émérite à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II), ancien  
directeur de l'Institut de droit comparé*..... **63**

**DÉBAT** ..... **65**

## **LA DIMENSION COMMUNAUTAIRE : VERS UN RÉGIME COMMUN DU CONTRAT DE DISTRIBUTION ?**

### **LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE : DROIT DE LA CONCURRENCE OU DROIT DES CONTRATS ?**

M. le Professeur Louis VOGEL, *Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II)* ..... **67**

### **COUP DE PROJECTEUR SUR UN RÈGLEMENT D'EXEMPTION : LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE AU REGARD DU RÈGLEMENT 1475/95**

**Table ronde** animée par M. le Professeur Louis VOGEL..... **77**

avec la participation de :

M<sup>e</sup> Christian BOURGEON, *Avocat à la Cour de Paris*

M<sup>e</sup> Paul COCCHIELLO, *Avocat à la Cour de Paris*

M<sup>ME</sup> Maria Luisa de CONTES, *Direction juridique de RENAULT*

M. Roland GARDIN, *Vice-Président national du Conseil national des professions de l'automobile*

M. René GOYER, *DG IV, Commission européenne*

M. Jean LÉONNET, *Conseiller à la Cour de cassation*

**DÉBAT** ..... **89**

## **DIVERSITÉ DES SECTEURS, PLURALITÉ DES PRATIQUES CONTRACTUELLES**

### **ALLOCUTION D'OUVERTURE**

M. Pierre-Louis DOUCET, *Membre de la CCIP, Président du Comité  
technique du CREDA*..... **93**

### **LA FRANCHISE : VERS DE NOUVELLES PRATIQUES ?**

**Table ronde** animée par M. le Bâtonnier Jean-Marie LELOUP ..... **93**

avec la participation de :

M. Jean-Louis LACROIX, *Secrétaire général de la société ÉRAM*

M<sup>me</sup> Michèle FRYBOURG, *Président de SA NOVA MEUBLES, Membre de la CCIP*

M<sup>e</sup> Dominique BASCHET, *Avocat à la Cour de Paris*

M<sup>e</sup> Jean-Paul CLÉMENT, *Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*  
M. Jean-Paul BETCH, *Conseiller à la Cour d'appel de Paris*  
M. Jean-Dominique SARCELET, *Chef du Bureau de la législation et de la réglementation des entreprises commerciales, Direction du commerce intérieur, Ministère des PME, du Commerce et de l'Artisanat*  
M. Olivier BADOT, *Professeur à l'École européenne des affaires*

**DÉBAT ..... 105**

**LE CONTRAT DE BIÈRE : UNE RÉALITÉ TOUJOURS VIVANTE**

M. Bernard GROSS, *Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nancy..... 109*

**LA DISTRIBUTION INTÉGRÉE DES CARBURANTS : LA COMPLEXITÉ DES ACCORDS**

M. Jean-Michel LALÉ, *Directeur juridique de TOTAL RAFFINAGE-DISTRIBUTION..... 116*

**LA DISTRIBUTION SÉLECTIVE DES PARFUMS : PARADOXES ET PERSPECTIVES**

M. Xavier DERVILLE, *Directeur juridique adjoint d'YVES SAINT-LAURENT PARFUMS..... 120*

**DÉBAT ..... 123**

**LES RELATIONS ENTRE L'INDUSTRIE ET LA GRANDE DISTRIBUTION :  
UNE NOUVELLE DONNE ?**

**Exposé introductif**

M. Michel PÉDAMON, *Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II)..... 125*

**Table ronde** animée par M. le Bâtonnier Georges FLÉCHEUX..... **135**

avec la participation de :

M. Claude LUCAS de LEYSSAC, *Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne),  
Avocat à la Cour de Paris*

M. Jacques AZÉMA, *Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III), Avocat à la Cour de Paris,  
ancien Membre du Conseil de la concurrence*

M. Jean-Marie FÉKÉTÉ, *Président de Chambre honoraire au Tribunal de commerce de Paris*

M. François DEBRUYNE, *Directeur juridique d'AUCHAN*

M. Benoît TRESKA, *Directeur marketing-distribution, groupe PERNOD-RICARD*

**DÉBAT ..... 143**

**EN GUISE DE CONCLUSION**

M. Jean-Marc MOUSSERON, *Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, Président  
fondateur de la Fédération nationale pour le droit de l'entreprise (FNDE)..... 147*

## ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

**M. Guy CANIVET,**

*Premier Président de la Cour d'appel de Paris*

Mesdames, Messieurs,

En ouvrant cette séance, je ne peux manquer d'être frappé par le nombre et la qualité des participants à ce colloque. Je suis heureux d'accueillir à la Cour d'appel de Paris, dans cette salle, la première séance de ces journées d'études consacrées au contrat de distribution. Ce colloque est, en effet, parfaitement adapté à l'ouverture qui doit être celle de nos juridictions et, en particulier, celle de la Cour d'appel de Paris.

Parce qu'il réunit la doctrine, par la participation du CREDA, le monde de l'entreprise avec celles de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de l'Association française des juristes d'entreprise, les avocats avec celle de l'IFC et les magistrats de cette juridiction, ce colloque, fruit de ce partenariat, montre avec éclat l'unité du monde du droit, l'imbrication étroite de la pensée doctrinale, de la pratique des affaires et de la jurisprudence. C'est la confluence de ces approches indissociables des questions juridiques qui fait la bonne jurisprudence, qui fait le droit vivant, qui permet l'ouverture de la pensée sur les principes juridiques, et celle des yeux sur la réalité du monde économique. Il ne pouvait, en tout cas, y avoir de meilleur thème pour supporter cette confluence. Ce thème présente tout à la fois un aspect théorique riche et dense et une pratique considérable. Il recouvre un domaine essentiel de la vie des affaires, représentant une part importante du produit national. Il pose des questions d'une brûlante actualité jurisprudentielle. Enfin, il traite du contentieux quotidien des chambres chargées des affaires économiques.

N'étant pas à l'origine de l'initiative de ces journées d'études, je suis d'autant mieux placé pour exprimer ma satisfaction et mes félicitations à ceux qui les ont conçues et réalisées et pour remercier tous ceux – et notamment les magistrats de cette Cour – qui ont pris de leur temps pour réfléchir et rendre compte de leur pratique jurisprudentielle. Merci infiniment.

**M. Hubert FLAHAULT,**

*Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris*

Mesdames, Messieurs,

Je ne vous cacherai pas l'honneur que je ressens à me trouver en ces lieux prestigieux pour ouvrir ce colloque consacré au contrat de distribution, que M. le Président Bézard a bien voulu accepter d'éclairer de son éminente autorité. Deux jours durant, en nous transportant de cette Île de la Cité, où bat le cœur de la vie judiciaire du pays, à l'avenue de Friedland, siège de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, nous pourrions entendre quelque quarante spécialistes parmi les plus qualifiés faire le point sur une série de thèmes de portée majeure pour le monde des affaires. À chacun d'entre eux, je tiens à exprimer ma sincère gratitude pour avoir si obligeamment accepté d'apporter le fruit de la diversité de leurs compétences et de leurs expériences, qui est le reflet de la variété des milieux ici représentés. Cette pluralité, comment mieux la traduire que par cette manifestation organisée sous l'égide commune de la Cour d'appel de Paris, de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, de l'Association française des juristes d'entreprises, et de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris ? Ces institutions – nos institutions – entretiennent d'ores et déjà des rapports, souvent étroits, de collaboration ;

je pense en particulier à certaines initiatives que nous avons prises récemment avec le Barreau de Paris. Nul doute que le présent colloque contribuera, pour sa part, à renforcer encore ces liens et à élargir la concertation entre les différents milieux que nous représentons.

Ce colloque, je le rappelle, fait suite à la publication d'une étude que le Centre de recherche sur le droit des affaires de notre Compagnie – le CREDA – a consacrée au contrat-cadre et spécialement à ce qui en constitue l'archétype : le contrat de distribution. Première analyse approfondie et systématique de la question, cette étude, réalisée sous la direction du regretté Professeur Alain Sayag, fait, conformément à la démarche habituelle du CREDA, une large place à l'examen minutieux et objectif du fonctionnement de la pratique. Elle s'attache à poser, pour le contrat-cadre de distribution, les bases d'un régime juridique, à la fois spécifique et rigoureux, qui soit exempt des incertitudes qui affectent trop souvent la sécurité des rapports entre opérateurs.

À l'occasion de cette réunion, je voudrais redire l'attachement de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et des quelque 277 000 entreprises qu'elle représente à l'impératif de sécurité juridique dans les relations entre professionnels, tout spécialement entre les différents partenaires que réunit le contrat de distribution, c'est-à-dire fabricants, fournisseurs et distributeurs. À cet égard, la loi Doubin s'est efforcée, il y a près de sept ans maintenant, d'apporter d'utiles améliorations dans le domaine de la franchise et de la concession en imposant une meilleure information du distributeur. Y est-elle parvenue ?

Tout dernièrement, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, modifiant l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, a eu pour ambition – répondant en cela, dans une large mesure, aux souhaits de la CCIP – de rééquilibrer les relations entre l'industrie et le commerce. Y parviendra-t-elle ?

Pour sa part, la Cour de cassation, dans des arrêts de grande portée rendus le 1<sup>er</sup> décembre 1995 en Assemblée plénière, a pu donner au monde des entreprises les apaisements qu'il attendait sur la question épineuse de la détermination du prix dans les contrats de distribution. Un an après cette étape jurisprudentielle importante, où en est-on ?

Les travaux de ces deux journées, qui vont donner lieu à un tour d'horizon très complet des problèmes de la distribution, apporteront, j'en suis convaincu, des éléments de réponse à toutes ces interrogations, et probablement à beaucoup d'autres. Voilà pourquoi je leur souhaite plein succès.

**M. Bernard VATIER,**  
*Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*

Mesdames, Messieurs,

Je voudrais vous dire combien je suis heureux d'être parmi vous pour ouvrir les travaux du colloque parce qu'ils manifestent cette collaboration très fructueuse que vous avez rappelée tout à l'heure, M. le Président, entre la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, le Barreau de Paris et la magistrature de la Cour d'appel.

Notre colloque va être itinérant : il commence aujourd'hui à la première Chambre de la Cour, se poursuivra cet après-midi à la Maison du Barreau et s'achèvera demain à la Chambre de commerce. Il faut y voir une parfaite illustration de l'homme de justice qui devient l'homme

du droit. Ce colloque vient aussi attester, s'il en était besoin, qu'il existe entre les professionnels du droit et les entrepreneurs une coopération désormais nécessaire. Pourquoi ? Tout simplement parce que le droit est devenu aujourd'hui une norme d'organisation. Plus seulement limite d'une liberté, il est un élément nécessaire de stabilité d'une relation économique ou contractuelle.

Et cette place moderne du droit se concrétise pour nous, spécialement au Barreau, par la définition d'un homme du droit nouveau. La nouvelle profession qui résulte de la loi du 31 décembre 1990 en est un exemple. L'avocat n'est plus seulement celui qui plaide ; c'est aussi un bâtisseur, par le simple fait que la norme – la loi – qu'il applique est devenue une norme d'organisation, une norme qui s'insère dans un espace économique. Le colloque organisé aujourd'hui nous apporte la démonstration de ce droit nouveau : un droit qui organise, un droit qui crée des relations cadre – contrat-cadre –, et un droit qui génère une stabilité et une garantie nécessaire à des relations économiques modernes particulièrement exigeantes.

La notion d'entreprise, qui était une notion très ponctuelle, instantanée, est aujourd'hui une notion pérenne. Elle est devenue une institution et le droit qui l'entoure un élément d'organisation. C'est pourquoi nous ne pouvons plus aujourd'hui envisager le droit dans cet espace économique nouveau, avec ses contingences nouvelles, sans cette concertation nécessaire entre ceux qui l'appliquent, les entreprises, les juges et les avocats.

Ce colloque est également l'illustration de ce droit moderne qui est de provenances multiples. Ce droit – cette norme d'organisation – n'est pas seulement français. Aujourd'hui, le droit provient de sources multiples, et les exemples seront nombreux, dans le cadre de ce colloque, qui permettront de constater que la part du droit français est peut-être de plus en plus modeste au regard de celle prise, non pas par le droit étranger, mais par le droit supranational et – je le vise ici – le droit communautaire. On peut imaginer que le législateur français estime qu'il soit nécessaire de restreindre la production législative. Mais il aura beau faire, on constatera que d'autres sources de droit sont là pour créer un droit réglementaire, technique et, parfois, tellement complexe, qu'il est en contradiction avec d'autres normes édictées par la même autorité. Des exemples vont nous être fournis par le droit communautaire. Et c'est là la grande difficulté à laquelle se heurte aujourd'hui le juriste.

M. le Président Flahault, vous avez rappelé les initiatives nombreuses qui liaient la CCIP et le Barreau de Paris. Ces initiatives sont précisément à la mesure des enjeux du droit moderne dont on constate en définitive qu'il prend une place essentielle dans le monde économique. Nous en avons ici la démonstration, et la présence autour de nous d'universitaires et de juges démontre que tout le monde juridique apporte sa contribution à la mise en place d'un droit efficace dans les relations économiques.

Mon Barreau ne peut que se réjouir de cette ouverture des juristes au monde économique et je souhaite que les travaux qui vont se dérouler au cours de ces deux journées puissent fournir une véritable somme pour les praticiens. C'est dire que nous attachons beaucoup de prix aux conclusions de ce colloque.



**M. Pierre CHARRETON,**  
*Président de l'Association française des juristes d'entreprises*

Mesdames, Messieurs,

C'est un honneur d'être parmi vous à l'occasion de ce colloque consacré au contrat-cadre de distribution. Ce n'est pas seulement l'Association française des juristes d'entreprise, que je représente, qui se trouve ainsi distinguée mais, plus largement, l'ensemble de mes collègues juristes d'entreprise. C'est donc au nom de mes confrères que je remercie la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, et plus particulièrement le CREDA, de nous avoir proposé ce partenariat avec la Cour d'appel et l'Ordre des avocats de la Cour de Paris sur un sujet qui est au centre de l'actualité et de la vie des entreprises.

Nous sommes, avec le droit de la distribution, au cœur de l'ordre des relations économiques, lequel s'efforce à grand-peine d'assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés dans le cadre de la logique d'une économie libérale. Chacun de nous a conscience du fait qu'il s'agit d'une gageure et que l'équilibre est fatalement précaire. Certains feront peut-être remarquer que le droit de la distribution – droit de police économique – est par essence anti-libéral. Il s'efforce, en fait, de jouer un rôle régulateur afin que s'établisse une véritable économie de marché en évitant les écueils paroxystiques de la déréglementation. J'ai noté, tout comme M. le Bâtonnier Vatier, que le programme de ce colloque avait le mérite de placer le sujet dans un contexte délibérément international. L'imbrication des économies est une donnée qui modifie fondamentalement toute la conception du droit économique, donc du droit de la distribution. Nous devons avoir conscience du fait que l'espace structuré par le droit est de moins en moins un territoire national et correspond de plus en plus à un espace nouveau de nature économique.

La réflexion qui s'engage ce matin sur le contrat-cadre de distribution, avec la contribution des meilleurs professionnels, est un événement dont les juristes d'entreprise ne peuvent que se réjouir. Je vous remercie de nous y avoir conviés.

**M. CANIVET.**– M. le Président Bézard, je voudrais vous dire combien cette Cour est honorée de vous recevoir pour l'ouverture de ce colloque. Chacun sait ici à quel point la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans ses travaux prend en compte aussi bien la cohérence de sa jurisprudence, les commentaires de la doctrine et l'importance de la pratique. C'est dire que nul mieux que vous n'étiez destiné à ouvrir ces travaux et à tracer les lignes générales de réflexion de cette première matinée.

## **EXPOSÉ INTRODUCTIF GÉNÉRAL**

**M. Pierre BÉZARD,**  
*Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation*

Merci, M. le Premier Président. Les organisateurs de ce colloque ont bien voulu me demander de faire une introduction générale à ces deux journées d'études. C'est pour moi un grand honneur quand je vois les personnalités qui sont ici, leur compétence, leur spécialité. Je me sens assez jeune, bien que le problème ait été souvent abordé à la Chambre commerciale. Je me rassure en me disant que faire une introduction, c'est, après tout, mettre l'accent sur l'intérêt d'un sujet, mais en est-il bien besoin ? Nous savons tous – on vient de le rappeler –



qu'il s'agit d'un problème de très grande actualité – législative, jurisprudentielle –, d'un problème qui est fondamental pour l'économie, et d'un problème qui, pour le droit, est du plus grand intérêt. Mon rôle pour souligner cet intérêt est donc assez modeste. En ce qui concerne le fond de l'exposé, celui qui doit introduire n'a comme but et comme mission que de tracer quelques voies, de poser quelques questions auxquelles d'autres répondront, ce qui est peut-être un peu dommage pour l'intervenant quand il s'intéresse à un sujet, surtout pour un magistrat de la Cour de cassation qui a plus l'habitude de répondre, et de façon quelquefois définitive – ou, du moins, avec cette ambition –, à des questions plutôt que de les poser. Je vais, pour introduire ce débat, présenter quelques observations autour de trois pôles.

\*  
\* \*

La première série d'observations concerne les raisons pour lesquelles est apparu ce droit du contrat-cadre, en particulier en matière de distribution. Je me souviens de mes débuts, dans les années soixante, au bureau du droit commercial du ministère de la Justice, où nous avons vu apparaître les premiers problèmes – je n'étais pas du tout spécialisé dans ces domaines –, et j'ai assisté à l'Assemblée nationale à une réunion de vingt-cinq à trente personnes – des avocats, des concédants, des concessionnaires, des distributeurs –, dont les discussions sur des problèmes de concession automobile, de distribution de carburants de marque, en présence de députés, m'ont paru animées, très riches. Et je me demande si, à l'époque, les difficultés commençant à apparaître, on ne souhaitait pas que le législateur intervienne, du moins on voulait l'y inciter. C'est mon premier souvenir. Il me semble effectivement qu'on a commencé à parler de ce contrat-cadre en France dans les années soixante, même si on peut évoquer quelques arrêts antérieurement ; mais il est apparu à ce moment-là. La France s'était très largement redressée des années de guerre, elle avait réglé ses problèmes outre-mer, et souhaitait entrer dans ce concert international de développement très fort de l'économie, créateur de richesses et d'emplois. Des entreprises françaises de plus en plus puissantes se constituaient, des groupes avec des filiales à l'étranger, et – ce qui paraît intéressant pour notre système – des liaisons de plus en plus étroites entre personnes juridiques distinctes désirant créer des relations d'affaires de plus en plus durables se tissaient.

On voyait apparaître, à travers ces quelques arrêts ou ces quelques discussions informelles, des relations de collaboration entre certaines entreprises, par exemple pour des problèmes de recherche, des problèmes techniques et, ce qui est plus intéressant, des conventions d'intégration. Ainsi, des fabricants, des prestataires de service et même des importateurs, désireux de protéger le marché de leurs produits et de leurs services, commençaient à vouloir organiser ce marché, le contrôler, et s'adressaient à des distributeurs et à des détaillants afin de travailler avec eux, de leur proposer des formules de collaboration très étroite – collaborateurs indépendants juridiquement mais économiquement beaucoup plus liés. On a vu se développer ce système de façon très importante, et la question s'est fatalement posée, comme chaque fois qu'il y a des avancées pratiques, de savoir quel droit appliquer. Il faut bien dire que ce droit est un droit du contrat, un droit du Code civil, un droit appliqué jusqu'à présent de façon simple, relativement individualisée et relativement étroite en matière de vente : l'objet, le prix, et le transfert de la chose. Mais tout cela ne collait pas véritablement à cette réalité. Les contrats successifs eux-mêmes ne permettaient pas de rendre compte de la complexité de cette réalité, du caractère nécessairement durable de ces relations. La juxtaposition de contrats paraissait aussi insuffisante pour satisfaire les praticiens.

Alors, sont petit à petit apparus, de façon diffuse, sans qu'il soit fait référence à la notion de contrat-cadre, des contrats généraux, des contrats par lesquels les parties s'entendaient sur les

modalités de ces relations qui devaient durer et, dans un but de simplification, en énumérant un certain nombre de clauses, par exemple d'exclusivité, de non-concurrence, de quotas éventuellement, etc., auxquelles elles se référaient : donc une structure première, hiérarchiquement importante, et qui prévoyait, en application, des contrats s'échelonnant dans le temps – surtout des ventes en matière de distribution. On voyait donc apparaître un schéma, un cadre bien déterminé, impératif – et le terme de contrat-cadre me semble bien correspondre à cette réalité – et, à l'intérieur de ce cadre, une zone à remplir ; autrement dit, un contrat normatif et des contrats satellites d'application. Voilà ce qui était nouveau, voilà ce qui était important, et voilà ce qui s'est développé pendant des dizaines d'années dans la plupart des domaines. Et il est très important de voir que c'est en période de grande économie dirigée que se sont développées ces initiatives, ce qui prouve l'importance et la place du contrat. Il est également intéressant d'observer comment, au contact de la pratique du droit des affaires, le droit civil classique s'est développé, s'est régénéré. On s'aperçoit encore une fois – ce qui me paraît éclatant à l'heure actuelle –, de l'influence du droit des affaires sur l'évolution du droit classique.

Mais alors, cette approche du contrat-cadre, nous n'en avons pas, jusqu'à l'examen fait par le CREDA, une connaissance très complète : nous en avons une connaissance avant tout par les contentieux. Car c'est à partir de la jurisprudence que les juges du fond, puis la Cour de cassation, ont eu à connaître de ces contrats passés dans de multiples domaines et dont il faut bien dire qu'ils étaient quelquefois difficiles à qualifier, proches du mandat, proches du salariat dans quelques cas... On ne savait pas toujours distinguer entre la promesse sans conditions impératives et le contrat-cadre qui s'impose, ni même entre les contrats d'application et le contrat-cadre lui-même... Il y avait donc des difficultés à approcher cette figure ; les choses étaient floues, et la diversité des secteurs affectés par cette nouvelle forme de contrat mettait l'accent sur l'intérêt spécifique des participants selon les domaines envisagés.

En tous les cas, grâce à cette jurisprudence abondante – peut-être, hélas, trop importante –, et grâce à l'effort de plus en plus attentif de la doctrine, est né un grand intérêt pour la question. On est alors parvenu à discerner différents schémas de coopération, de courants d'affaires : on a pu distinguer très nettement les contrats de coopération, où les personnes juridiques sont économiquement indépendantes, des contrats d'intégration qui vont ici retenir plus particulièrement l'attention.

Les contrats de coopération, ce sont les contrats de recherche entre grandes entreprises, ou les liaisons entre le CNRS, par exemple, et certaines entreprises qui échangent des démarches de recherche et des résultats. C'est aussi, en matière bancaire, tout un domaine considérable. Quand le législateur fait obligation au banquier d'informer la clientèle de la manière dont ses comptes seront gérés, il faut établir un contrat général qui donnera lieu à des contrats d'application. C'est la même obligation en matière de titres, pour les comptes-titres (règlement de 1994), d'établir par écrit la convention. Là aussi, on arrive à une convention-cadre que l'on invite le client à signer. Et il y a de nombreuses autres applications : les conventions de réméré, les conventions de prêt de titres, les conventions de crédit, d'affacturage, de cession de créances Dailly... Il s'agit là de contrats de coopération.

Pour en venir au contrat d'intégration, la convention emporte pour les parties une autre force obligatoire, puisqu'elles sont certes juridiquement indépendantes, mais, en réalité, peuvent être économiquement en déphasage. C'est peut-être là que naissent certaines difficultés. Ces contrats d'intégration se situent avant tout dans la distribution – et il est tout à fait normal que le CREDA ait mis l'accent sur cet aspect des choses dans son étude et que ces

deux journées soient exclusivement consacrées à la distribution. Les contrats de distribution, c'est l'aspect du contrat-cadre sans doute le plus riche, le plus intéressant et le plus développé.

À cet égard, on distingue d'une part les contrats de distribution avec des clauses d'exclusivité territoriale par lesquels un fabricant ou un prestataire de services permettent à un détaillant ou un distributeur de bénéficier d'une exclusivité territoriale en contrepartie d'un contrôle et du respect de certaines normes commerciales, à l'image du contrat de concession automobile, et d'autre part le contrat de franchise, qui est si important : la transmission du savoir-faire, de l'enseigne, de la marque, en contrepartie d'un contrôle et de redevances. Il existe aussi des contrats sans clauses d'exclusivité – contrats d'approvisionnement de bière et contrats de pompistes de marque, qui ont beaucoup fait couler l'encre des juges. Enfin, il y a la distribution sélective, qui est si importante pour l'économie française – produits de luxe, produits de grande technicité, parfums, etc. –, et pour laquelle il n'existe pas d'exclusivité, ce qui n'empêche pas d'opposer des refus de vente aux détaillants qui ne présentent pas les qualités requises pour diffuser ces produits.

\*  
\* \*

Voilà donc tracé un paysage aux domaines très variés. Et ma deuxième série d'observations va porter sur les difficultés rencontrées. Il est certain que cette jurisprudence nous a permis de connaître l'existence de ces contrats-cadres mais, par la force des choses, ces difficultés, c'étaient celles qui venaient à notre connaissance. Elles ont été considérables, si l'on se promène dans le jardin de ces contentieux. À la Chambre commerciale, nous avons constamment trouvé sur notre route ce type de difficultés : des problèmes de qualification extrêmement délicats – nous avons eu, récemment encore, à faire face à un problème de distinction entre une promesse et un contrat-cadre – ; des problèmes de durée – trop courte, trop longue – ; des problèmes au moment de la rupture des relations contractuelles à propos des stocks, le concessionnaire voulant faire racheter ses stocks par le concédant, mais aussi à propos de la reprise de matériels – le fameux problème des cuves – ; en matière de franchise, le problème du savoir-faire, de sa transmission – y a-t-il savoir-faire ? –, le problème de la marque – faut-il que la marque soit de grande notoriété pour qu'il y ait vraiment une franchise ? –, et les problèmes multiples que pose l'intervention des franchiseurs qui vont quelquefois un peu loin et qui rendent l'application du contrat un peu confuse ; des problèmes de distribution sélective, et il y a, là aussi, une jurisprudence de la Chambre commerciale extrêmement importante concernant le renversement de la charge de la preuve : quand un distributeur non agréé commercialise un produit, est-ce au fabricant, promoteur du réseau de distribution sélective, de prouver le caractère non régulier de l'acquisition du produit ou l'inverse ? Et, bien entendu, les problèmes les plus importants sont les problèmes de concurrence, que nous allons très largement aborder au cours de ces deux journées, et que nous rencontrons constamment, non seulement au regard de l'ordonnance de 1986, mais aussi – et de plus en plus – au regard du droit européen, car des clauses d'exclusivité, des refus de vente, tombent normalement sous le coup des interdictions posées par ces textes.

Or, il faut introduire des règles souples. Il y a certes des règlements d'exemption au plan européen qui ont assoupli la règle, mais ils ne sont pas toujours complets. Aussi apparaît, à l'heure actuelle, le problème des clauses qui ne sont pas prévues par le règlement ; que deviennent-elles ? En matière de concession automobile, c'est la question, d'une brûlante actualité, du distributeur non agréé ou plutôt du mandataire. Et enfin, il y a ce fameux problème du prix, dont il faut bien dire qu'il a révélé l'intérêt du contrat-cadre mais qu'il a aussi obscurci le

problème et, dans une large mesure, retardé en partie l'évolution du développement du contrat-cadre.

Vous savez que la Cour de cassation a été extrêmement sévère, pendant très longtemps, en raison d'une interprétation sans doute trop classique du contrat, exigeant, par référence à l'article 1591 du Code civil, la détermination du prix ou le renvoi à des tiers pour fixer ce prix, ce qui, manifestement, n'était pas très pratique. Puis, à la suite de critiques et de contentieux qui montraient que la référence à ce texte n'était pas valable, elle a changé son fusil d'épaule pour viser l'article 1129 du même Code. Ce faisant, elle a rattaché le prix à l'objet, ce qui n'a pas suffi à apaiser les critiques. Ce rattachement était discutable et étendait considérablement la portée du problème. Mais, la remise en cause de cette jurisprudence – il faut bien l'admettre –, concernait surtout la sanction de la nullité qui était attachée au non-respect de cette détermination puisqu'elle entraînait, par un jeu de dominos, l'annulation de quantités de contrats. Et il faut bien dire que les conditions pour ceux qui appliquaient cette jurisprudence étaient extrêmement paralysantes.

Les choses ont beaucoup changé, il y a un an, à la suite de ces arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, préparés par une décision du 29 novembre 1994 de la première Chambre civile de la Cour de cassation. Dorénavant – et ce sera l'objet du débat qui va suivre –, la Cour de cassation n'impose plus la détermination du prix ; elle admet que le prix soit fixé – et c'est fondamental – par le biais d'un tarif-catalogue. Elle ne vise plus l'article 1129 qu'elle évacue ; elle supprime la référence à la nullité qui était catastrophique et elle n'envisage à présent que l'indemnisation ou la résiliation. Désormais, les choses sont effectivement beaucoup plus simples et beaucoup plus claires. Cette évolution – je l'ai vécue à l'intérieur et à l'extérieur – s'explique indiscutablement par un désir de moralisation à une certaine époque, par le déséquilibre entre les parties, par la réaction des juges qui, peut-être trop formés dans un droit classique, ont évolué un peu lentement, par une doctrine qui est devenue très forte, très riche et très sévère vers la fin – alors qu'elle était un peu plus hésitante au départ –, par un régime de contrôle législatif sans doute très strict dans lequel s'inscrivait la jurisprudence d'alors, puis par l'ouverture aux droits européen et international – évolution fondamentale –, qui s'inscrit désormais dans la jurisprudence des tribunaux et des Cours. Et les magistrats qui vivent cela de l'intérieur, de plus en plus habitués et de plus en plus ouverts aux aspects pratiques du droit et aux courants européen et international, sont de moins en moins enclins à fixer des règles *a priori*, à suspecter les praticiens et les économistes, et à se placer au niveau de la formation du contrat, mais s'attachent plutôt à son exécution, au regard de la bonne foi, de la transparence et de la loyauté. Dorénavant, cette nouvelle jurisprudence, avec des sanctions assouplies, s'en tient à la condamnation des prix abusifs. Alors le débat est ouvert : comment le fixer ? Par qui ? Quel est le juste prix ? On le dira. Nous pouvons avoir une certaine idée à la Cour de cassation. On verra venir les affaires, mais c'est une évolution profonde qui fait apparaître un profil du juge fondamentalement différent de ce qu'il était, dorénavant plus ouvert sur le monde.

\*  
\* \*

Et j'en terminerai de ces quelques indications en disant comme je suis heureux de voir que la synthèse sera faite au cours de ces journées ; car, à la suite de cette évolution jurisprudentielle, de dizaines d'années de pratique, le moment est certainement venu de faire la synthèse dans une perspective d'évolution des pratiques et de la jurisprudence. Cette synthèse, c'est le CREDA qui nous l'a apportée par ses deux ouvrages si riches ; le CREDA qui, ne se contentant pas de la description de la réalité par la jurisprudence, est allé voir cette

réalité dans toute la mesure où le permettait le secret des affaires, et cela bien que les techniques contractuelles ne soient pas toujours faciles à aborder ; de même qu'il est allé voir ces contrats, il est allé rencontrer les gens qui les font, qui les appliquent. Et il a finalement abouti à une mise au point sur cette réalité très complète ; il a fait le tour des problèmes juridiques ; il les a éclairés de façon fondamentale en se référant aux pratiques internationales et communautaires mais aussi à celles de trois pays voisins dont les enseignements semblent tout à fait intéressants ; et il a finalement dégagé un profil du contrat-cadre qui est particulièrement séduisant, et ceci, avec beaucoup de finesse et beaucoup de précision.

Pour cette démarche que nous allons développer, affirmer et préciser au cours de ces deux journées, je crois qu'on doit un grand merci à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, parce que cette approche est fondamentale pour nous, juristes. Je pense, M. le Président, que vous êtes conscient de ce désir des juristes de s'impliquer dans cette réalité économique, tout en n'abandonnant pas ce besoin de l'éthique. Après tout, les dirigeants des entreprises ne souhaitent-ils pas aussi une plus grande loyauté, une meilleure transparence dans la concurrence ? Et c'est donc cette double démarche consacrée par une jurisprudence adaptée aux réalités que nous cherchons à promouvoir. Et je pense que c'est pour cette raison que cette journée et les études du CREDA sont très importantes.

Pour terminer, je dirai que j'ai une pensée toute particulière à l'égard du Professeur Alain Sayag. Je l'ai bien connu puisque je suis membre du Comité technique du CREDA depuis vingt ans, et je dois dire que je sais tout ce qu'il a apporté à ce rapprochement entre le droit et la réalité économique. Et si ce colloque est un succès, il le devra certainement à la qualité des gens qui interviendront, mais aussi à la présence très forte, au cours de ces deux journées, du Professeur Sayag.

**M. CANIVET.**— Je vous ai écouté avec émotion car vous avez, comme à l'habitude, su replacer le débat dans son ampleur, dans son réalisme, dans sa profondeur historique et dans son rapport dialectique entre le droit français et le droit communautaire. Merci de cette introduction.

## **LES SPÉCIFICITÉS FRANÇAISES**

### **LA NOTION DE CONTRAT-CADRE ET LES ENJEUX THÉORIQUES ET PRATIQUES QUI S'Y ATTACHENT**

**M. Jacques GHESTIN,**

*Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Directeur du Centre de droit des obligations, Avocat à la Cour de Paris*

Le contrat-cadre a fait l'objet d'une très remarquable étude réalisée sous la direction de notre regretté collègue Alain Sayag par le CREDA avec le concours d'une équipe de l'Institut de droit comparé de Paris dirigée par le Doyen Denis Tallon. Je peux donc renvoyer, pour le droit



comparé, à l'exploration comparative portant sur la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Angleterre et les États-unis, qui constitue le premier volume de cette étude (1).

Selon MM. Mousseron et Seube les parties peuvent rédiger d'un commun accord un contrat-cadre « visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement, dans le futur, "contrats d'application ou d'exécution", auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront leur support » (2). Les conventions d'intégration, tels que certains contrats de sous-traitance, ou de fourniture, en sont des exemples caractéristiques. L'inégalité des parties peut en faire des contrats d'adhésion, le contrat-cadre étant entièrement élaboré par l'une d'elles. Mais ces contrats-cadres peuvent également, entre partenaires de force comparable, faire l'objet d'une rédaction commune.

Le contrat-cadre peut aussi définir avec plus ou moins de précision les objectifs que les parties sont convenues d'atteindre et les moyens à mettre en œuvre, notamment les contrats d'application à conclure. Par exemple, un protocole d'accord, visant à l'installation dans un pays en voie d'industrialisation d'une usine de production d'engrais, définira les quantités à produire, et prévoira la conclusion de contrats de société, de livraison d'usine clé en main, et de gestion, destinés à réaliser ces objectifs. L'ensemble de ces contrats forme alors un tout indivisible, l'exécution de chacun devant s'apprécier au regard du but global défini dans le contrat-cadre (3).

La notion de contrat-cadre est reconnue par le droit positif, notamment par l'importante jurisprudence en matière de **compensation des dettes connexes**.

On sait qu'après avoir admis dans les procédures collectives la compensation des dettes connexes malgré les droits des tiers, dès lors que les créances et dettes réciproques étaient nées d'un même contrat synallagmatique, la Cour de cassation, faisant jouer la connexité au deuxième degré, a également admis la compensation lorsque c'étaient les contrats mêmes d'où étaient nées les dettes réciproques qui étaient unis par un lien de connexité.

Le domaine de la compensation des obligations connexes, s'il dépasse l'unité contractuelle, est néanmoins borné en cas de pluralité de conventions par l'exigence d'un cadre conventionnel unique, formalisé par un contrat-cadre ou résultant de conventions formant un ensemble contractuel unique, dans l'application duquel s'inscrivent les différents contrats générateurs des obligations réciproques. À l'opposé, la connexité ne peut donc être retenue, et la compensation jouer de ce chef, lorsque les contrats générateurs des obligations réciproques sont totalement distincts (4) ou, même, lorsqu'ils apparaissent liés par le fait de relations commerciales suivies mais que ces relations ne sont pas développées dans un cadre conventionnellement établi par les parties pour les organiser (5).

(1) CREDA, *Le contrat-cadre*, sous la direction de A. Sayag, Litec, 1<sup>er</sup> vol. *Exploration comparative*, 1994 ; 2<sup>ème</sup> vol. *La distribution*, 1995. Adde, F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes*, *RTD com.* 1996, p. 180 à 210 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, Th. 1996, LGDJ, préface M. Béhar-Touchais.

(2) J.-M. Mousseron et A. Seube, À propos des contrats d'assistance et fourniture : *D.* 1973, chron., p. 197.

(3) V. J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 86.

(4) V., par exemple, Cass. com. 31 janv. 1984 : *Bull. civ.* IV, n° 38, p. 47. Cass. soc. 24 mars 1988 : *Bull. civ.* IV, n° 218, p. 142 ; *JCP* 1988, IV, 198. Cass. com. 27 avr. 1993 : *D.* 1993, p. 426, note M. Pédamon. Paris 17 mars 1994 : *Droit des sociétés* juil. 1994, n° 136, p. 11, note Y. Chaput.

(5) V. Cass. com. 20 janv. 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 22, p. 15 ; *D.* 1987, Somm., p. 353, obs. A. Honorat ; *Defrénois* 1987, art. 34049, p. 1135, obs. J.-L. Aubert ; *Rev. proc. coll.* 1987, p. 28, obs. M.-J. Campana ; *RTD civ.* 1988, p. 140,

Selon l'étude du CREDA, **le contrat-cadre**, quels que soient ses objectifs et ses modalités, **se caractérise toutefois, de façon plus précise comme un contrat dont les objectifs sont généralement définis, mais sans que les termes essentiels de l'échange, et spécialement l'objet et/ou le prix, soient encore déterminés, ou même déterminables par simple référence à ses stipulations.** La raison de cette indétermination, et plus précisément du report de cette dernière au moment de la conclusion des contrats d'application, tient au fait que les parties entendent s'engager dans des opérations plus ou moins complexes et, en tout cas, pour une longue durée. En conséquence, il ne leur est pas possible, au moment de la conclusion du contrat-cadre, de déterminer, *ne varietur*, les termes de l'échange, sans courir le risque grave d'une imprévision, dont on sait qu'à tort ou à raison notre droit positif, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, n'admet pas qu'elle puisse autoriser la révision des termes de l'échange définitivement conclu, et spécialement le prix (6). C'est de cette analyse du CREDA que nous allons partir pour tenter de préciser la notion de contrat-cadre et ses enjeux théoriques et pratiques.

Entre cette convention qu'est le contrat-cadre et ses contrats d'application existent nécessairement des relations tout à fait caractéristiques. L'objectif économique du contrat-cadre, en raison de l'insuffisante détermination des termes essentiels de l'échange, ne peut être finalement réalisé sans l'adjonction nécessaire de contrats d'application. Autrement dit le contrat-cadre implique la conclusion de tels contrats. Il résulte immédiatement de cette observation que l'analyse des liens entre ces derniers et le contrat-cadre doit être au cœur même de notre étude. **C'est à partir de leur analyse qu'il sera possible de tenter de préciser la notion de contrat-cadre, c'est-à-dire d'essayer de répondre à ces deux questions classiques : qu'est-ce que c'est exactement qu'un contrat-cadre , et, qu'est-ce qui est ou n'est pas un contrat-cadre ?**

Une telle recherche pourrait paraître à première vue bien académique. C'est pourtant des réponses qui seront données à ces questions que dépend notamment la validité des contrats-cadres, spécialement au regard de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable dans la vente, résultant de l'article 1591 du Code civil.

Afin de tenter de préciser la notion de contrat-cadre au regard de ses enjeux théoriques et pratiques, je m'efforcerai d'abord de montrer *la spécificité et l'autonomie du contrat-cadre* ; puis de définir *les obligations relatives aux contrats d'application résultant du contrat-cadre*.

## **I. – La spécificité et l'autonomie du contrat-cadre**

*Le contrat-cadre est un contrat qui ne détermine pas les termes essentiels de l'échange économique définitif. C'est cependant en lui-même un contrat.*

---

obs. J. Mestre. Cass. com. 17 mai 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 153, p. 102 ; *D.* 1989, Somm., p. 369, obs. A. Honorat ; *JCP éd. G* 1989, IV, 266 ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, pan., p. 113 ; *Defrénois* 1989, art. 34633, n° 116, p. 1390, obs. J.-L. Aubert. Paris 29 avr. 1994 : *Droit des sociétés* oct. 1994, n° 173, p. 7, note Y. Chaput.

(6) CREDA, *Le contrat-cadre*, 1<sup>er</sup> vol., précité, p. 77, n° 109.



### ***A) Le contrat-cadre ne détermine pas les termes essentiels de l'échange économique définitif***

Il résulte de cette indétermination des termes essentiels de l'échange globalement voulu par les parties que le contrat-cadre, tout d'abord, *ne peut être considéré comme formant avec les contrats d'application un contrat unique dont ces derniers seraient seulement l'exécution*. Il en résulte ensuite *qu'il ne peut davantage s'analyser en une promesse de contrat*.

*1° Le contrat-cadre ne peut être considéré comme formant avec les contrats d'application un contrat unique dont ces derniers seraient seulement l'exécution*

Dans l'étude du CREDA déjà citée il est observé, « à la lecture des textes et décisions consacrés à la notion, que le terme contrat-cadre est fréquemment utilisé tantôt pour qualifier le contrat de base, tantôt pour rendre compte, par-delà, de l'ensemble formé par celui-ci et par les contrats d'application ». Il est ajouté que, « à l'évidence, ce dernier emploi n'est guère conforme à l'orthodoxie juridique, car le groupe de contrats ainsi composé ne constitue pas en soi un contrat, ni même une convention » ; et il est soutenu que, « afin de conserver aux mots tout leur sens » il faudrait réserver « le terme de contrat-cadre... à la qualification de la convention de base, et à elle seule, parce qu'elle est un véritable contrat » (7). Que faut-il en penser ?

Dans une acception large, le vocable contrat-cadre pourrait désigner toute convention destinée à servir de cadre aux relations économiques des parties. Contrat se suffisant à lui-même, il déterminerait, ou en tout cas rendrait déterminable sans nouvelle intervention de la volonté des parties, les termes essentiels de l'échange, essentiellement l'objet et le prix, pour toute sa durée. L'exécution de ce contrat unique se matérialiserait alors par l'envoi de simples bons de commande et par les livraisons correspondantes facturées au prix initialement convenu.

Sur le strict plan de la signification du mot composé « contrat-cadre », rien d'interdit *a priori* d'utiliser un tel vocable pour désigner de telles opérations. Il faut bien voir toutefois que cela reviendrait à faire de la plupart des contrats à exécution successive des contrats-cadres. Or, si l'ensemble constitué par les contrats-cadres et leurs contrats d'application entre bien dans la catégorie des contrats à exécution successive et si cette qualification a d'importantes conséquences juridiques, notamment quant à l'effet rétroactif de la résolution ou de la nullité de ces ensembles conventionnels, les contrats-cadres n'en constituent pas moins, si l'on veut répondre aux préoccupations spéciales qui déterminent leur conclusion, des contrats autonomes et spécifiques.

Plus précisément le contrat-cadre, ou contrat de base, est en lui-même un contrat doté d'une force obligatoire immédiate, mais dont l'objet final et global, faute d'une précision suffisante, ne pourra être pleinement réalisé que par la conclusion des contrats d'application qu'il implique. Nous avons observé d'entrée, en effet, qu'en raison de la complexité et/ou de la durée de l'exécution de l'opération globalement voulue par les parties il n'était pas opportun, ni même possible, de déterminer dans le contrat-cadre lui-même les termes essentiels de l'échange. Pour répondre à ce besoin de la pratique le contrat-cadre ne peut donc être assimilé à un contrat à exécution successive unique, dont les contrats d'application seraient de simples actes d'exécution.

(7) CREDA, *Le contrat-cadre*, 1<sup>er</sup> vol., précité, p. 78, n° 111.

De l'indétermination des termes de l'échange il résulte encore que le contrat-cadre ne peut être qualifié promesse de contrat.

*2° Le contrat-cadre ne peut être qualifié de promesse de contrat*

Il est admis que l'offre qui pourra former le contrat par l'acceptation de son destinataire doit être ferme et précise, ce qui signifie qu'elle doit déjà contenir les termes essentiels de l'échange, à savoir l'objet et le prix. L'acceptation doit être pure et simple pour que soit réalisé l'échange des consentements constitutif du contrat.

On sait également que la promesse unilatérale de contrat se borne à fixer pendant un délai convenu les termes d'une telle offre. Son acceptation avant l'expiration de ce délai, c'est-à-dire la levée de l'option qui avait été consentie par le promettant, formera le contrat.

Il est facile de voir que le contrat-cadre ne répond pas à cette analyse. En effet, dans la définition spécifique que nous avons retenue, il ne contient aucune offre portant sur les termes essentiels de l'échange. Il se distingue ainsi de façon radicale d'une promesse unilatérale de contrat. En fait, c'est seulement lors de chaque conclusion de l'un des contrats d'application successifs qu'une offre ferme et précise sera faite et qu'elle pourra donner lieu à l'acceptation qui formera chacun des contrats dont la succession réalisera progressivement l'objectif globalement visé par les parties.

Le contrat-cadre ne peut davantage s'analyser en une promesse synallagmatique de contrat, car celle-ci, de même que la promesse unilatérale et que le contrat définitif doit déterminer, ou tout au moins rendre déterminable sans nouvelle intervention de la volonté des parties, les termes essentiels de l'échange. Or le contrat-cadre, selon la définition étroite, qui correspond seule à la spécificité des objectifs voulus par les parties, ne répond pas à cette condition.

***B) Le contrat-cadre est en lui-même un contrat***

**Malgré cette indétermination des éléments essentiels de l'échange, le contrat-cadre n'en est pas moins un contrat en ce qu'il fait naître immédiatement des obligations.**

Ces dernières peuvent être multiples. C'est ainsi, par exemple, que dans un contrat de fourniture de boissons, un brasseur peut consentir un bail sur un immeuble dont il est le propriétaire et dans lequel le débitant de boissons exercera son activité commerciale. Un tel contrat de bail fera naître des obligations réciproques, réalisant un échange économique se suffisant à lui-même. Toutefois les parties conviendront d'un lien indivisible entre ce bail et la conclusion ultérieure, pendant une période donnée, de contrats successifs de fourniture. Le bail, avec les obligations déterminées qu'il fait naître, s'analyse alors comme un élément constitutif du contrat-cadre, inséparable de ce dernier. Il constitue l'un des moyens de réaliser l'objectif globalement poursuivi par les parties, mais ne suffit pas à cette réalisation, qui suppose la conclusion de contrats successifs de fourniture, contrats d'application du contrat-cadre.

**Parce que le contrat-cadre est un contrat il doit être soigneusement distingué des conditions générales, notamment de vente ou d'achat.**

Certes ces conditions générales ont avec les contrats-cadres un certain nombre de points communs, ce qui conduit à les confondre parfois. C'est ainsi qu'elles ont également pour objectif de définir, préalablement à leur conclusion, le contenu de toute une série de contrats, dans lesquels ces conditions générales seront intégrées. Elles ont aussi en commun avec les contrats-cadres de ne pas définir, en règle générale, les éléments essentiels des contrats d'application, et spécialement l'objet et surtout le prix, c'est-à-dire les termes mêmes de l'échange. Elles se bornent à énoncer le régime juridique de la formation et surtout de l'exécution des contrats à conclure, notamment quant aux responsabilités en cas d'inexécution ou d'exécution partielle ou défectueuse.

Cependant, malgré ces points communs, les conditions générales se distinguent radicalement des contrats-cadres en ce que ces derniers sont immédiatement des contrats, avant même la conclusion des contrats d'application, tandis que les conditions générales ne sont pas autre chose que de simples **modèles de contrat**, qui ne peuvent acquérir valeur contractuelle que par la conclusion des contrats d'application dans lesquels elles seront intégrées. Avant cette intégration, qui leur donnera valeur contractuelle, elles ne sont que de simples morceaux de papier. Certes elles peuvent déjà faire à ce stade l'objet d'un contrôle préventif, notamment par la Commission des clauses abusives ou par l'action judiciaire en interdiction d'une association de consommateurs en application de la loi de 1988, ce qui revient à reconnaître l'opportunité de leur prise en considération par le droit positif et les fait sortir du domaine du non-droit. Toutefois, cela ne suffit pas à faire des conditions générales des documents contractuels, du moins tant qu'elles n'ont pas été incorporées dans des contrats effectivement conclus.

Le contrat-cadre, en revanche, est un véritable contrat, et cela avant même la conclusion de ses contrats d'application, puisqu'il fait naître diverses obligations. Compte tenu de notre objectif, qui est de préciser l'interdépendance du contrat-cadre et des contrats d'application, les obligations, résultant, dans notre exemple, du bail portant sur l'immeuble dans lequel le débitant de boissons exercera son activité ne retiendront pas notre attention. Seules nous intéressent les obligations résultant du contrat-cadre et relatives aux contrats d'application, puisque ce sont précisément ces obligations qui permettent de préciser la nature de l'interdépendance de l'un et des autres.

## **II. – Les obligations relatives aux contrats d'application résultant du contrat-cadre**

Nous venons de voir que les obligations juridiques résultant du contrat-cadre ne peuvent se suffire à elles-mêmes, selon la commune volonté des parties. Même si, par exemple, un bail est consenti à l'intérieur du contrat-cadre et si les termes essentiels de cette convention sont parfaitement déterminés, son exécution cependant sera indivisiblement liée à celles d'autres obligations, dont les termes essentiels ne seront pas déterminés, de telle sorte que cet ensemble contractuel indivisible ne peut réaliser, à lui seul, l'échange économique globalement voulu par les parties.

Il en résulte que le contrat-cadre implique nécessairement des obligations relatives à la conclusion de contrats d'application, indispensables à la réalisation de l'échange économique globalement voulu par les parties. Quelles sont alors ces obligations ? Il est permis *a priori* d'en distinguer deux catégories, et, plus précisément deux degrés. Le contrat-cadre peut impliquer soit seulement *l'obligation de négocier* des contrats d'application, soit, plus généralement, *l'obligation de conclure* de tels contrats.

### **A) Le contrat-cadre peut impliquer seulement l'obligation de négocier des contrats d'application**

Le contrat-cadre peut parfois s'analyser en un accord de principe faisant naître à la charge des parties une simple obligation contractuelle de négocier de bonne foi une série de contrats successifs visant à réaliser l'objectif qu'elles ont plus ou moins défini.

« On peut définir l'accord de principe comme l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé » (8).

La Cour de cassation en a reconnu l'existence à l'égard de la promesse faite à un salarié de le réintégrer dans l'entreprise aussitôt que la situation économique le permettrait (9). Elle en a consacré la force obligatoire à propos de la négociation d'un contrat de société (10) et de l'engagement de consentir un bail « sous réserve de nous mettre d'accord sur les conditions » (11).

La Cour de cassation précise bien que l'accord de principe ne peut tenir lieu de contrat définitif (12).

C'est ainsi que la Chambre sociale, le 19 décembre 1989 (13), a censuré un arrêt qui avait décidé que les parties étaient déjà liées par une obligation de résultat, alors que la clause litigieuse du contrat d'entreprise ne déterminait « pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire du travail » serait « réduite à 35 heures » ni quels seraient « les effets de cette réduction sur le montant des rémunérations, contrepartie du travail », et ne constituait qu'un accord de principe « en vue de parfaire » la convention, par lequel les parties avaient « contracté l'obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail ».

(8) V. I. Najjar, L'accord de principe : *D.* 1991, chron., p. 57 ; A. Rieg, La « Punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat, *Mélanges Jauffret*, p. 600 sq. ; G. Farjat, *Théorie des obligations*, p. 129-130 ; J.-M. Mousseron, La durée dans la formation du contrat, *Mélanges Jauffret*, p. 513 ; J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1967, LGDJ, préface J. Carbonnier, p. 206 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, LGDJ, 1970, préface J. Flour, p. 61 sq., n<sup>os</sup> 55 sq. ; B. Gross, *J.-Cl. Contrats-Distribution*, Fasc. 20, V<sup>o</sup> *Pourparlers*, 1988, n<sup>o</sup> 24 ; B. Lassalle, Les pourparlers : *Rev. de la rech. jur., dr. prosp.* 1994, spéc. p. 832.

(9) Cass. soc. 24 mars 1958 : *JCP* 1958, II, 10868, note J. Carbonnier. *Adde*, Req. 10 oct. 1931 : *DH* 1931, p. 540.

(10) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 oct. 1963 : *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 419, p. 359. *Adde*, Paris 20 nov. 1992 : *JCP éd E* 1993, pan., n<sup>o</sup> 111 ; *RTD civ.* 1993, p. 348, obs. J. Mestre, à propos de l'accord de principe souscrit par un candidat repreneur de présenter un plan de redressement.

(11) Cass. 3<sup>e</sup> civ. 16 avr. 1973 : *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 287, p. 207 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 19 juil. 1979 : *Gaz. Pal.*, 25 déc. 1979, *Panorama*, qui retient l'existence d'un accord de principe sur le renouvellement d'un bail.

(12) V. Cass. soc. 24 mars 1958, précité, qui censure le jugement qui avait procédé à cette assimilation. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 16 avr. 1973, précité, qui relève que l'engagement pris ne constituait pas un bail commercial. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 nov. 1984 : *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 200, p. 154, qui retient que faute de consentement des parties sur le montant de la soulte qui constituait l'une des prestations promises pour assurer l'équilibre du contrat d'échange projeté, celui-ci, accepté dans son seul principe, n'était pas formé. Cass. com. 9 juin 1980 : *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 251, p. 203 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, somm., qui écarte la qualification de contrat définitif pour celle de simple accord de principe, car les parties ne s'étaient pas encore accordées sur le prix et ses modalités de paiement.

(13) *D.* 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski.

Cela n'est pas incompatible, cependant, avec l'existence d'un contrat, en vertu duquel chacune des parties doit faire connaître les conditions qu'elle met à l'établissement de la convention projetée. Elle devra, à défaut, des dommages-intérêts pour « la perte de la chance » qu'avait l'autre « de voir consacrer ses espérances » (14). La rupture des négociations, « sans discussion sérieuse, sans même formuler de contreproposition » justifiera la résolution judiciaire de l'accord de principe, assortie de dommages-intérêts (15).

L'accord de principe fait donc naître une obligation contractuelle de négocier (16), qui doit naturellement s'exécuter de bonne foi, et dont la sanction ne peut être qu'une condamnation à des dommages-intérêts. En somme, « l'accord de principe donne à la sanction de la rupture des pourparlers un fondement contractuel (17) » (18).

MM. Malaurie et Aynès (19) écrivent de façon voisine à propos des « accords de principe » : « Bien que certains estiment qu'il s'agit d'un engagement de passer un contrat que le juge pourrait compléter à défaut d'accord ultérieur, ce n'est qu'une étape dans les pourparlers, mais qui oblige généralement à les continuer (ce n'est pas toujours le cas dans la lettre d'intention). La rupture engage la responsabilité de celui auquel elle est imputable, qui est tenu de payer des dommages-intérêts, d'autant plus importants que la chance de conclure le contrat était élevée. Cependant la partie qui viole un "accord de principe" ne peut être condamnée à conclure le contrat ».

B. Starck et MM. Roland et Boyer (20), écrivent de leur côté : « Cet accord de principe ne s'analyse pas comme une obligation de résultat de conclure, mais comme une obligation de moyen de tenter de conclure (21) ».

Un accord de principe peut être complété et précisé par un contrat (22) visant seulement à un *aménagement temporaire des relations entre les parties avant la conclusion d'une convention*. Il s'agira, par exemple, d'engagements relatifs aux délais de la négociation ou portant sur la prise en charge de son coût ou des études préalables, voire d'autorisations

(14) Cass. 3<sup>e</sup> civ. 16 avr. 1973, précité. Cass. com. 22 mai 1979 : *D.* 1980, IR, p. 217, obs. M. Vasseur, qui retient la faute de l'acheteur qui n'avait pas sollicité les autorisations prévues par la réglementation des changes de son pays et qui, par son comportement, faisait perdre une chance à son cocontractant. *Adde, a contrario*, Cass. com. 22 mai 1978 : *Gaz. Pal.* 9 sept. 1978, *Panorama*.

(15) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 oct. 1963, précité.

(16) V. Paris, 23<sup>e</sup> Ch. A, 19 mai 1992, *SA Les Nouveaux Constructeurs c/ SA Zeus et autres*, inédit, qui énonce « que l'accord de principe se définit comme le contrat par lequel les parties s'obligent à engager ou à poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat futur ». *Adde*, M. Géninet, *Théorie générale des avant-contracts en droit privé*, th. Paris II, 1985, n<sup>os</sup> 359 sq., p. 311. Sur cette obligation, R. Fabre, Les clauses d'adaptation dans les contrats : *RTD civ.* 1983, p. 19, n<sup>os</sup> 45 sq. J. Cédras, L'obligation de négocier : *RTD com.* 1985, p. 265.

(17) V. M. Fontaine, in *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, Droit et pratique du commerce international, 1977, t. 3, n<sup>o</sup> 2, p. 109. V. Versailles 21 sept. 1995 : *RJDA* 1996, n<sup>o</sup> 179, p. 142 ; *RTD civ.* 1996, p. 145, obs. J. Mestre.

(18) V. J. Ghestin, *La formation du contrat*, précité, n<sup>o</sup> 344.

(19) P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Cujas, 1997, n<sup>o</sup> 352.

(20) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, Contrat*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1993, n<sup>o</sup> 300.

(21) Paris 27 mai 1980 : *D.* 1981, 314, note P. Le Tourneau. Cass. soc. 19 déc. 1989 : *D.* 1991, 62, note J. Schmidt-Szalewski ; *RTD civ.* 1991, obs. J. Mestre. V. J. Cédras, L'obligation de négocier : *RTD com.* 1985, p. 265 sq.

(22) J. Ghestin, *La formation du contrat*, précité, n<sup>o</sup> 331. *Adde*, B. Lassalle, Les pourparlers : *Rev. de la rech. jur., dr. pros.*, 1994, p. 835-836.

d'engager des travaux préliminaires (23). Un tel contrat peut avoir pour objet d'organiser pendant une durée plus ou moins longue, non pas seulement les modalités des négociations devant conduire à la conclusion d'un seul contrat définitif, mais également celles de la conclusion d'une série de contrats successifs. C'est le cadre d'une négociation des contrats d'application qui est défini par le contrat-cadre. L'obligation de négocier de bonne foi se trouve ainsi précisée par l'obligation de négocier dans les conditions définies par le contrat-cadre relatif à cette négociation.

**Lorsque le contrat-cadre se borne à imposer une obligation de négocier de bonne foi** et, le cas échéant, selon les modalités qu'il précise, la conclusion de contrats successifs d'application, la subordination de ces derniers se traduit et se limite à la fois à l'exécution de cette obligation. Aucune des parties n'est tenue de conclure les contrats successifs d'application. Il n'y a donc aucun risque d'atteinte à la liberté contractuelle, et tout d'abord à celle de ne pas conclure un contrat, et aucune des deux parties ne peut prétendre se trouver à la merci de l'autre.

La question est beaucoup plus délicate, comme l'atteste l'évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, lorsque l'une des parties est obligée, non plus de négocier, mais **de conclure des contrats successifs d'application**, dont, par définition, les termes essentiels ne peuvent être déterminés par référence au contrat-cadre et sans nouvelle intervention de la volonté des parties.

### ***B) Le contrat-cadre implique généralement l'obligation de conclure des contrats d'application***

Dans un contrat de fourniture, par exemple, l'insertion d'une **clause imposant l'achat, pendant une certaine période d'une quantité déterminée** d'un produit également déterminé fait incontestablement naître une véritable obligation de conclure une série de contrats d'application réalisant la vente et l'achat des produits visés. Il s'agit ici d'une obligation *de jure*, résultant directement et expressément du contrat-cadre.

L'insertion dans un contrat semblable d'une **clause d'exclusivité** fera naître également, au moins *de facto*, une obligation semblable de conclure des ventes d'application. Le débitant de boissons qui s'est obligé par exemple à se fournir exclusivement auprès de son cocontractant dans le contrat-cadre devra nécessairement, à peine de renoncer à exercer son activité commerciale, conclure des contrats successifs d'approvisionnement avec son partenaire. Une véritable obligation positive de conclure de tels contrats a même été déduite de la seule stipulation d'une clause d'exclusivité (24).

Dans les deux situations, fréquentes on le sait dans la pratique, il y a bien obligation, non plus simplement de négocier des contrats d'application, mais bien obligation *de jure* ou au moins *de facto* de conclure de tels contrats.

Il est permis d'ajouter que, alors même que seule une obligation de s'approvisionner pèserait expressément sur l'une des parties, le principe posé par l'article 1135 du Code civil,

(23) M. Fontaine, *op. cit.*, n° 2, p. 96-98.

(24) Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 1991 : *Audijuris* oct. 1991, p. 40, obs. M. Béhar-Touchais, cité in J. Gatsi, thèse précitée, p. 81, n° 120.



selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », imposerait à l'autre partie réciproquement de répondre aux demandes de fournitures de son partenaire, à peine de le libérer, au moins temporairement.

Il n'y pas de difficulté si les parties se mettent alors d'accord sur les termes essentiels de l'échange et particulièrement sur le prix. Mais **la conclusion des contrats d'application ne peut dépendre d'un tel accord puisque ce serait dans ce cas revenir à une simple obligation de négocier et non exécuter une véritable obligation de conclure les contrats d'application successifs.**

Force est alors d'admettre que **le contrat-cadre confère expressément ou implicitement à l'une des parties le pouvoir de déterminer le prix de façon unilatérale.** Ce pouvoir est conféré expressément à l'une des parties lorsque le contrat-cadre stipule que le prix des fournitures successives sera conforme aux tarifs successivement appliqués par le fournisseur à l'ensemble de ses distributeurs. En l'absence d'une telle stipulation il peut se déduire des usages ou de la nature du contrat que l'une des parties a le pouvoir de fixer unilatéralement le prix dans les contrats successifs d'application, car, à défaut, l'obligation de conclure ces contrats qui résulte du contrat-cadre serait dépourvue de toute réelle force obligatoire.

**Ce pouvoir donné par le contrat-cadre à l'une des parties de déterminer l'un des termes essentiels de l'échange pose problème,** quoi que l'on ait pu en dire. La jurisprudence de la Cour de cassation, qui pendant plus de vingt ans a annulé sur le fondement de l'article 1591 d'abord, puis sur celui de l'article 1129 du Code civil, les contrats-cadres qui faisaient dépendre la détermination du prix de la volonté arbitraire de l'une des parties suffit à montrer la réalité de cette difficulté, sauf à supposer une longue inconscience collective d'où serait né un faux problème.

Pour poser la question en termes simples il suffit d'observer que le contrat est, par définition, une procédure bilatérale, un accord de volontés ; ce qui permet précisément à chacune des parties, pour peu que son consentement soit raisonnablement libre et éclairé, de défendre ses intérêts.

**La question s'est alors posée de savoir si la conclusion d'un contrat-cadre, ne déterminant pas lui-même les termes essentiels de l'échange, pouvait cependant imposer la conclusion ultérieure de contrats d'application en autorisant l'une des parties à procéder unilatéralement à cette détermination et, concrètement, à fixer le prix.**

Longtemps il a été dit et jugé qu'une telle construction revenait purement et simplement à soumettre l'une des parties à la volonté arbitraire de l'autre, ce qui justifiait l'annulation du contrat-cadre et des contrats d'application pour indétermination du prix. La Cour de cassation avait même expressément jugé qu'il s'agissait d'une nullité absolue et même d'une véritable inexistence de ces contrats, ce qui n'était pas conforme au but de protection de la partie ainsi soumise à la volonté de l'autre lors de la conclusion des contrats d'application.

On sait que les conséquences excessives d'une telle nullité absolue, notamment quant à l'extrême difficulté du compte de restitutions qui en était la conséquence inéluctable, ont conduit d'abord la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation dans ses arrêts Alcatel du 29 novembre



1994 (25), puis l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses quatre arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (26), à procéder finalement à un spectaculaire revirement de jurisprudence. **Désormais l'ensemble constitué par le contrat-cadre et ses contrats d'application n'a plus lieu d'être annulé pour indétermination du prix.**

Sans tomber dans un positivisme excessif qui consisterait à approuver systématiquement toute solution émanant de la Cour de cassation, ni se borner à invoquer son intérêt purement pragmatique, en observant que malgré la sévérité de la jurisprudence la pratique des contrats-cadres s'est maintenue, il est permis de proposer **une justification théorique à la solution nouvelle. La question posée fait clairement apparaître la nécessité et la difficulté de rechercher une conciliation entre l'utilité et la justice. C'est cette recherche qui a constamment inspiré la Cour de cassation.**

L'annulation pour indétermination du prix se justifiait, on vient de le rappeler, par cette observation que **la fixation unilatérale de l'un des termes essentiels du contrat était en contradiction avec la fonction de garantie d'un équilibre des prestations, jouée par le caractère bilatéral d'un contrat accepté par des parties libres de défendre leurs intérêts respectifs.**

Or nous avons montré que ce qui fait la spécificité du contrat-cadre c'est, d'une part, qu'il intervient précisément dans des circonstances où les parties entendent établir entre elles, pour une certaine durée, des relations dotées de la sécurité attachées aux obligations contractuelles ; d'autre part, qu'au moment de la conclusion du contrat-cadre il est pratiquement impossible aux deux parties d'exprimer un consentement raisonnablement éclairé sur le prix des échanges concrétisé par les contrats ultérieurs d'application. Déterminer à ce moment le prix des fournitures successives reviendrait, on l'a vu, à faire courir, aux deux parties un risque grave d'imprévision. Autrement dit, **lors de la conclusion du contrat-cadre, aucune des parties n'est en réalité en situation de défendre utilement ses intérêts quant aux termes essentiels des contrats d'application et, spécialement, quant au prix. L'indétermination du prix à ce moment est donc acceptée par les deux parties en raison de son utilité. En outre, elle ne consacre immédiatement, en elle-même, aucune injustice.**

Nous avons montré également que si le contrat-cadre implique nécessairement la conclusion de contrats d'application, les parties pouvaient choisir entre deux solutions : une simple obligation de négocier la conclusion de tels contrats ou une obligation de les conclure, avec pour corollaire indispensable, dans ce deuxième terme de l'alternative, le pouvoir donné à l'une des parties de déterminer le prix. **Le choix effectué par les parties, librement et en pleine connaissance de cause, d'une obligation de conclure les contrats d'application dans ces conditions reste du domaine de la liberté contractuelle puisque, d'une part, la**

(25) *Arrêts Alcatel : revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix* : JCP éd. G 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; D. 1995, 122, note L. Aynès ; JCP éd. E 1995, II, 662, obs. L. Leveneur.

(26) JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 16, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *Petites Affiches*, 12 déc. 1995, note P. M. ; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, note D. Bureau et N. Molfessis ; M.-A. Frison-Roche : *RJDA*, 1/1996, 3 ; *Gaz. Pal.* 8-9 déc. 1995, p. 31, concl. M. Jéol, note P. de Fontbressin ; *Contrats Conc. Consom.* janv. 1996, obs. L. Leveneur ; JCP éd. E 1996, 12, obs. P. d'Harcourt ; A. Laude : *D. Aff.*, 3 ; J. Fossereau : *Bull. info C. cass.*, 15 janv. 1996 ; C. Jamin, Réseaux intégrés de distribution : de l'abandon de la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives : JCP éd. G 1996, I, 3959 ; D. Boulanger : JCP éd. N 1996, 493. Adde, L. Finel, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire : JCP éd. G 1996, I, 3957.

**pratique montre son utilité économique, et, d'autre part, à ce stade, aucune injustice n'a encore été commise par la conclusion d'un contrat d'application déséquilibré.**

En revanche, **un risque d'injustice existe incontestablement lors de la conclusion des contrats successifs d'application.** La partie à laquelle a été expressément ou implicitement reconnu le pouvoir de fixer les termes essentiels de l'échange, et spécialement de déterminer le prix des fournitures ou des services, **peut être tentée à ce moment d'abuser de ce pouvoir.** C'est pour permettre à ce stade un contrôle judiciaire, exercé lui-même sous le contrôle de la Cour de cassation, que l'Assemblée plénière, dans ses arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, a justement posé en principe que « l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

La portée exacte de cette jurisprudence devant faire l'objet d'un débat prometteur je n'ai pas besoin d'aller plus avant dans cette analyse. Mon propos était seulement de montrer que **la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation traduit la consécration de la notion de contrat-cadre, caractérisée par sa spécificité et son autonomie, par les obligations relatives aux contrats d'application qui en résultent, et plus précisément, par l'indétermination des termes de l'échange dans les contrats successifs d'application qu'il implique nécessairement.**

C'est en effet, selon les arrêts de l'Assemblée plénière, « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs » que « l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », **ce qui vise bien le contrat-cadre tel que nous avons tenté d'en préciser la notion.**

## **LE CONTRAT DE DISTRIBUTION : CRÉATION DE LA PRATIQUE ET DE LA JURISPRUDENCE, MODE DE GESTION DES RAPPORTS DE FORCE DANS LES RÉSEAUX**

**M<sup>me</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE,**

*Professeur à l'Université de Paris IX-Dauphine, Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social*

1.- *Création ; pratique ; gestion ; force ; réseaux.* Les points d'appui sont déjà suffisants pour poser le décor de l'histoire. On observera qu'aucune de ces notions n'appartient au vocabulaire que le droit estampille ordinairement. Elles évoquent plutôt les puissances (force), les structures (réseaux) et l'action (la création et la pratique). Que vient faire le droit dans l'histoire ? Au-delà de la technique juridique (27), il constitue sa trame. Il est la pièce elle-même.

2.- Pourtant l'hétérogénéité est forte. Comment établir un lien entre le droit et la gestion ? La gestion est l'organisation des comportements de façon à en optimiser les effets, dans une prise directe avec l'objet économique. La gestion est donc associée à un objet économique, par

(27) Sur cette dimension, outre l'étude du CREDA, *Le contrat-cadre*, tome 1 : *Exploration comparative*, tome 2 : *La distribution*, sous la direction de A. Sayag, Litec, 1995, voir l'étude de J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, « coll. Bibliothèque de droit privé », t. 273, LGDJ, 1996.

exemple l'entreprise que l'on gère au mieux. La gestion révèle l'objet concret et suppose son dévoilement : l'activité économique en question, le contexte financier, le bien économique précis, l'essence, la bière, etc.

3.- Mais le contrat, puisqu'il s'agit de lui, peut-il aisément être analysé comme un « mode de gestion » ? Sa définition classique l'entrave. En effet, tant que le contrat demeure sous la mystique de la volonté, l'objet n'a guère de substance. Il n'est qu'une forme, celle que lui donne formellement la volonté : l'objet est ce qui est convenu. Dès lors, l'objet concret du contrat est pour le droit une sorte de boîte noire, en ce que sa substance concrète est proprement indifférente. Il y a donc hétérogénéité entre le contrat et la gestion, puisque la gestion suppose l'appréhension directe de l'objet concret tandis que le contrat y est relativement indifférent.

4.- Concevoir le contrat comme un mode de gestion va nécessairement rendre transparent le contrat, c'est-à-dire faire apparaître à l'observateur l'objet économique concret. La pratique y est habituée. Mais la jurisprudence aussi va y être sensible et varier, suivant les contextes, suivant les objets, construire des distinctions juridiquement fantaisistes entre les types d'obligation, dans l'optique, par exemple, de réguler différemment les rapports économiques construits autour de la vente d'essence de ceux construits autour de la vente d'habits d'enfants. Et la doctrine aussi va se peupler de concrétude.

5.- Dès lors, quelle va être la création ? On pourrait penser qu'il s'agit d'une création particulière, puisque précisément le concret semble le maître. Une diversité extrême qui ne se laisse pas saisir. C'est tout le contraire qui s'est produit. La véritable création relève de cette opération d'abstraction par excellence qu'est la mise en catégorie d'une variété d'organisations. En cela, est née l'abstraction du contrat-cadre. Cette abstraction fait renouer le contrat avec le formel mais c'est cette fois-ci non pas par indifférence pour l'objet concret de l'agencement contractuel mais par rassemblement d'éléments caractéristiques d'un mécanisme économique. C'est de l'abstraction par induction. En cela, la création du contrat-cadre relève d'une démarche tout à la fois théorique, parce qu'abstraite, et réaliste, parce qu'induite.

6.- Pour que s'opère une telle création, il faut non seulement la pratique pour produire le matériau brut, mais encore la doctrine au sens classique du terme, qui propose la catégorisation, et la jurisprudence, qui donne corps, c'est-à-dire forme, à la catégorie proposée. On observe donc que l'histoire du contrat-cadre est une histoire doctrinale. Un des enjeux théoriques sera de savoir si cette entreprise demeurera doctrinale dans ce sens, c'est-à-dire si le contrat nommé doctrinalement restera techniquement innomé, c'est-à-dire hors de portée du législateur, ou non.

7.- Mais avant toute anticipation, retenons que la création par la pratique et par la jurisprudence du contrat de distribution est une histoire, toujours en cours. Les théories de la narrativité et de l'interaction rhétorique trouvent particulièrement à s'appliquer à l'histoire du contrat-cadre et du drame de l'indétermination du prix. Détaillons le plateau. On y trouve une intrigue qui se construit d'initiatives contractuelles en arrêts sensationnels, en grands airs doctrinaux. Il y a alors dramatisation de l'histoire, mise en scène de l'intrigue. N'a-t-on pas parlé de « revirement spectaculaire » ?

8.- On y trouve des personnages, dont le juge n'est pas le moindre. Le juge en effet est un participant actif et agissant. En cela, on peut dire, dans une conception réaliste, voire politique de son office, qu'il a ôté le bandeau qui aveugle la justice, pour gérer à son tour les rapports de force. Il regarde le dessous des cartes. Son personnage prend du relief, de l'épaisseur. Il y a

alors distribution des rôles. Le registre est relativement étroit et les rôles ne peuvent être cumulés : il y a essentiellement des gentils et des méchants. La conscience de chacun des acteurs du caractère rhétorique de l'histoire du contrat-cadre et de l'indétermination incite les protagonistes à occuper le rôle qui leur est le plus favorable : le meilleur est bien sûr celui du faible car à la figure rhétorique du faible, le juge associera aisément celle du gentil, pour qui la balance doit pencher. Pauvres pompistes.

9.- Il faut enfin du temps pour que l'intrigue se déroule. Et il s'agit d'une véritable histoire car les événements constitutifs successifs ne sont pas prévisibles, ne sont pas contenus dans le début de la pièce. Les actes se déroulent avec la part de retournements et d'imprévus que comporte toute histoire. Il y a alors du suspense dans l'activité d'observation et la jurisprudence de l'indétermination du prix s'est jouée à guichet fermé. L'avenir est encore à deviner ; on le sent nettement dans les études doctrinales qui, année après année, cherchent à anticiper les revirements de jurisprudence, voire à découvrir le sens de ceux advenus, dans une inventivité qui n'est guère plus faible dans le second cas que dans le premier.

10.- Certes, nous avons vécu avec les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 un grand air de l'acte II. Mais le rideau est-il tombé ? Les jeux sont-ils faits ? Le principe de la narrativité, y compris la narrativité du droit, implique que l'histoire soit toujours en cours. Il ne peut donc y avoir des effets de clôture. Les revirements réorientent l'intrigue mais ils ne l'apaisent pas. Le sens est toujours disponible et travaillé par les acteurs et les observateurs.

11.- Le procès est permanent. Même lorsqu'il s'agit de décrire les événements passés, ce que l'on fait à plaisir à propos de l'indétermination du prix, il y a encore des enjeux de créativité : on a tendance à réécrire l'histoire. Il y a donc création, mais une création continuée. Il y a action de la pratique et de la jurisprudence mais le plus souvent sur un mode doctrinal. Il y a prise en considération directe des objets économiques mais dans un mouvement d'abstraction aboutissant à la notion de contrat-cadre.

12.- Et pourquoi toute cette histoire ? Parce que c'est de forces qu'il s'agit. Or, le droit entretient des rapports très ambigus avec la force, se définissant comme la force légitime qui emploie son pouvoir de contrainte pour faire barrière à la force illégitime, c'est-à-dire celle des rapports de force. L'équilibre est délicat, les forces en présence, à l'œuvre dans l'histoire qui nous passionne, finissent par se mêler et il faut sans cesse faire la part des choses, la part du lion, la part du feu. Le plus simple est de faire la part entre la pratique contractuelle (I) et la jurisprudence (II).

## **I. – Les rapports de force gérés par la pratique contractuelle**

13.- Le droit utilise sa force pour lutter contre les forces illégitimes. Le contrat, premier des instruments juridiques, a ainsi la puissance de soustraire la relation établie entre des partenaires économiques aux rapports de force, notamment ceux nés du marché (A). Mais, et cela fut davantage souligné car la critique est un art plus aisé, le contrat-cadre a eu aussi l'effet d'accroître le rapport de force, du fait de l'isolement né du procédé d'intégration ainsi mis en place (B).

### **A) La soustraction aux rapports de force par le contrat**

14.- La puissance de la liberté contractuelle va être utilisée par les opérateurs économiques pour construire une organisation alternative des forces du marché (1.). À cet effet externe d'isolement, s'ajoute un effet interne d'organisation (2.).

#### *1° Le contrat de distribution, comme position de force par rapport au marché*

15.- À première vue, il ne convient pas d'opposer marché et contrat, puisque le marché fonctionne par le contrat. L'économie libérale se construit sur un triangle constitué par des choses, qui sont les biens, un lieu, qui est le marché, et un contrat, qui est la vente. Le contrat transforme les choses en biens et permet leur circulation. Le contrat est le moteur du marché, celui-ci organisant la pression des tiers qui provoque l'ajustement des prix et des qualités.

16.- Mais ce contrat, intime du marché, est un contrat instantané. Pour que les mécanismes du marché libéral fonctionnent, il faut une instabilité permanente des prix qui permet l'ajustement en continu. Un marché est par nature instable. Dès lors, il rend difficile l'investissement à long terme. Or, comment valoriser un bien qui ne développe sa valeur qu'avec le temps ? Comment s'assurer alors d'un retour sur investissement ? Que l'on songe au sort des infrastructures, les cuves pour entreposer l'essence, par exemple.

17.- Lorsqu'apparaît la nécessité d'intégration économique, le contrat va changer de nature. Il ne s'agira plus d'un contrat-échange mais d'un contrat-organisation selon la distinction mise notamment en valeur par Paul Didier. Dans un contrat-échange, le rapport de force est annihilé dans l'instant, pour l'instant, les parties pouvant toujours trouver meilleur équilibre économique dans une nouvelle relation avec un tiers disponible. Mais en cela, un contrat-échange, isolé dans l'espace et dans le temps, ne peut être associé au terme de gestion parce que la gestion vise à la maîtrise du temps. Celle-ci est le grand enjeu en économie : le contrat-cadre de distribution est son instrument.

18.- Cette métamorphose du contrat, lorsqu'il devient contrat-cadre, correspond à la théorie économique du contrat, comme modèle d'organisation alternatif à celui du marché. Il y a alors concurrence du modèle d'organisation : celui du marché, le contrat de vente étant son moteur, celui du contrat, au sens économique du terme, le contrat-cadre étant sa marque. Cette concurrence que fait le contrat-cadre au marché va être mal supportée par celui-ci, ce qui explique au passage bien des condamnations de principe des réseaux de distribution par les organes en charge du droit de la concurrence.

19.- En effet, le contrat-cadre de distribution illustre parfaitement la façon dont les parties font gérer leurs rapports en alternative aux forces du marché. Il reconstitue un monde économique *ad hoc*. Les contrats de vente, en tant que contrats d'exécution, s'accrocheront au contrat-cadre, comme ils s'attachaient au marché. Chacun a souligné que le contrat de distribution ne peut être analysé comme un contrat véritablement autonome mais comme l'organisation d'une globalité. Ainsi, le contrat de distribution crée un véritable ordre économique particulier, triomphe de l'autonomie de la volonté, organisant à sa guise les rapports de force.

## *2° Le contrat de distribution, comme équilibre des forces entre les parties*

20.- Le contrat-cadre engendre alors la sécurité économique en se soustrayant à l'instabilité du marché : il fait perdurer les rapports juridiques dans le temps. À chaque contrat d'application, c'est le contrat-cadre qui s'applique de nouveau, ou, à tout le moins, le contrat de distribution se substitue comme contexte au marché et chaque contrat d'exécution prend son sens en référence au contrat-cadre. Cette sécurité juridique, permettant la stabilité dans l'anticipation des rapports économiques, est favorable à la partie faible. En effet, on peut considérer que le fort se laissera porter par l'instabilité du marché, tandis que le faible a besoin d'être assuré que sa situation sera organisée d'une façon permanente.

21.- On observera d'ailleurs que le besoin de protection se fait surtout sentir au moment de l'expiration de la relation de distribution et lorsque se pose la question de sa reconduite, car la partie faible ne trouve pas sur le marché de solutions alternatives, l'excès de la liberté contractuelle pouvant alors s'exprimer dans le choix d'une durée très courte de l'intégration économique.

22.- Cela peut être aussi fait dans l'intention d'oppression car l'anticipation doit par ailleurs ménager l'existence économique de la flexibilité. Et comment obtenir la flexibilité que requiert l'organisation de rapports économiques avec un contexte variant ? Certes, le contrat classiquement appréhendé connaît la durée. Il suffit de faire un contrat à exécution successive. Mais il s'agit d'une illusion de temporalité. En effet, les exécutions successives d'un même contrat se présentent comme une séquence figée des multiples répétitions d'un même contrat. Ainsi, c'est toujours le même temps répété car l'exécution reste le miroir de la formation du contrat.

23.- Cet exploit d'une flexibilité dans la stabilité est servi par une autre vertu du contrat-cadre : son articulation avec les contrats d'exécution. Ils sont sa cause finale. C'est là l'ingéniosité du contrat-cadre qui va devenir non seulement un moyen de gestion des rapports de force, neutralisé par les facultés d'anticipation offertes au faible, mais encore un moyen de gestion du temps, joignant l'anticipation à la puissance d'intégrer l'imprévu à l'occasion de l'exécution du contrat-cadre. La formation de contrats de vente variables constitue l'exécution du contrat-cadre. Il y a inversion de l'ordre logique et chronologique : la formation devient un mode d'exécution.

24.- Une première observation peut être faite : s'il faut former de nouveaux contrats pour donner effet au premier, il n'y a plus de distinction entre formation et exécution. La pratique opère alors une révolution conceptuelle. En effet, le droit se construit classiquement tout à la fois sur une distinction entre formation et exécution et un lien dans un même contrat des deux phénomènes. L'exécution est la projection de la formation, car c'est ce qui a été formé qui est exécuté. Il n'y a pas de flexibilité entre la formation d'un contrat et son exécution : c'est ce qui a été formé qui doit être exécuté. L'exécution est le miroir de la formation qui lui est chronologiquement et logiquement antérieur.

25.- La pratique va jeter par-dessus bord la distinction entre la formation et l'exécution. De ce tohu-bohu, va naître la flexibilité. Y a-t-il plus ample maîtrise du temps que celle qui consiste à l'inverser ? L'exécution prend la forme d'une formation de contrat. En cela, l'exécution est devenue flexible car le contrat d'exécution peut varier par rapport au contrat d'organisation en ce que son propre processus de formation peut le faire varier par rapport au contrat-cadre.



26.- Une seconde observation vient en conséquence : le contrat devient enfin le mode approprié de gestion des rapports économiques à long terme dans un contexte incertain, associant à la fois la sécurité permettant l'anticipation et la flexibilité permettant l'adaptation, par une inversion des phases de formation et d'exécution. Pour l'inversion, il suffit d'emboîter les contrats d'exécution et le contrat-cadre comme autant de poupées russes.

27.- Une conclusion s'impose : l'objet du contrat-cadre – cet objet que la doctrine cherche à saisir dans une catégorie unique – est l'incertitude. Il s'agit fondamentalement d'échapper à l'incertitude du marché en projetant dans l'avenir, mais de conserver néanmoins suffisamment d'incertitude dans cet avenir pour permettre l'adaptation, contrat d'application par contrat d'application. En cela, le contrat de distribution est véritablement un instrument de gestion, c'est-à-dire l'instrument de maniement de l'incertitude.

Au regard de celui-ci, il y a, dans la pièce qui se joue autour de l'indétermination du prix, un malentendu fondamental : le droit répugne à l'indéterminé tandis que la perspective gestionnaire le prend pour objet. Droit ou gestion, il faut, sinon choisir, du moins faire la balance dans ces matières.

28.- Par un tel cheminement, la pratique, et la doctrine avec elle, se sont singulièrement éloignées de la figure du contrat. On peut avancer l'hypothèse selon laquelle le contrat-cadre présente alors une nature quasi-législative. En effet, Il constitue les principes généraux des comportements futurs. Comme la loi, il régit le futur. Comme la loi, il fournit la sécurité juridique et autorise les anticipations. Comme la loi, il constitue le cadre des comportements contractuels. En cela, il est une sorte de droit commun *ad hoc* des contrats véritables que sont les contrats d'exécution. Le contrat-cadre va se superposer sur les contrats effectifs. C'est donc véritablement la loi du contrat comme alternative à la loi du marché. C'est pourquoi Paul Didier désigne le contrat-cadre comme une norme d'une position supérieure à celle du contrat ordinaire.

29.- C'est alors non seulement un ordre économique *ad hoc* mais un ordre juridique *ad hoc* qui est constitué. Le contrat de distribution est donc une création véritablement exceptionnelle car il a pour objet de constituer non seulement un ordre économique, alternatif au marché, mais encore un ordre juridique instrumentalisé aux impératifs de gestion de l'incertitude dans le temps.

Nous trouvons dès lors dans cette figure relativement récente du contrat de distribution l'application la plus parfaite du principe philosophique de l'autonomie de la volonté : le contrat-cadre pose la loi des parties. Ce principe est plus radicalement illustré que dans l'écriture même de l'article 1134 du Code civil. En effet, il s'agit dans ce texte de viser la contrainte qui s'attache à l'obligation d'exécution d'un contrat formé ; le contrat « vaut » la loi. Dans le cadre du contrat de distribution, il s'agit à l'état pur de poser les règles substantielles de comportement ; le contrat « est » la loi.

30.- Mais doit-on aller si loin dans la reconnaissance de la normativité d'une organisation qui n'a pour source que l'ingéniosité de la pratique ? Il faut au contraire battre retraite sur cette voie. En effet, il manque un élément de puissance dans cette organisation de type législatif : c'est l'absence d'opposabilité du système. Ainsi, le réseau est contraignant pour les partenaires, comme l'est la loi, mais il souffre de la relativité de sa source contraignante limitée. L'intégration ne peut contraindre le tiers qui agit en relation avec d'autres tiers, ce que traduit fidèlement le droit de la responsabilité civile. Dès lors, le réseau est opaque et consistant pour



ceux qui le constituent, mais il est juridiquement transparent pour les tiers. Ainsi, la jurisprudence n'a pu que donner acte à la licéité des importations parallèles.

31.- Ce handicap du contrat sur un marché n'existe pas à l'état ordinaire. Au contraire, dans un contrat-échange, la relativité juridique correspond parfaitement à l'idée de comportements atomistiques sur le marché, chacun des échanges économiques étant distinct des autres et n'engageant pas les autres opérateurs qui, au contraire, ajusteront leur propre offre et leur propre demande en observation de ce contrat qui leur est étranger. Ainsi peut s'exercer la pression des tiers qui permet l'équilibre général. Ce n'est que si le contrat prétend, comme dans l'hypothèse du contrat-cadre, établir une organisation, que l'instrument révèle sa faiblesse : lui fait défaut un caractère obligatoire pour tous, lequel seul permettrait de parler véritablement de structuration.

32.- On mesure donc la faiblesse de l'ingéniosité de la pratique : le contrat est efficacement détourné de sa nature dans une inversion audacieuse des phases d'exécution et de formation afin de construire une structure économique, mais celle-ci pêche en raison de l'ignorance dans laquelle les tiers peuvent tenir ces différentes phases. Une structure inopposable, le résultat est pour le moins paradoxal.

33.- Et ce n'est pas le moindre paradoxe. En effet, plus nettement, il y a un vice très important dans le dispositif, qui invalide le rapprochement que le contrat opère ici à l'égard de la loi. En effet, par principe, le législateur est un tiers impartial. Or, dans les contrats de distribution, le quasi-législateur est intéressé et les rapports de force ne sont pas égaux. Dès lors, le contrat-cadre devient l'instrument d'un mécanisme d'exploitation. Il y a proprement retournement de la situation. Mais qui sont les quasi-législateurs ? En réalité, les plus forts, alors que la loi du marché ne peut plus protéger la partie faible, car le réseau a précisément construit une étanchéité entre lui et le marché.

### ***B) L'aggravation des rapports de force par le contrat***

34.- Un tel retournement va engendrer des défauts nés des qualités pourtant incontestables du contrat-cadre de distribution. Ainsi, l'intégration peut provoquer la suppression préjudiciable des solutions alternatives (1.), tandis que l'effet mécanique du temps va éventuellement attaquer l'équilibre initial (2.).

#### *1° La suppression des solutions alternatives*

35.- Le marché neutralise les rapports de force, parce que le contrat atomisé laisse en permanence l'opérateur libre pour l'opération suivante. Ici, le réseau peut engendrer une contrainte de contracter. Celle-ci n'existe pas par nature, sauf à s'interroger sur l'utilité même d'un contrat-cadre non suivi de contrats d'exécution, mais découle, notamment dans son ampleur, de l'organisation des clauses. Ainsi, l'entrelacs de clauses pénale, d'exclusivité, et de quota engendre juridiquement une dépendance économique.

Dans cette perspective, le contrat de distribution correspond à cette nouvelle définition du contrat comme universalité de fait, contenant de clauses mises en système. Cela explique notamment l'affirmation paradoxale de l'avocat général, dans les conclusions afférentes aux arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, selon laquelle le prix est plus ou moins abusif suivant les prescriptions des autres clauses.

36.- Plus encore, le contrat-cadre de distribution institue une agrégation de puissance. L'effet de réseaux joue en effet non seulement dans le temps, par l'association de contrats de vente dans une chaîne temporelle, mais encore dans l'espace, par l'association de contrats analogues entre le fabricant et les différents distributeurs. L'on sait l'importance des obligations de non-concurrence entre distributeurs, qui peuvent confiner à un partage de territoires.

37.- Cette organisation évoque *mutatis mutandis* la figure de la féodalité, et l'on est tenté de dresser une analogie entre le mécanisme de la franchise et celui du fief. Dès lors, le contrat instaure un modèle qui lui est directement contraire : celui de la domination du titulaire de la propriété des valeurs, des marques, etc., sur ceux qui n'ont le pouvoir que de les cultiver. La question de l'attribution de la clientèle dans un réseau de franchise est exemplaire à cet égard.

38.- Mais le système féodal est une organisation unilatérale du pouvoir et de la force ; l'instrumentalisation de la technique contractuelle pour monter un système économique de réseaux aboutit alors à la négation du contrat. Le fabricant, le raffineur, etc., exercent un pouvoir de quasi-législateur et conservent la maîtrise des valeurs immatérielles en circulation dans le réseau. Dès lors, la structure devient intrinsèquement une organisation du déséquilibre. À cela peut s'ajouter un déséquilibre engendré par le seul effet du temps.

#### *2° Le déséquilibre engendré par le seul effet du temps*

39.- La gestion de l'incertitude n'arrive pas toujours à l'équilibre. En effet, le contrat peut être trop rigide, trop sûr, trop prédictif et l'organisation économique va subir les influences du contexte, en ce qu'elle ne pourra pas s'adapter. Sans doute faut-il prôner l'adoption d'un contrat-cadre particulièrement poreux, laissant les contrats d'exécution particulièrement disponibles à l'adaptation des rapports économiques pour une modification progressive des rapports juridiquement institués. L'instrument de prévision que constitue le contrat-cadre doit ainsi réussir l'exploit de prévoir la survenance de l'imprévu.

40.- Ce faisant, le contrat-cadre passe alors du stade juridique du contrat incomplet, incomplet pour accueillir l'incertitude de l'avenir, à la théorie économique du contrat incomplet. Dans cette théorie, l'imprévision par le contrat des difficultés d'exécution est une lacune, une faille que va nécessairement exploiter le cocontractant, s'il y a intérêt. Cela est usuellement désigné par l'expression d'aléa moral. Le contrat-cadre met alors l'un à la disposition de l'autre. Le juge doit intervenir pour rendre le contrat complet.

La jurisprudence en cela est véritablement créatrice du contrat de distribution, non seulement parce qu'elle participe à l'élaboration de la catégorie selon un processus globalement doctrinal mais parce que c'est elle qui a vocation à rendre les contrats complets, au sens que donne l'analyse économique des contrats à ce processus.

41.- Or, la jurisprudence a joué, dans ce premier acte dont nous avons en charge le récit, un rôle davantage dévastateur qu'un rôle complémentaire. Peut-on dire alors que le dialogue – certains diraient la construction dialogique du contrat de distribution – a été brisé ? C'est au contraire une vertu des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 que d'avoir renoué l'histoire de la construction du contrat de distribution. Par la part qu'y a prise la jurisprudence, les rapports de force ont été de nouveau l'objet d'une gestion.

## II. – Les rapports de force gérés par la création prétorienne

42.- La jurisprudence a pris en main, notamment à travers la théorie de l'indétermination du prix, la question des rapports de force dans les relations de distribution. On pourrait même dire qu'elle s'est jetée dans la bataille. Dans un premier temps, elle n'a reconnu l'existence de l'intégration économique ainsi réalisée que pour mieux la faire voler en éclats (B), afin d'imposer un système plus modeste, et sans doute plus adéquat, de sanctions des excès de l'organisation contractuelle des rapports de force (B).

### ***A) Le paradoxe d'une reconnaissance à fin d'anéantissement***

43.- La jurisprudence, parce qu'elle voulait sanctionner des phénomènes d'exploitation économique obtenus grâce à la puissance contraire, a procédé à la reconnaissance de l'autonomie du contrat-cadre de distribution (1.). Mais, la sanction s'étant exprimée à travers la technique de la nullité absolue, la jurisprudence s'est mise en porte-à-faux méthodologique (2.).

#### *1° La reconnaissance, préalable de la sanction*

44.- Si le droit veut intervenir sur un phénomène, même pour le détruire, il doit d'abord le juridiciser, c'est-à-dire le faire advenir au statut de catégorie juridique. Le contrat-cadre de distribution eut cet honneur pour mieux tomber dans l'indignité de la nullité absolue. L'absence de reconnaissance de spécificité aurait conduit à laisser libre cours aux rapports de force, par ailleurs soustraits aux correctifs régulateurs du marché.

45.- Mais la sanction a été concomitante à la reconnaissance ; la doctrine a souligné l'inadéquation de cette jurisprudence, dans la mesure où, d'une part, la nullité nie l'intégration économique, du fait de sa rétroactivité, et où, d'autre part, elle situe sur le terrain technique de la formation une problématique d'exécution. Tout est dit. Mais, pour en rester sur le terrain ici privilégié de la gestion des rapports de force, il convient de souligner que, méthodologiquement, la jurisprudence ne peut être un procédé de gestion.

#### *2° L'adéquation méthodologique : la jurisprudence ne peut être un procédé de gestion*

46.- Tout d'abord, entamant la question du normatif (doit-on ?) avant celle du pragmatique (peut-on ?), la jurisprudence doit-elle se définir comme un procédé de gestion des rapports de force dans les relations juridiques nées d'un contrat-cadre de distribution ? À une époque où l'on demande un certain recentrage de l'office du juge vers la résolution des litiges et non l'intervention dans les rapports sociaux eux-mêmes, l'idée ne s'impose pas naturellement. Plus techniquement, on peut encore en douter car le juge est maladroit pour se substituer à une gestion de rapports particuliers. Sa normativité l'encombre, ses arrêts de principe ayant une portée trop radicale pour correspondre vraiment à un comportement gestionnaire, supportant mal de tels à-coups.

47.- Plus encore et passant sur le terrain pragmatique, la jurisprudence a été incapable d'opérer une telle régulation. Dans l'état du droit antérieur aux arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, le choix de la nullité, par sa radicalité, contredisait l'idée d'une gestion des rapports contractuels, car l'anéantissement ne peut participer à une perspective gestionnaire.

48.- Dès lors, la jurisprudence n'avait pas pour effet de gérer les rapports de force mais de les inverser, en les aggravant. En effet, la partie faible pouvait lever cette sorte d'option offerte par la nullité pour indétermination du prix, lorsque l'exécution du contrat-cadre ne lui convenait

plus. Y a-t-il plus belle illustration en droit de la dialectique hégélienne du maître et de l'esclave ? Mais l'inversion des rapports de force n'est pas une façon de les gérer, c'est-à-dire de les rendre stables, flexibles et praticables.

49.- D'ailleurs, il ne s'agissait pas seulement d'une somme nulle des rapports de force, au bénéfice de l'un par l'effet du contrat, au bénéfice de l'autre par l'effet du juge. S'est mis en place un mouvement de balancier, tel que le droit les affectionne quand le souci de l'équité le saisit. Mais la force conférée à la partie faible par l'annulabilité de tout contrat-cadre contredit la définition du contrat-cadre, en ce que celui-ci permet d'intégrer dans le temps une relation stable et pérenne. La jurisprudence niait donc la définition économique du contrat de distribution.

50.- On serait tenté de dire que, jusqu'aux arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, le contrat de distribution au sens économique du terme n'existait pas. Dans cette même perspective, il s'agissait d'une jurisprudence contre nature. Contre nature aussi en ce qu'elle avait arrêté le cours de l'histoire. Il a aujourd'hui repris.

### ***B) La gestion des rapports de force par sanction des excès***

51.- Il faut aujourd'hui laisser la controverse établir au mieux la façon dont la jurisprudence gère désormais les rapports de force dans les rapports de distribution. Il s'agit en tout cas d'une perspective plus gestionnaire dans la mesure où le juge va sans doute laisser l'instrument contractuel organiser d'une façon relativement autarcique l'intégration économique de la distribution, en intervenant pour en raboter les excès.

52.- En outre, l'utilisation du droit de la responsabilité présente une adéquation avec la gestion, la doctrine ayant depuis longtemps montré la puissance régulatrice de ce droit flexible, parce que casuistique et complexe. Quittant le carcan d'un droit dogmatique, nous allons passer de solution en solution, suivant les faits de l'espèce et l'appréciation de l'abus dans la fixation du prix.

53.- À chacun son droit : sagesse du droit modeste et d'un droit argumentatif. C'est alors le droit rhétoriquement établi qui forme le contexte dans lequel les parties se meuvent avec incertitude. Nous renouons avec les théories de la narrativité. L'histoire peut continuer. Les exposés qui vont suivre appartiennent ainsi à l'acte II : le meilleur dans les règles de l'intensité dramatique.

**M. CANIVET.**— Merci, M<sup>me</sup> le Professeur, de cet exercice. Vous avez décomposé la jurisprudence selon la dramaturgie classique pour la recomposer selon la théorie de Hayek. À voir les sourcils froncés de l'assistance, il est certain que le débat sera dense. Il est vrai aussi qu'il y a, dans cette salle, une densité de pensée extraordinaire.

## LA QUESTION DE LA DÉTERMINATION DU PRIX

**M. Laurent AYNÈS,**

*Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Avocat à la Cour de Paris*

La question de la détermination du prix est une question purement française. Ni les pays de *common law*, ni les pays de droit civil ne la connaissent (28). En France, au contraire, ce fut ces dernières années une *pulchrissima questio*. Une jurisprudence abondante a mené finalement la pratique dans un cul-de-sac en dépit de ses nombreuses hésitations. On vend pourtant de l'essence, de la bière, des automobiles, par l'intermédiaire de distributeurs, à l'étranger comme en France. Et l'obligation d'approvisionnement exclusif n'est pas une spécialité française. Ce splendide isolement pourrait être cause de fierté nationale si nous étions les seuls à régler avec justesse – avec justice – un problème universel. Ce n'est pourtant pas le cas. Ces vingt-cinq années n'auront réussi qu'à donner à tout partenaire commercial le moyen implacable d'obtenir la nullité de son contrat et les mirifiques restitutions qui s'ensuivent, une espèce de joker dont il peut user à tout moment, de préférence lorsque le contrat a cessé de produire ses effets principaux. Si bien que nous sommes obligés, en France, de présenter comme un événement majeur le revirement de jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (29) qui n'est, au fond, qu'un retour au bon sens. Il n'est peut-être pas inutile de nous arrêter quelques instants sur les raisons de cette originalité française, ne serait-ce qu'afin d'éviter que, par un biais ou par un autre – il n'en manque pas aujourd'hui –, un nouveau mauvais coup ne soit porté à ce qui constitue, sous la plupart des climats, la base ordinaire de toute organisation sociale, c'est-à-dire la foi contractuelle.

Parmi d'autres raisons, en voici trois qui me paraissent avoir conduit notre droit à l'impasse (30), impasse dont il sort à peine.

En premier lieu, notre conception de l'office du juge en matière contractuelle. Dans la plupart des droits étrangers, le juge cherche le remède approprié à la crise. Chez nous, son rôle est d'appliquer la loi, ou plutôt ce qu'il pense être la loi, quelle que soit la situation actuelle et quelle que soit la manière dont les parties ont voulu et vécu la relation contractuelle. S'il s'était agi de trouver un remède, cette jurisprudence massive, à laquelle la Cour de cassation, en Assemblée plénière, a tourné le dos il y a un an, n'aurait jamais vu le jour. En effet, entre fournisseurs et distributeurs, la détermination du prix n'a jamais provoqué de crise.

Notre conception du rôle du juge débouche – et c'est la seconde raison – sur le choix de la sanction : la nullité. En effet, la nullité a été systématiquement utilisée en dépit de l'exécution – souvent paisible et durable – du contrat, comme s'il était raisonnable de rayer d'un trait de plume cinq ou dix ans d'une histoire commune, au nom d'un défaut qui n'a jamais empêché l'exécution du contrat. La nullité d'un contrat exécuté ou en cours d'exécution est une invention

(28) V. notamment, *La détermination du prix dans les contrats, Étude de droit comparé*, sous la direction de D. Tallon, Pédone, 1989 ; CREDA, *Le contrat-cadre, 1-. Exploration comparative* (sous la direction de A. Sayag), Litec, 1994.

(29) Cass. Ass. plén. 1<sup>er</sup> déc. 1995, 4 arrêts, Bull. n<sup>os</sup> 7, 8 et 9 ; D. 96, 17, concl. M. Jéol et note L. Aynès ; JCP 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, n<sup>o</sup> 155, p. 13, note D. Bureau et N. Molfessis ; RTD civ. 1996, n<sup>o</sup> 9, p. 153, obs. J. Mestre ; L. Leveneur, L'indétermination du prix : le revirement et sa portée : *Contrats Conc. Consom.* janv. 1996.

(30) Sur les manifestations de cette impasse, v. notamment L. Aynès, Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? : D. 1993, chr. 25.

purement juridique ; elle devrait être réservée aux contrats vraiment infirmes et à ceux qui narguent ouvertement l'ordre public. Dans les autres cas, c'est un défi à l'histoire qui a pour seule vertu de satisfaire la raison – la raison abstraite. Il est heureux que la Cour de cassation lui ait résolument tourné le dos.

Tout ceci enfin – et c'est la troisième raison – au nom d'un idéalisme juridique qui préfère souvent l'idée de justice à la Justice, l'idée d'utilité à l'Utilité, et qui sacrifie finalement la morale à l'idée de Morale. Non, le droit n'est pas fait pour la satisfaction des idées des juristes. Et les règles qui gouvernent le contrat ne sont pas destinées à flatter l'idée qu'on peut se faire de l'équilibre, à l'abri des bibliothèques. En notre matière, le droit français a beaucoup détruit et n'a guère construit ces vingt-cinq dernières années. Il faudrait s'en souvenir et ne manipuler qu'avec une extrême prudence la nullité pour violation... de concepts. On saluera donc le courage avec lequel la Cour de cassation a rétabli, de manière plus humble mais plus juste, les rapports entre le juge et le contrat.

Le droit positif français, après les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, peut être résumé en trois propositions négatives. **Première proposition** : l'article 1129 du Code civil, d'après lequel la chose, qui est l'objet de l'obligation, doit être déterminée quant à son espèce, et au moins déterminable quant à sa quotité, n'est pas applicable à la détermination du prix (31). Comprenons cette affirmation : de l'article 1129, on ne peut déduire l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable. De là deux conséquences.

– Première conséquence : en vertu de la théorie générale des contrats à laquelle appartient l'article 1129 du Code civil, il n'est pas généralement nécessaire que le prix soit déterminé ou déterminable. Ce n'est pas parce qu'un contrat comporte l'obligation de payer un prix que celui-ci doit être déterminé ou déterminable à peine de nullité du contrat. Le contrat peut être parfaitement formé sans comporter de détermination, de déterminabilité, du prix.

– Et vient immédiatement la deuxième conséquence : l'exigence d'une détermination du prix ne peut donc provenir que d'un texte spécial.

Cette règle a été appliquée, depuis les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, par exemple à la détermination du taux d'un intérêt variable dans le contrat de prêt, par un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 1996 (32). En revanche, elle n'a pas été appliquée – pour de curieuses raisons – à l'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt par la première Chambre civile de la Cour de cassation (33). Il n'est pas certain d'ailleurs que lorsqu'un texte spécial impose un prix déterminé ou déterminable, comme c'est le cas de l'article 1591 du Code civil en matière de vente, il soit interdit de confier la fixation de celui-ci à l'une des parties, car nous verrons que ce procédé de détermination paraît aujourd'hui admis ; en tout cas la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 septembre 1995 (34), a jugé tout simplement qu'était déterminable un prix de vente qui pouvait, pour partie, être fixé par l'acquéreur, dès lors que cette fixation ne pouvait être arbitraire, c'est-à-dire pouvait être contrôlée, ce qui rejoint finalement une ligne assez

(31) V. la confirmation de cette règle, à propos de l'intérêt du prêt (qui est le prix du prêt), Cass. com. 9 juil. 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *JCP E* 1996, II, 861, note J. Stoufflet ; *Defrénois* 1996, art. 36434, n° 145, note P. Delebecque ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 déc. 1996 : *JCP* 1997, IV, n° 272.

(32) Cité *supra*, note 4.

(33) Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 mai 1996 : *D. Aff.* 1996, 839, 6. 2.

(34) Paris, 2<sup>e</sup> ch. B, 22 déc. 1995, *SA Zeus c/ SCI du complexe hôtelier du Centre de congrès du nouveau Bercy*.



traditionnelle en matière de prix de vente lié à la rentabilité de la chose (35). Mais limitons-nous ici à la question du contrat-cadre de distribution.

**Deuxième proposition :** le contrat-cadre n'a pas à comporter un mécanisme de détermination du prix des livraisons à venir. Un accord sur ce mécanisme n'est pas une condition de sa validité. Ainsi, la question de la détermination du prix est-elle déplacée de la formation à l'exécution du contrat. Et, de ce fait, la question est enfin placée sur son véritable terrain. Il n'est pas nécessaire au fonctionnement du contrat-cadre, c'est-à-dire à la conclusion des ventes successives, que le prix soit déterminable dès la conclusion de ce contrat-cadre. Il suffit d'ailleurs, pour se convaincre de la justesse de cette proposition, d'observer tout simplement la pratique : jamais un contrat de distribution n'a buté sur le problème de la fixation du prix des contrats d'application.

Certains auteurs ont voulu introduire une distinction entre deux situations : la situation dans laquelle le contrat-cadre comporte une clause de détermination du prix : par exemple, par référence au tarif futur du fournisseur ; en ce cas, cette clause s'appliquerait sans difficulté, le juge n'intervenant qu'en cas d'abus. Et puis, l'autre situation, celle dans laquelle le contrat-cadre comporterait une obligation d'approvisionnement, mais serait totalement muet sur le mécanisme de fixation des prix ; il faudrait en déduire, d'après ces auteurs, qu'un accord des parties sur le prix de chacune des futures commandes serait nécessaire, et qu'en conséquence, en l'absence d'accord, le juge devrait être chargé de fixer lui-même le prix, ce qui naturellement heurte directement notre tradition juridique (36).

Il nous paraît excessif d'attacher des conséquences aussi radicalement contraires à une différence de situation, au fond si ténue. Lorsqu'une partie s'engage envers une autre à lui passer commande à l'avenir, il me semble que le silence du contrat sur le mode de détermination du prix doit être interprété, compte tenu des usages de la distribution, comme une référence implicite au futur tarif du fournisseur. En pratique, il n'y a pas d'autre mode de détermination du prix. Si bien que cette distinction entre prix remis à la fixation ultérieure par le tarif et contrat muet sur le mode de fixation du prix me paraît être une distinction inutile.

Vient enfin la **troisième proposition**, sans doute la plus marquante, compte tenu de l'état de la jurisprudence antérieure : la référence au futur tarif du fournisseur n'affecte pas la validité du contrat. Il est donc possible de confier à l'une des parties le soin de fixer le prix futur des marchandises, ou encore de modifier unilatéralement celui-ci, comme devait le juger, à son tour, la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 juin dernier (37). Cette convention est valable et efficace. Mais, naturellement, l'exercice de ce pouvoir contractuel est susceptible d'abus. L'abus dans la fixation du prix est une faute contractuelle sanctionnée par application des règles ordinaires : responsabilité contractuelle et résiliation du contrat ; responsabilité contractuelle ou résiliation du contrat.

Ainsi volent en éclat deux confusions qui ont pesé sur la jurisprudence antérieure et qui l'ont dans une large mesure alimentée.

Première confusion : la confusion entre ce qui est unilatéral et ce qui est arbitraire. Ce qui menace en effet la prévisibilité contractuelle, ce n'est pas l'exercice unilatéral d'un pouvoir, c'est

(35) Sur laquelle, v. notamment : P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 10<sup>e</sup> éd., Cujas, 1997, n° 211.

(36) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996.

(37) Cass. com. 11 juin 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *D.* 1996, som., 323, et les observations.



son exercice arbitraire, c'est-à-dire un exercice insusceptible d'une sanction, c'est-à-dire encore un exercice échappant à l'appréciation d'un tiers (juge ou arbitre).

Deuxième confusion : la séparation entre le rôle de la volonté, et notamment le rôle de la volonté individuelle lors de la formation du contrat, et le rôle de la volonté lors de l'exécution du contrat. Certains commentateurs ont prétendu que la référence au tarif futur du fournisseur était contraire à l'essence même du contrat ou de la procédure contractuelle, comme si le pouvoir des volontés individuelles s'évanouissait définitivement et nécessairement une fois l'accord conclu, et n'avait plus aucun rôle ultérieur. Il est clair pourtant que la volonté individuelle influence aussi l'exécution. Dès lors, il est illégitime, voire absurde, de nier l'existence ou la validité d'un contrat sous prétexte que les parties ont ménagé pour l'avenir le jeu d'une volonté individuelle. Et l'exercice fautif de cette volonté n'affecte donc que l'exécution du contrat.

Ainsi, la question de la détermination du prix ne devrait plus être, même en France, une question. Mais ceci à deux conditions sans lesquelles le remède, inauguré en décembre 1995, sera pire que le mal.

En premier lieu, les arrêts de 1995 n'ouvrent la voie ni au juste prix ni au prix judiciaire. Les prix ne sont pas fixés par les fournisseurs à l'ombre du Palais, mais par le libre jeu de la concurrence et par application d'une politique. Et il n'est pas question – me semble-t-il –, pour les tribunaux, de déclarer – en pratique, de déléguer cette déclaration à des experts – ce que devrait être le prix. Le fournisseur a la liberté de fixer son tarif en considération de données qu'aucun juge ne peut totalement maîtriser, et surtout en application d'une politique dont il est le seul responsable et dont il subira en première ligne les conséquences. Ce faisant, il est possible qu'il manque à la foi contractuelle et commette une faute. C'est seulement sur celle-ci que devra se concentrer l'appréciation judiciaire. Dans le passé, aucun distributeur n'a jamais pu invoquer un abus du fournisseur dans la fixation de son tarif. Il est peu probable que cela changera à l'avenir tant sont pesantes les contraintes du milieu extérieur sur la décision de fixation du tarif. Il est donc probable, si l'on suit cette voie, que le contentieux de l'indétermination du prix s'évanouira et disparaîtra. C'est la situation, comme je l'indiquai, dans la plupart des droits étrangers.

En second lieu, la Cour de cassation n'a pas reconnu aux tribunaux un pouvoir nouveau, mais, en réalité, s'est contentée d'appliquer tout simplement les règles de l'exécution contractuelle. C'est dire que devraient être suivis de manière stricte les principes ordinaires qui gouvernent la charge et l'objet de la preuve. Au demandeur en responsabilité contractuelle ou en résiliation de prouver la faute dans la fixation du prix. Et cette faute ne saurait résulter d'une quelconque présomption. Elle ne saurait, par exemple, résulter seulement d'une augmentation du tarif, laquelle est en principe légitime puisqu'elle est l'exercice d'un pouvoir ; ou d'une modification du mode de calcul, du mode d'application du tarif. C'est l'abus qu'il faut démontrer. En appliquant avec rigueur et précision ces règles ordinaires de l'exécution du contrat, les tribunaux éviteront à l'économie française, qui s'émancipe à peine du contrôle de l'État, de retomber sous celui du juge.

**M<sup>me</sup> Françoise KAMARA,**  
*Conseiller à la Cour d'appel de Paris*

Dans l'esprit des lois, Montesquieu nous dit : « on connaît les abus anciens, on en voit la correction, mais on voit encore les abus de cette correction ». Si la jurisprudence protéiforme de ces dernières années sur la nullité des contrats-cadres pour indétermination du prix pouvait

caractériser un abus de correction, force est de souligner que le but alors poursuivi de moralisation, de rééquilibrage du contrat et de protection de la partie faible, économiquement dépendante, n'a jamais été critiqué, même si les moyens employés n'étaient pas parfaits. Aujourd'hui, la page est tournée et l'avenir s'offre devant nous. Désormais, le juge s'attachera, chaque fois qu'il le pourra, à sauver le contrat, en éliminant ses défauts et en permettant l'adaptation. La sécurité juridique y gagnera beaucoup.

Nous avons probablement atteint un point d'équilibre où le contrat peut être considéré comme un lieu d'accord et d'échange entre partenaires ayant des intérêts convergents. Dans cette démarche, nous pourrions être guidés ou inspirés par les modèles américain, anglais, belge, néerlandais, allemand notamment, où depuis longtemps, dans l'exécution des contrats commerciaux, les notions d'équité et de *reasonable price* sont appliquées. En France, nous serons d'autant plus attentifs à la mise en œuvre de la notion d'abus dans la fixation du prix qu'au cours des vingt-cinq dernières années, il semble que jamais abus ou prix injuste n'ait été allégué, hypothèse qui, de toute façon, paraît, surtout dans un marché concurrentiel, assez exceptionnelle. J'ajoute que, au terme d'une enquête menée auprès du Tribunal de commerce et des chambres spécialisées de la Cour d'appel de Paris, l'on constate que la question n'a pas davantage été évoquée à ce jour, après les arrêts de 1994 et de 1995. C'est donc d'une question assez théorique que j'ai le sentiment de vous entretenir. En cet état, l'examen du contrôle judiciaire sur la fixation du prix peut s'articuler autour de trois points. D'abord les domaines d'application, puis la notion et la preuve de l'abus, et enfin la sanction de l'abus.

## I. – Les domaines d'application

La nouvelle jurisprudence concerne trois domaines essentiellement. Tout d'abord, naturellement, tous les contrats-cadres et les contrats de distribution. La Cour de cassation nous a déjà renseignés sur ce point, en ce qui intéresse les contrats de louage et d'entretien, les contrats de fourniture et d'entretien, les contrats de franchise, puis les contrats de concession par un dernier arrêt du 11 juin 1996. La Cour d'appel de Paris, quant à elle, a rendu, depuis mars 1995 jusqu'à novembre 1996, onze arrêts. Certains ont porté sur les contrats d'exploitation de stations-services sous la double forme du mandat de ducroire pour la distribution des carburants et de la location-gérance pour la revente des lubrifiants, contrats à propos desquels il était soutenu que la nouvelle jurisprudence ne devait pas s'appliquer. La Cour d'appel a, de manière absolument certaine, affirmé le contraire. Dès lors, il n'est guère contestable que tous les autres contrats de longue durée, tous les contrats-cadres, contrats de bière, contrats de farine, etc., relèveront naturellement du même régime.

Deuxième domaine d'application : le contrat de prêt. La solution, longuement attendue par la doctrine, vient de trouver son point d'orgue dans un arrêt du 9 juillet 1996 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une affaire *Boissière contre Crédit commercial de France* (38). Jusqu'à présent, le taux de base bancaire était critiqué, en ce qu'il est propre à chaque établissement, car non déterminable par référence à des éléments du marché, extérieurs à la volonté du prêteur. Désormais, la Cour de cassation nous dit : « l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision, en retenant que le taux de l'intérêt pourrait varier en fonction de l'évolution du taux de base du CCF ». Il est intéressant d'observer que cet arrêt ne mentionne plus les articles 1134 et 1135 du Code civil ; c'est-à-dire que l'on ne parle même plus de l'abus.

(38) V. *supra*, note 31.

Cependant, on peut penser que, dorénavant, il s'agit là d'une question nécessairement présente et sous-entendue. À cet égard, la latitude des banques, d'après ce que j'ai pu observer, est assez faible en ce qui intéresse les taux de base bancaire, et le mouvement de hausse initié par l'une est bientôt suivi par les autres, et inversement.

Le troisième domaine d'application, qui est discuté par la doctrine, est celui de la vente. Comme l'a dit M. le Professeur Aynès, la Cour d'appel, dans un arrêt définitif du 22 septembre 1995, a appliqué cette jurisprudence à la vente des droits à construire des anciens entrepôts de Bercy ; vente de droits pour près de 200 millions de francs, dans laquelle, par inadvertance probablement, on avait inclus au titre de l'un des éléments du prix de vente de ces droits à construire la partie déterminable correspondante aux dépenses inter-maître d'ouvrage. J'ajoute que ces dépenses correspondaient à environ 1 % du prix du marché et que le premier juge avait annulé l'intégralité du marché pour indétermination du prix. La Cour d'appel a très naturellement estimé que si le vendeur pouvait effectivement, en ce qu'il détenait un pouvoir décisionnel – un pouvoir majoritaire – dans les entreprises qui étaient maîtres d'ouvrage, jouer un rôle d'impulsion dans la détermination des dépenses inter-maître d'ouvrage, il n'était ni démontré ni allégué qu'il entendait en tirer un profit illégitime et exécuter la promesse de mauvaise foi.

Cette solution me paraît être une application générale des articles 1134 et 1135 du Code civil, qui n'est absolument pas choquante dans la mesure où si, bien sûr, l'article 1591 du Code civil exige une détermination du prix de la vente, cela est vrai aussi du louage à l'article 1709 et du prêt à l'article 1907. Et dans ces deux contrats, la Cour de cassation a clairement affirmé que ces textes autorisent une déterminabilité susceptible d'être mise en œuvre par l'un des cocontractants sans abus. Il va de soi, me semble-t-il, que cette règle s'appliquera également aux contrats de cession d'actions ou de fonds de commerce, dont une partie du prix sera définie par le chiffre d'affaires ou le profit à réaliser, sous condition, naturellement, que celui qui est apte à le réaliser jusqu'à la vente, n'abuse pas de ce pouvoir.

## II. – La notion et la preuve de l'abus

La Cour de cassation exerce son contrôle sur la notion d'abus. Par conséquent, il y aura nécessairement une application harmonisée de cette notion à travers le territoire national. Afin de permettre l'exercice de ce contrôle, les juges du fond devront détailler tous les paramètres pris en compte par eux pour stigmatiser l'abus.

Qui peut invoquer l'abus et comment ? Qui ? C'est, bien entendu, uniquement le débiteur du prix. En effet, il ne s'agit plus d'une nullité absolue susceptible d'être invoquée par tous. Celui qui se prétendra victime de l'abus devra le prouver. C'est là l'application de la règle *actori incumbit probatio*, c'est-à-dire que nous partons du principe absolu – et c'est l'avis de tous les magistrats intéressés par la question – qu'il n'y aura pas de présomption générale et automatique d'abus. La seule augmentation du prix, même sensible, ne peut pas équivaloir à la preuve d'un abus ou à une présomption d'abus qui contraindrait le fournisseur à démontrer qu'il n'a pas abusé. Il s'agirait là d'un renversement de la charge de la preuve. Par conséquent, c'est le débiteur du prix qui devra, à l'aide d'un dossier très fourni et très étayé d'exemples divers, ou bien apporter la preuve de cet abus, ou bien réunir des indices variés constituant un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes, au sens de l'article 1353 du Code civil, et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'appel, notamment celle de la Chambre de la concurrence. Bien entendu, la preuve de l'abus ou la présomption de cet abus pourront à leur tour recevoir une preuve contraire, sans inversion de la charge de la

preuve, de la part du fournisseur, qui pourra démontrer que ce qui paraît être prouvé comme relevant d'un abus n'est pas en réalité abusif.

Quant au concept d'abus, quel sera-t-il ? En cette matière, on distingue une notion subjective – l'abus est commis quand il y a intention de nuire – et une conception objective ou téléologique – il s'agit d'un acte fautif réalisé sans intérêt légitime, contraire au but ou à la finalité du droit exercé et qui cause à autrui un dommage. Ici, il s'agira à l'évidence de la seconde notion : il ne sera pas nécessaire de démontrer l'intention de nuire, mais plutôt la rupture fautive de l'équilibre voulu par le contrat. Et d'ailleurs, dès lors que l'un des cocontractants ne respecte pas cet équilibre, ne pourrait-on interpréter qu'il avait l'intention de nuire ?

Il faudra donc que le juge prenne en compte la finalité contractuelle telle qu'exprimée par les parties, car les contrats de longue durée reposent tous sur des postulats qui fixent l'idée contractuelle : la volonté commune d'accroître l'efficacité commerciale, la recherche d'une exploitation équilibrée, etc. Il faudra aussi prendre en compte les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à la convention, au sens de l'article 1135 du Code civil. Puis, on appréciera l'exécution au regard des bonnes pratiques contractuelles, ce que les Américains appellent les normes commerciales raisonnables de loyauté professionnelle. Bien sûr, on fera référence au prix du marché pertinent, de même qu'aux facteurs individuels de notoriété, de soutien des campagnes publicitaires, de savoir-faire, de clientèle attachée au réseau, de commissions, de ristournes, etc. On aura garde enfin de retenir le nécessaire profit pour chacun des deux contractants, et tout cela sous l'égide de la liberté des prix. De sorte que la marge de manœuvre pour démontrer l'abus sera effectivement assez faible, d'autant qu'il est difficile d'imaginer qu'un fournisseur commette un abus, en dehors d'une hypothèse comme celle décrite dans l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992 (39) : la Chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné un fournisseur de produits pétroliers à des dommages-intérêts pour n'avoir pas donné à son cocontractant les moyens de pratiquer des prix concurrentiels et, ainsi, n'avoir pas exécuté le contrat de bonne foi.

Au demeurant, il ne me paraît pas bien difficile de stigmatiser l'abus lorsqu'il existe : c'est une notion que le juge français manie depuis plusieurs siècles. À titre d'exemple, en droit anglais, il s'agit d'un problème de fait ; en droit américain, le *Uniform Commercial Code* dit que la fixation du prix par une partie, sous réserve d'un devoir de bonne foi, est une question de fait dont la solution dépend du jury. Par conséquent, je pense que ce qu'un jury d'estimables citoyens américains est apte à faire, les juges français, qui, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, ont créé la théorie de la concurrence déloyale, seront capables de le faire pareillement. S'agissant du droit de la concurrence, il est certain que l'abus dans la fixation du prix pourrait être constitué – c'est là une évidence – par des pratiques de discrimination, à l'encontre d'un distributeur, par exemple, mais aussi par des pratiques d'abus de dépendance économique.

### III. – Les sanctions de l'abus

Bien sûr, la Cour de cassation nous a dit résiliation ou indemnisation. Il revient au juge du fond de choisir entre ces deux solutions ; c'est lui qui appréciera la gravité de l'abus et la sanction qui s'y attachera. Cependant, il faut, bien entendu, que la résiliation soit demandée, car si l'indemnisation seule est sollicitée, je vois mal comment le juge la prononcerait ; ou

(39) Cass. com. 3 nov. 1992 : *Bull. civ. IV*, n° 338, p. 241 ; *JCP éd. G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy.

inversement, l'on pourra demander la résiliation et subsidiairement l'indemnisation. Il faut demander la résiliation, et non pas la résolution, car le juge a beaucoup de difficultés et répugne à requalifier les demandes. D'autre part, les effets de cette résiliation ne seront pas limités au contrat-cadre, mais affecteront nécessairement les contrats d'application subséquents en cours d'exécution. Je ne suis pas certaine que cette résiliation s'appliquera aux contrats connexes, considérés comme des contrats de protection, que sont le cautionnement, la mise à disposition du fonds de commerce, etc. Du reste, dans l'ancien régime de la nullité, ces contrats-là survivaient. Quant à la date d'effet de la résiliation, sera-ce la première manifestation de l'abus ou la date de la décision du juge ? Je penche pour la date de la décision avec une indemnisation pour la période écoulée depuis la manifestation de l'abus. Quelle indemnisation ? Bien entendu, une indemnisation totale, ce qui veut dire qu'il faudra arriver à déterminer quel aurait été le prix non abusif et il sera l'étiage de cette indemnité. Enfin, si les prix sont abusivement fixés par le biais d'une pratique discriminatoire ou d'un abus de dépendance économique, je ne partage pas l'opinion d'un commentateur qui considère que, désormais, la sanction sera la résiliation ; je ne crois pas que l'on puisse mettre à mal l'ordonnance de 1986. Son article 9 prévoit dans ce cas une nullité du contrat.

Il importe de faire cesser l'abus. Pour autant, s'agira-t-il ultérieurement de fixer le prix ? Mais comment indemniser un abus sans prendre les dispositions nécessaires pour qu'il y soit mis fin ? En matière d'imprévision, le juge administratif impose aux parties de renégocier un contrat. Dès lors, pourquoi ne pas imaginer qu'il soit fait obligation au fournisseur de cesser la pratique du prix abusif ? Et pourquoi ne pas imaginer que le juge puisse fixer le prix ? Je n'y serais pas opposée ; cependant il se peut que cet avis soit prématuré. Il reste que les droits étrangers évoqués donnent au juge la faculté de fixer le prix, notamment selon l'équité, selon les normes raisonnables, selon le prix habituellement pratiqué, bref selon toutes les données définies par chaque droit national. De la même manière, en droit français, le juge fixe le prix du contrat d'entreprise, des prestations de services, des commissions, des rémunérations de professions libérales, des loyers, parfois des ventes : ainsi dans cette affaire où une personne avait vendu un bien en contrepartie duquel l'acquéreur devait lui fournir une rente pour vivre décentement ; or, c'est le juge qui a fixé le prix de cette rente. L'article 1681 du Code civil en matière de rescision nous dit qu'il faut payer le supplément du juste prix. Dès lors, c'est au juge qu'il reviendra de fixer ce juste prix. Le juge français est donc assez habitué à la technique de fixation d'un prix.

Avec cette toute petite incursion dans le futur, je voulais vous rappeler que le Doyen Carbonnier disait cette très jolie chose à propos de la loi nouvelle : « lorsqu'un texte est voté, il échappe à son auteur pour vivre sa propre vie, insoupçonnée ». En sera-t-il de même de notre jurisprudence ? Nous assistons, nous participons à la création de ce nouveau droit civil économique, charnière entre le droit civil, le droit de la concurrence, le droit de la consommation ; et, comme l'a excellemment écrit André Breton : « c'est avant tout la poursuite de l'expérience qui importe, la raison suivra toujours, son bandeau phosphorescent sur les yeux ».

**M. Patrick de FONTBRESSIN,**  
*Avocat à la Cour de Paris*

Lorsque l'on évoque les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, on est naturellement tenté de se référer à la jurisprudence et à l'analyse doctrinale échafaudées autour de l'article 8, § 2, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Il se dégage en effet l'impression immédiate d'une substitution de l'appréhension d'un comportement à celle d'une



situation par le droit : l'acceptation du comportement lors de la fixation du prix l'emporte sur celle d'une situation caractérisant certains types de contrats. À l'origine, la jurisprudence élaborée sur le fondement de l'article 1129 du Code civil s'est forgée à propos d'un certain nombre de contrats dans lesquels les notions d'exclusivité, de durée, et la difficulté de fixer le prix, s'agissant des conventions d'application, invitaient à une qualification d'« enchaînement » ou de « dépendance », en appelant à une « protection du faible par le droit ». Le même type de situation s'est trouvé pris en compte lors de l'introduction de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986, aux termes d'une appréciation de nature objective d'une sujétion revêtant tour à tour les formes de dépendance « pour cause d'assortiment », « pour cause de relations d'affaires » ou « pour cause de puissance d'achat » parfaitement définies par M. le Professeur Pédamon.

À partir d'une approche d'une notion de « dépendance » à la vocation irradiante, on a heureusement vu, d'une part, se développer une jurisprudence de la Section concurrence de la Cour d'appel de Paris et de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, replaçant l'abus d'état de dépendance économique visé par l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986 dans les strictes limites définies par ce texte, lors même que le Conseil de la concurrence n'avait cependant pas immédiatement admis la thèse de la simultanéité des trois conditions imposées pour que joue la prohibition légale (40). Mais d'autre part, on a également pu assister à l'émergence, dans une sorte de circuit parallèle, d'une jurisprudence de certaines juridictions du fond qui, en l'absence de réunion des critères d'abus d'état de dépendance au sens de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986, n'en appelaient pas moins à la notion de « dépendance économique » à l'occasion de la rupture ou du non-renouvellement de contrats, sous l'influence majeure de la prise en considération d'une situation (41).

La grande leçon des arrêts de l'Assemblée plénière est de poser l'impératif d'une caractérisation de l'abus. Or, celui-ci ne saurait se résoudre à une perception statique d'une situation, mais impose la prise en considération dynamique d'un comportement. Il ne saurait y avoir de « présomption de force » (entachée d'une atteinte à la présomption d'innocence contraire à la convention européenne des droits de l'homme), davantage que de « présomption de faiblesse ». Il convient uniquement de s'attacher à l'expression d'une volonté. Ce faisant, la prise en considération de l'abus apparaît désormais comme facteur d'unité du droit de la concurrence. Au-delà des dispositions de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986 et de la jurisprudence précitée de l'Assemblée plénière, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales » appréhende en effet également l'abus sous la forme du « prix abusivement bas ».

Dans le domaine du droit des obligations comme dans celui du droit de la concurrence, l'abus réapparaît ainsi par le biais du concept de loyauté, si remarquablement évoqué il y a deux ans de cela par M. le Président Fékété, aux termes du rapport de la Conférence générale des tribunaux de commerce sur « Le juge commercial, juge de la loyauté ». Le visa des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil dans les arrêts de l'Assemblée plénière invite à une réflexion sur le concept de loyauté. Si l'abus se présente comme le comportement déloyal par lequel, lors de la fixation du prix, on aurait fait en sorte d'accentuer un déséquilibre de situation ou de le provoquer, de la même manière, est déloyale la trahison de la confiance qui

(40) V. *Rapport du Conseil de la concurrence 1987*.

(41) Sur ce point, à titre d'exemples, v. Aix-en-Provence 17 avr. 1987 : *RTD civ.* 1988, p. 115, obs. J. Mestre ; Paris 1<sup>ère</sup> Ch., 10 mars 1989 et Paris 3<sup>ème</sup> Ch., 21 fév. 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 536, obs. J. Mestre ; Versailles 12<sup>ème</sup> Ch., 30 mars 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, som., p. 577 ; Versailles 9 mars 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 535, obs. J. Mestre ; v. également Paris 15 déc. 1990 : *RTD civ.* 1990, p. 653, obs. J. Mestre.



met en cause la sécurité des transactions. Dès lors que les parties se sont accordées et auront accepté le poids d'un certain nombre d'obligations ou un risque inhérent à un certain type de conventions, en l'absence d'abus, la loyauté impose que la loi des parties ne puisse être remise en cause. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne doit pas être la porte ouverte à une « renégociation du contrat », au bénéfice de celui qui n'a pas eu préalablement la prudence de la prévoir, à peine de s'aventurer dangereusement sur la voie de la lésion objective ou de l'imprévision, drapées dans un vêtement juridique de circonstance.

Mon maître, Michel de Juglart, pouvait dire en son temps que « la thèse de la lésion objective fonde la rescision sur le déséquilibre entre la prestation voulue et l'avantage retiré du contrat ». Il arrivera sans doute que l'on perçoive un déséquilibre au fil de l'exécution d'un contrat. Pourtant le respect de la parole donnée imposera de s'en tenir au consentement initial car, en l'absence de toute clause de renégociation, admettre de déplacer le centre de gravité de la convention de sa conclusion à son exécution serait ouvrir la voie à des notions jusqu'à présent rejetées par le droit civil. Si la Cour de cassation souhaitait faire entrer dans le droit positif le concept de lésion objective, il n'est pas douteux qu'elle trouverait les moyens de l'affirmer expressément. Si elle souhaitait de même consacrer la théorie de l'imprévision, elle ne serait sûrement pas en peine de formulation finement adaptée pour ce faire (42). Lors même que le visa de l'article 1135 du Code civil renvoie à l'Équité dont, aux termes d'un remarquable article, M. le Doyen Perdriau dénonce les « tentations et les écueils » (43), la difficulté d'interprétation des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 sera d'éviter que le plaideur ne tente de noyer le juge dans l'eau, pourtant encore limpide, du canal de Craponne, pour obtenir l'adaptation d'un contrat qu'il n'a eu la prudence d'envisager. Prenons garde à ce que certains plaideurs ne tentent de pallier l'imprévoyance par le recours à l'imprévision, au mépris du respect de la parole donnée, pour se soustraire aux risques de la vie des affaires.

## DÉBAT

**M. CANIVET.**— Vous avez tous mesuré la progression dramatique dans les propos des orateurs, la tension monte et, par conséquent, nous sommes mûrs pour le débat. Je souhaiterais poser une question au professeur Aynès : existe-t-il une différence fondamentale entre la notion d'abus, au sens de l'abus de position dominante ou du prix abusivement bas, et la notion d'abus au sens contractuel ?

**M. AYNÈS.**— Je crois qu'il y a des éléments communs, mais aussi une différence fondamentale entre les deux. L'abus qu'a visé la Cour de cassation dans les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 et dans les arrêts ultérieurs, c'est un abus par rapport au contrat ; c'est l'abus classique, c'est-à-dire l'exercice abusif d'une prérogative qui est confiée par le contrat. Par conséquent, il faut apprécier cet abus en considération des objectifs du contrat, de l'esprit de collaboration qui s'instaure à l'intérieur d'un réseau, etc. Avec l'abus visé par l'ordonnance

(42) On ne saurait trop à cet égard rappeler les propos de M. le Haut-Conseiller Chartier lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 5 janvier 1994 : « La référence à l'article 1134 du Code civil rappelle ici une règle fondamentale essentielle de notre droit : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", règle dont plus d'un siècle plus tôt, en 1876, par son célèbre arrêt dit du Canal de Craponne, la Chambre civile avait affirmé le caractère général et absolu, règle dont elle ne s'est jamais départie, refusant d'admettre la révision d'un contrat pour imprévision ou d'y substituer toute référence nécessairement subjective à l'équité ».

(43) A. Perdriau, Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité ? : *Gaz. Pal.* 8-9 nov. 1996.

de 1986, révisée en 1996, il s'agit d'une notion plus objective comme l'exprime d'ailleurs la notion de position qui doit s'apprécier en considération de ses effets, notamment sur le marché. Ces effets sont beaucoup plus globaux ; on ne les apprécie pas seulement dans les rapports contractuels. Il y a un certain nombre d'autres différences. Ce qui signifie que, s'il y a un élément commun dans les deux cas, qui se trouve peut-être dans la notion d'abus de droit – le fait d'avoir un droit et de le pousser au-delà de ses limites –, la manière d'apprécier les deux me paraît fondamentalement différente.

**M. Cyrille DAVID**, *Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)*.– On a beaucoup raisonné en droit civil jusqu'à présent. En particulier, à propos de la tendance à la dissociation du contrat-cadre et des contrats d'application. La question ne va-t-elle pas se poser de savoir quel est l'élément générateur de l'impôt, par exemple de la T.V.A ? Quelle date, quelle somme devraient être déterminantes ? En prolongement, songeons à la territorialité de l'impôt. Pensez-vous que la dissociation puisse jouer dans les mêmes conditions en droit international privé ? On aboutirait alors à soumettre le contrat d'application et le contrat-cadre à deux lois différentes. Ou ne va-t-il pas falloir essayer de rétablir l'unité d'ensemble qui me paraît quand même indispensable ?

**M. AYNÈS**.– En ce qui concerne le droit international privé, cela a déjà été tranché : il a été jugé notamment que la convention de La Haye ne s'appliquait pas au contrat-cadre. Par là, on affirme que le contrat-cadre est distinct des contrats d'application qui, eux seuls, sont des ventes. Mais il existe aussi en droit positif des décisions qui vont dans un sens opposé. Il y a en matière de connexité une tendance contraire à l'unité, puisqu'on rattache chacune des obligations à ce berceau originaire qu'est le contrat-cadre. Il semble donc que l'affirmation de cette dissociation entre contrat-cadre et contrats d'application ne soit pas aussi nette que ce qu'on pourrait penser. Et j'ajoute que la jurisprudence qui s'achève avec les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, et peut-être même en 1994, niait en fait la dissociation entre les deux, notamment en ce qui concerne les effets de la nullité. Ainsi, au regard des restitutions, il est clair que leur unité était affirmée dans cette jurisprudence par ses effets.

Je voudrais ajouter que je ne suis pas absolument certain, contrairement à ce qui a été dit ce matin, que l'intérêt de dissocier contrat-cadre et contrats d'application demeure aujourd'hui aussi nettement qu'auparavant. Le développement en France de la notion de contrat-cadre – je pense qu'on aura l'occasion de constater qu'elle n'est pas du tout aussi vive à l'étranger – a été notamment tributaire de cette jurisprudence sur la détermination du prix, parce qu'on a beaucoup forcé la dissociation entre contrats d'application et contrat-cadre afin d'éviter les conséquences désastreuses de la théorie de l'indétermination du prix. Dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour de cassation a rétabli une unité en ce qui concerne la nullité.

**M<sup>me</sup> FRISON-ROCHE**.– La grande vertu des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 est d'engendrer une imprévisibilité. Rien n'était plus prévisible que l'ancienne jurisprudence. Aujourd'hui, nous avons perdu bien des réponses, c'est-à-dire qu'il est vraiment donné libre cours à l'inventivité juridique et doctrinale. Par exemple, si on cherche à savoir si l'abus est objectif ou subjectif, s'il dépend de l'abus contractuel, de l'abus de position dominante, etc., les arrêts peuvent très bien donner lieu à une interprétation tout à fait différente. Elle pourrait très bien consister à dire que le contrat-cadre crée un ordre économique qui met des personnes dans une certaine position respective, et qu'il y a des abus de position dans cet ordre contractuel dont la validité de principe est désormais admise ; par exemple, si vous avez, dans les réseaux de distribution, des pratiques de prix prédateurs – ce qui est une notion de droit de la concurrence objective –, on va pouvoir les sanctionner à ce titre. Et l'un des grands jeux rhétoriques est de manier les

doubles sens. Ainsi, présomption peut vouloir dire deux choses : l'affirmation normative par laquelle on dit, par principe, qu'un fait a existé quand bien même il n'aurait jamais existé : par exemple, « je vais présumer l'abus parce que je soupçonne les gros et les puissants ». Il est alors facile d'affirmer à rebours qu'il n'est pas question, dans une économie libérale où il est bon d'être puissant, de retenir des présomptions de prix abusif. Mais, il y a un autre sens à la présomption : un mécanisme probatoire qui consiste à tirer d'un fait inconnu un fait connu. Si vous avez un prix qui est extrêmement bas ou extrêmement élevé – et là vous faites référence au contexte, c'est-à-dire au prix du marché, car, en même temps qu'on disait qu'il n'y avait pas juste prix, on faisait référence à ce contexte-là –, alors il est tout à fait légitime de faire jouer des présomptions qui sont des raisonnements ; c'est-à-dire de tirer de l'existence de prix parfaitement anormaux, par référence au droit de la concurrence, des comportements qui vont être sanctionnés. Il faudra donc, bien sûr, prouver la faute mais une faute qui pourra être déduite par présomption d'un examen objectif des prix tels qu'ils ont été fixés.

**M. AYNÈS.**– Il est ennuyeux de ne pas connaître les réponses quand une question se pose. Or, la question qui se pose actuellement est celle de savoir si une question est seulement posée.

**M. Alain GHOZI**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).*– Au titre des sanctions prévues en cas de prix abusif, il y a l'indemnisation. Peut-on envisager d'indemniser l'entreprise qui a déposé son bilan du fait de l'incertitude contractuelle que l'on préconise désormais, à présent que le progrès consiste à devenir Anglais ou Américain ? Autrement dit, ne va-t-on pas assister à une bascule du contentieux de la matière contractuelle à celui du règlement amiable, voire de la loi de 1985, comme en matière de franchise ?

**M. AYNÈS.**– D'abord, il n'y a pas que les Anglais et les Américains qui sont différents, il y a aussi les Allemands, ainsi que les Belges et les Italiens. Ce n'est donc pas simplement un problème d'attirance de la *common law*. Et puis le terme sanction est ambigu. Ne devrait-on pas plutôt parler d'application des règles ordinaires de la responsabilité ? N'est-ce pas tout simplement un problème de causalité ? Si une faute consistant à avoir pratiqué un tarif abusif a été commise, doivent alors être réparées toutes les conséquences de cette faute. Et si le dépôt de bilan, comme dans l'affaire de la vache de Pothier, est en relation directe avec la faute commise, pourquoi échapperait-on à ce mécanisme ordinaire de la responsabilité ?

**M. GHOZI.**– Alors le prix va se déterminer par rapport aux critères qu'on connaît dans la loi de 1984 en matière de règlement amiable : pourrait être abusif celui qui détruit l'équilibre du compte de résultat prévisionnel, compte destiné, somme toute, à annoncer les difficultés financières de l'entreprise. Le critère de l'abus n'est plus tant dans l'ordonnance de 1986 que dans la loi de 1984. On va donc arriver à une définition du prix plus conforme aux équilibres comptables, qui s'éloigne de la commutativité de l'article 1104 du Code civil. En introduisant le juge dans le contrat, l'Assemblée plénière efface non seulement l'article 1129 mais aussi l'article 1104, du moins dans les relations d'affaires. Voilà une curieuse évolution du libéralisme.

**M. Jérôme HUET**, *Professeur à l'Université de Paris V.*– Apparemment, donc, la page est tournée et tout le monde, à cette tribune, semble approuver sans réserve les arrêts rendus par l'Assemblée plénière. Pourtant, il n'est pas sûr que tous les universitaires se rangeront à cet avis. Aussi n'est-il pas inutile de faire entendre, dans cette enceinte, une voix dissidente.

On admet désormais que le prix dans un contrat puisse être indéterminé. On admet qu'il puisse être défini par la volonté unilatérale d'une des parties. Pourtant, certains continueront

d'estimer qu'il est normal que, dans un contrat, chacun sache à quoi s'attendre, et donc que le prix soit déterminé, au départ. Les partisans de l'indétermination du prix se fondent sur l'intérêt économique de la solution nouvellement admise. Mais on n'a pas démontré qu'elle était économiquement utile. Et, plutôt qu'à la raison économique, c'est sans doute aux pressions économiques qu'on a cédé. On a dit aussi que la solution antérieurement retenue plaçait les entreprises dans une situation invivable. Or, l'argument est loin d'être exact. Depuis vingt-cinq ans, les contrats avaient été adaptés et les rapports entre fournisseurs et distributeurs s'étaient, dans une large mesure, stabilisés. Il suffit de rappeler à cet égard qu'en insérant dans les accords de distribution la clause dite de « l'offre concurrente », on les faisait échapper à tout risque d'annulation. On a prétendu que le droit français, avec l'exigence de détermination du prix, était isolé dans l'ordre international. Mais, là encore, la chose est loin d'être démontrée et les débats auxquels a donné lieu l'adoption de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises montrent que les pays sont, en réalité, divisés sur la question.

À cela s'ajoute que la solution désormais retenue par la Cour de cassation n'est pas seulement critiquable dans ses motivations : elle l'est aussi dans ses modalités. On a rayé, apparemment, l'article 1129 du Code civil en ce qu'il s'appliquerait au prix. Il y a de quoi être abasourdi. Faut-il désormais enseigner aux étudiants que ce texte ne concerne plus que les prestations en nature, et non les prestations en argent ? On peut hésiter à le faire. Et puis, surtout, il faut critiquer la manière dont est envisagé le contrôle à exercer sur la détermination unilatérale du prix par le fournisseur, dans les contrats de distribution. L'idée retenue par la Cour de cassation est de sanctionner l'abus que le fournisseur pourrait commettre. Or, la notion est tout à fait inadaptée en l'occurrence. Car la question n'est pas de savoir s'il a pu y avoir abus d'une partie sur l'autre, mais de vérifier si le contrat est resté équilibré malgré le pouvoir exorbitant, reconnu à un des contractants, de définir lui-même le prix à payer.

**M. BÉZARD.**— Je ne voudrais pas répondre mais quand même tirer la leçon que, finalement, le rôle des juges est difficile. On croit obtenir une satisfaction totale et, en réalité, ce n'est pas du tout le cas. Et je vous comprends. Si la Chambre commerciale, pendant des années, a opéré cette évolution qui n'a pas été tellement facile, il faut bien voir comment cela s'est passé. Il y a d'abord eu, je le répète, au point de vue de la doctrine, beaucoup de silence au départ, et de l'indécision pendant un moment. La Chambre commerciale a essayé de trouver des portes de sortie qui étaient sans doute plus mauvaises : l'obligation de faire, l'obligation de donner... Je signale par ailleurs qu'il n'y a eu aucune résistance des cours d'appel nous conduisant à une assemblée plénière.

Mais la critique de la doctrine montait, la pratique nous disait que c'était invivable. Là où je m'éloigne un peu de vous, M. le Professeur, c'est en ce que je suis convaincu que cette jurisprudence est née à la suite de clauses manifestement abusives. La Cour d'appel de Paris a réagi. Il y a eu une espèce de bras de fer entre les magistrats et certains concédants qui rédigeaient des clauses. On en annulait une, une autre la remplaçait. Il y a donc eu une réaction un peu brutale de la part de juges qui n'avaient peut-être pas encore suffisamment évolué dans le contexte international et dont les conceptions économiques étaient encore trop proches du droit pur qu'on leur avait enseigné. Et, il y a certainement eu, par la suite, des clauses plus acceptables, une meilleure moralisation des relations et une prise de conscience de l'environnement international qui ne connaissait pas une jurisprudence aussi sévère. Et je vais vous dire une chose importante sur le sentiment que nous avons eu nous-mêmes, magistrats de la Cour de cassation : à partir du moment où on a vu une jurisprudence protectrice détournée par des gens qu'il n'y avait pas de raison particulière de protéger et qui en faisaient une arme suprême pour abattre ce qui résultait de leurs obligations contractuelles,

un certain nombre d'entre nous ont complètement changé et ont décidé que ceci n'était plus acceptable. C'était un abus que faisaient certains soi-disant faibles qui engageaient ce genre de contentieux, lequel emportait, en raison de la sanction de la nullité qui avait été consacrée, des conséquences gravissimes. Dans ces conditions, le juge appliquait une jurisprudence qui maintenant me paraît quand même assez largement discutable et détournée de son but. C'est pourquoi, même si les magistrats de la Chambre commerciale n'ont pas été les premiers à prendre l'initiative – et je peux dire, sans révéler quoi que ce soit, qu'ils ont peut-être un peu regretté de ne pas avoir été à l'origine de ce revirement –, ils ont en tout cas participé fortement à cette évolution à travers l'Assemblée plénière.

Ceci dit, je ne pense pas que les juges déstabiliseront les contrats en utilisant la notion d'abus, mais ils seront quand même présents et donc, attentifs ; car notre pratique, aujourd'hui ancienne, de ces questions nous incitent à penser que, dans un certain nombre de contrats, dans un certain environnement, il existe des abus qui mériteront une intervention du juge. Mais cette intervention, il faudra qu'elle soit prudente. Vous savez que la Cour de cassation manie la notion d'abus avec prudence. Nous avons eu récemment des exemples en matière boursière : l'habileté n'est pas un abus. Dans la prise de contrôle d'un grand journal du Midi par le biais de clauses d'agrément, on est parvenu à la même conclusion : pas d'abus. Suivez avec attention une prochaine jurisprudence en matière d'abus fiscal, elle vous intéressera. Il y a donc une interprétation assez étroite de l'abus. Mais le rôle du juge est quand même d'être attentif. Je suis favorable à un droit économique libéral mais je crois que dans le monde des affaires des gens utilisent aussi de temps en temps leur force d'une façon déloyale et, même si ce sont peut-être des cas limités, il faudra absolument réagir.

**M. Philippe GRANDJEAN**, *Président honoraire du Tribunal de commerce de Paris.* – La notion d'équilibre qu'a évoquée M. le Professeur Huet est une notion qu'il faut manier avec précaution. Ainsi, à propos des contrats « de bière », pendant des années la jurisprudence, aux différents niveaux judiciaires, a considéré qu'il y avait une position dominante du brasseur. Or, la réalité était exactement contraire, c'est-à-dire que la société qui recevait les livraisons et qui payait la bière, autrement dit le cafetier, avait tellement de sollicitations pour inscrire la marque au fronton du magasin – surtout s'il était bien placé –, que le roi de la négociation était, en réalité, le cafetier. Je serais, en sens inverse, assez partisan de ne pas trop pousser dans le sens de l'admission du caractère unilatéral de la fixation du prix. Du reste, dans les contrats auxquels j'ai fait allusion, il y avait d'ailleurs – et il y a toujours – des références objectives qui me paraissent préférables à une détermination unilatérale. Nous connaissons suffisamment la nature humaine pour penser que c'est tout de même une très grande tentation d'abus. Dernière remarque, ce qui est dramatique en matière judiciaire, c'est que, lorsqu'on finit par obtenir satisfaction en justice et que l'abus est enfin réprimé, on est parfois mort. Et c'est la raison pour laquelle je suis partisan d'un renforcement du rôle du juge unique du fond en matière commerciale qui pourrait statuer en une semaine, ou en un mois, et dont la décision serait exécutoire de droit et permettrait d'éviter le drame qui était signalé tout à l'heure. La rapidité est souvent plus importante que la perfection.

**M<sup>me</sup> KAMARA.** – Un mot sur ce référé : il est certain que, si deux partenaires souhaitent poursuivre leurs relations contractuelles et que l'un d'eux estime que le prix qui lui est demandé est manifestement abusif – encore une fois hypothèse rarissime –, il pourrait aller trouver le juge des référés commercial ou civil pour lui demander la fixation d'un prix provisionnel jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'abus. Bien entendu, le préalable serait l'existence d'un abus manifeste.



**M. Jean-Marc MOUSSERON, Professeur à l'Université de Montpellier.**— D'abord, une observation d'universitaire à l'égard de mon ami Jérôme Huet. L'universitaire est un sentimental qui aime les premiers enseignements qu'il a dispensés. J'ai commencé à parler de la vente et des contrats de ce type alors que nul ne songeait que l'article 1129 pût être appliqué en la matière. Et j'ai vécu quelques années relativement tranquille, jusqu'à ce qu'intervienne, en 1978, la jurisprudence qui a dit le contraire. Et la difficulté, la peine que vous ressentez à modifier votre enseignement, je l'ai connue vingt-cinq ans durant. De temps en temps, j'exprimais mon dépit dont tout le monde se fichait, sauf moi, et cela m'incitait à le maintenir contre cette jurisprudence, et j'évoquais notamment la situation où, lorsqu'on nous demandait conseil sur l'élaboration de telle ou telle clause de prix dans un contrat-cadre, nous ne savions que dire ; et les différentes solutions que nous évoquions, soit ne marchaient pas, soit finalement étaient prohibées. Donc, lorsque le 1<sup>er</sup> décembre 1995 est venu, ma joie a été complète et demeure. Vous avez un avantage ou un désavantage sur moi, c'est d'avoir commencé plus tard l'enseignement du droit de la vente, en un temps où l'application des dispositions que nous avons évoquées était presque de droit – on la trouvait normale. Vous me permettrez de très bien comprendre cette tristesse et vous ressentez par conséquent très bien aujourd'hui le drame que j'ai ressenti. Dois-je vous souhaiter courage ? Dois-je vous souhaiter de tenir jusqu'à 2020 ? Ce serait peut-être une période où, d'une part, je ne serai plus là pour re-souffrir, et où vous seriez toujours là pour être satisfait. C'est peut-être ce type de position que nous pourrions exprimer.

Par ailleurs, je rencontre quelques difficultés à faire le départ entre ce qui est le droit positif, l'opinion et le souhait sur un problème qui, par bonheur, n'est pas dans le fil exact de notre débat sur les contrats-cadres, mais se pose plutôt à propos de la vente. La question du juriste rustique que je suis est la suivante : dans l'état actuel des choses, peut-on conclure une vente à livraisons successives avec clause prix-catalogue ?

**M. GHESTIN.**— S'agissant d'un contrat à exécution successive, c'est-à-dire un contrat unique, je ne suis pas sûr que les arrêts de l'Assemblée plénière aient tranché. Il faut donc attendre que des arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation règlent la question. Il est possible que, pour les mêmes raisons, c'est-à-dire la difficulté de prévoir à l'avance un prix dans un contrat appelé à déployer ses effets dans le temps, on aboutisse à la même conclusion. Il est certain pourtant qu'on ne retrouve pas, ici, la dissociation entre le moment où se conclut le contrat-cadre et le moment où il va y avoir ces contrats d'exécution. Alors est-ce cette dissociation qui justifie la jurisprudence actuelle ? Son domaine est-il limité à cette question ? Ou bien est-elle destinée à s'appliquer par vagues, d'abord au contrat à exécution successive, puis au contrat à exécution instantanée et, notamment, à des cessions d'actions dans lesquelles, par exemple, on pourra voir l'une des parties agir sur le prix définitif parce qu'elle aura acquis le contrôle de la société avant que ce prix définitif soit fixé ? Peut-être, mais qu'on ne dise pas ici qu'il n'y a pas de risque d'abus.

**M. AYNÈS.**— Je crois que la Cour de cassation a déjà répondu à cette question par l'affirmative : dans le quatrième arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Vassali contre Gagnaire*, où ce qui était discuté était précisément le processus de fixation au tarif-catalogue, sans qu'il ait été question de savoir s'il y avait ou non contrat-cadre. Par conséquent, si les parties ont la volonté et prennent la décision de confier à l'une d'elles la fixation du prix selon son tarif – étant donné que son tarif n'est pas un tarif arbitraire –, je crois que dans la ligne, et même par application pure et simple de cette décision de droit positif, on peut, sans trop s'aventurer, penser que c'est une convention en principe valable.



**M. Elie ALFANDARI**, *Professeur à l'Université de Paris IX-Dauphine.* – M<sup>me</sup> Kamara a eu raison de citer les contrats-cadres de crédit, car, dans ces contrats-cadres, le taux d'intérêt doit être fixé dès la conclusion du contrat. Il y a là une disposition impérative liée à la notion de taux effectif global. Ce n'est que pour la modification ultérieure du taux que l'on peut admettre la référence au taux de base bancaire, mais, au départ, il faut absolument que le taux soit fixé par écrit et accepté d'un commun accord. Ce qui montre que, même dans certains contrats-cadres, la détermination du prix peut être quelque chose de nécessaire et d'impératif.

Quant à la portée des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, j'avais cru comprendre, dans un premier temps, que la Cour de cassation souhaitait surtout évacuer la notion de nullité qu'elle trouvait par trop sévère dans des relations d'organisation, qui devaient se prolonger dans la durée. Est-ce que pour autant elle a entendu anéantir la notion de contrat ? J'avoue que je me pose quand même la question, car – et je rejoins les observations de Jérôme Huet –, si effectivement on admet que l'objet n'a plus à être déterminé, que le prix n'est plus un des objets déterminables – alors qu'il reste tout de même l'objet d'une obligation, qu'il importe que les parties soient d'accord sur l'objet, car il faut savoir sur quoi on contracte –, c'est, en ce cas, toute la notion de consentement qui risque d'être mise en cause. Si on admet qu'une partie peut modifier unilatéralement la convention, qu'elle peut librement l'affecter d'une condition potestative, c'est finalement la notion de contrat qui est remise en cause. Est-ce cela qu'a voulu la Cour de cassation ? Je n'en suis pas certain. Mais si c'est cela, admettons qu'on pourra remplacer le contrat par l'acte unilatéral. On a parlé de l'influence du droit anglo-saxon sur notre droit : je pense que c'est plutôt l'influence du droit administratif qui imprime maintenant sa marque sur le droit civil.

## **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 (44) et Code de commerce allemands (45). 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 (46). 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 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 (47).

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* – (48), 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 (49). En dépit de ces

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

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

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

(47) 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<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, et art. 3, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, *VerbrKG*.

(48) *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.

(49) 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.

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 (50) 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 (51).

### 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 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 (52), 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 (53). 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 (54). 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

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

(51) 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).

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

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

(54) 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.).

et le droit des États membres dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (55). 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 (56).

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 (57), ou un règlement des comptes tous les mois (58). Il existe aussi une règle qui détermine un délai de résiliation du contrat (59). 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 (60). 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 (61). 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 (62). Et personne n'a tenté de mettre ce résultat en question (63).

(55) 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.

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

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

(58) V. art. 87 c *HGB*.

(59) V. art. 89 *HGB*.

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

(61) 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<sup>e</sup> éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1994, p. 681 ; C.-T. Ebenroth, *Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht*, Constance 1980, p. 159.

(62) 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 —

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 (64). 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 (65). Ce sont donc ces critères assez stricts qu'a imposés la jurisprudence allemande. Si un distributeur agréé ou le fabricant 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 (66). 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 (67). 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

---

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<sup>e</sup> 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.

(63) 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.

(64) 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.

(65) 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.).

(66) 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*.

(67) 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.).

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 (68). 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 (69). 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.

## LE CONTRAT DE DISTRIBUTION EN ITALIE

**M. Fabio BORTOLOTTI,**

*Professeur à l'Université de Turin, Avocat au Barreau de Turin*

### I. – Introduction

Le contrat de distribution, normalement appelé « *concessione di vendita* », existe en Italie depuis le début de ce siècle et est très répandu aussi bien au niveau de la distribution en gros – concessionnaires à un niveau régional qui vendent à des détaillants –, qu'au niveau de la distribution au détail – par exemple, en matière de concessions automobiles. Le recours à la concession est aussi fréquent dans le commerce international : les exportateurs italiens ont souvent recours à des « importateurs exclusifs », c'est-à-dire à des concessionnaires pour la distribution de leurs produits dans un pays déterminé.

Si, dans la pratique des affaires, le contenu du contrat de concession de vente est assez homogène en vertu du recours fréquent à des contrats écrits assez détaillés, ce qui est rendu plus facile par la diffusion de modèles de contrat, la réglementation applicable, en l'absence de clauses contractuelles expresses, au contrat de concession de vente reste assez imprécise.

### II. – Nature juridique du contrat de distribution

Le contrat de concession de vente ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière en Italie. Dans le Code civil de 1942 on a, certes, cherché à lui donner une place dans le cadre du

(68) 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.

(69) 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.



contrat de fourniture – *somministrazione* – en prévoyant expressément, à l'article 1568, le cas où le fournisseur reconnaît à l'acheteur une exclusivité territoriale et où ce dernier s'engage à promouvoir la revente des produits dont il a l'exclusivité. Toutefois, cette tentative de réglementation n'a eu qu'un succès limité parce que, comme nous le verrons, le contrat de fourniture n'apparaît pas adapté aux besoins de la pratique, comme la concession de vente, qui met l'accent sur la collaboration des parties et sur l'activité liée à la revente des produits plutôt que sur la fourniture de marchandises du concédant au concessionnaire. Aujourd'hui la question de la nature juridique du contrat de concession de vente demeure ouverte : en jurisprudence, il peut relever de trois qualifications différentes.

### **A) Contrat de fourniture (somministrazione)**

La position la plus traditionnelle (70) est celle qui considère la concession de vente comme un contrat de *somministrazione*. Ceci tient certainement au fait que le Code civil envisage ce contrat de fourniture exclusive avec l'obligation éventuelle de l'acheteur de promouvoir la vente des produits dont il a l'exclusivité. Toutefois, nonobstant les bonnes intentions du législateur, cette solution n'est pas satisfaisante. D'une façon générale, le fait d'assimiler la concession de vente, qui a pour objet la promotion et l'organisation de la revente des produits par le concessionnaire, au contrat de fourniture, qui concerne l'échange de produits entre concédant et concessionnaire, conduit à méconnaître ses caractéristiques déterminantes. Ainsi, le contrat qui vise à réglementer le transfert continu de marchandises entre un fournisseur et un acheteur ne peut rendre compte de la concession dont la caractéristique principale réside dans les modalités de la revente des produits par l'acheteur.

Mais il y a plus. Le contrat de *somministrazione* organise la fourniture continue des produits moyennant un mécanisme qui est incompatible avec la plupart des contrats de concession : le fournisseur s'y engage à livrer les quantités de produits convenues ou, à défaut, celles correspondant aux besoins de l'acheteur (71), alors que, dans le contrat de concession de vente, le concédant n'assume presque jamais une telle obligation : la plupart du temps, les quantités sont définies au cas par cas dans les accords subséquents – normalement par l'envoi d'une commande que le concédant se réserve d'accepter ou de refuser. On sort alors de la *somministrazione* pour entrer dans le domaine du contrat-cadre.

### **B) Contrat mixte (vente et mandat)**

Une thèse encore très répandue dans la jurisprudence (72) est celle qui voit dans le contrat de concession de vente un contrat mixte réunissant les éléments de la vente – pour la livraison des produits du concédant au concessionnaire – et du mandat

(70) App. Milano, 3 oct. 1978, *Colosimo c. Soc. Citroën Italia*, in *Foro it.*, 1979, I, 819 ; Cass. 8 juin 1976, n° 2094, *Cavallaro c. Soc. SAIS*, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, voce *Agenzia*, n° 7 ; Cass. 13 mai 1976, n° 1698, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, voce *Somministrazione*, n° 10.

(71) L'article 1559 définit le contrat de *somministrazione* comme le contrat par lequel une partie s'oblige, contre paiement d'un prix, à exécuter des prestations périodiques et continues de choses envers l'autre. L'article 1560 prévoit que, si le montant de la fourniture n'est pas établi, on considère comme convenu la quantité correspondant aux besoins normaux de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat.

(72) Trib. Torino, 15 sept. 1989, *Gioia c. Gervais Danone italiana*, in *Giur. It.*, 1991, 1, 2, 834 ; Trib. Catania 29 fév. 1988, *soc. CID C. SGS Ates*, in *NGCC*, 1989, I, 12 ; Cass. 26 sept. 1979, n° 4961, *Torsello c. Società Sirio*, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 1546.

– pour la collaboration entre les parties. Cette conception, qui a le mérite de faire ressortir l'aspect central du contrat, c'est-à-dire le fait que le concessionnaire fournit une activité de promotion et d'organisation des ventes dans l'intérêt du concédant, n'est toutefois pas compatible avec la notion de mandat telle que définie par le Code civil de 1942 : contrat ayant pour objet l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte de l'autre partie. Or, l'activité réalisée par le concessionnaire dans l'intérêt du concédant est une activité économique (promotion des ventes, revente des produits, publicité, etc.).

### **C) Contrat-cadre**

La solution la plus satisfaisante, qui est du reste en train de s'affirmer en doctrine (73) et, plus récemment, en jurisprudence, est celle consistant à considérer la concession de vente comme un contrat-cadre. Ainsi la Cour de cassation a reconnu (74) que, lorsque le concessionnaire doit transmettre, pour chaque fourniture de produits, une commande au concédant que ce dernier est libre d'accepter ou de refuser, le contrat de concession ne peut pas être considéré comme un contrat de *somministrazione*, mais doit être qualifié de contrat-cadre qui oblige le concessionnaire à promouvoir les ventes des produits qui lui seront fournis en vertu d'une série de contrats de vente (75). Dans une décision plus récente, la Cour de cassation a confirmé que le contrat de concession peut être qualifié d'une façon différente selon les modalités d'organisation de la livraison des produits : si les parties sont convenues que les produits seront livrés par le concédant, sans qu'il soit nécessaire qu'intervienne un accord subséquent, il s'agit d'un contrat de fourniture – les livraisons des produits seront qualifiées comme des actes d'exécution du contrat de fourniture – ; si, au contraire, chaque fourniture doit faire l'objet d'un accord – commande-acceptation –, il y a contrat-cadre, et, en application de celui-ci, des contrats de vente autonomes (76).

Cette solution, qui a certainement l'avantage d'être plus proche de la réalité économique, est critiquable dans la mesure où elle crée une distinction parmi les contrats de concession en raison des modalités de fourniture des produits, ce qui n'est pas suffisamment important pour justifier des régimes différents. À vrai dire, aucune des solutions proposées n'est entièrement satisfaisante : il semble préférable de qualifier le contrat de concession de contrat innommé, et d'appliquer à celui-ci, selon les circonstances et en fonction du problème qu'il faut résoudre, les dispositions des contrats dont il se rapproche le plus. Ainsi, on pourra utiliser les règles de la *somministrazione* lorsqu'exceptionnellement le contrat emporte une obligation « définitive » du

(73) Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Naples, 1971, 297 ; Bortolotti, « Concessione di vendita (contratto di) », in *Noviss. Dig. It., App.*, II, Torino 1981, 226.

(74) Cass. 17 sept. 1990, n° 11960. *Società Ford italiana c. Fallimento Automarengo*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 773 ; Cass. 20 mai 1994, n° 4976, *Fall. Doc. Medioli c. Soc. Alfa Lancia* in *Foro it.*, 1995, I, 893.

(75) Dans le cas d'espèce, le problème était de savoir si la clause de réserve de propriété, contenue dans le contrat-cadre, était opposable à la faillite. La Cour a décidé que cela n'était pas le cas et que l'on devait réitérer la clause dans chaque contrat de vente. V. aussi, dans le même sens, Trib. Catania, 10 nov. 1992, *Renault Italia c. Fall. Soc. Pam Car*, in *Giur. comm.*, 1993, II, 394.

(76) Cass. 28 août. 1995, n° 9035, *Soc. Ford it. c. Fall. soc. Garbin*, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1543. Là aussi le problème était celui de l'opposabilité à la faillite de la clause de réserve de propriété. Selon la Cour de cassation, même lorsque le contrat doit être qualifié de *somministrazione* et que les livraisons effectuées en faveur du concessionnaire ne sont pas des contrats de vente autonomes, mais simplement des livraisons en exécution du contrat de fourniture, le fait reste que la clause de réserve de propriété contenue dans le contrat de concession (qualifié dans ce cas de contrat de fourniture) n'est pas opposable à la faillite dans la mesure où elle ne permet pas d'identifier individuellement les produits auxquels s'applique la réserve de propriété.

concedant de livrer les produits au concessionnaire, sans pour autant conclure nécessairement que le contrat de concession dans son ensemble relève du contrat de fourniture (77).

### III. – La réglementation du contrat de distribution

En considération de la qualification incertaine du contrat de distribution, il est difficile de rattacher son régime à un cadre juridique précis. En effet, lorsqu'il s'agit de résoudre des questions que les parties n'ont pas réglé expressément dans leur contrat, la jurisprudence a recours, selon les circonstances, aux règles du contrat de fourniture, du mandat ou à celles de la vente.

Dans la recherche des règles applicables à la concession de vente la jurisprudence montre une grande prudence et refuse, en principe, de reconnaître comme *naturalia negotii* les principes couramment acceptés dans le cadre du contrat de concession de vente, lorsqu'ils n'ont pas été convenus expressément par les parties. Ainsi a-t-il été décidé qu'il ne comporte pas, en l'absence de clauses expresses, d'obligation pour le concessionnaire de promouvoir les ventes (78) ; que l'exclusivité en faveur du concessionnaire doit être expressément convenue et que, par conséquent, même le fait de prévoir un territoire contractuel sur lequel le concessionnaire doit exercer son activité n'implique pas la reconnaissance d'une exclusivité (79).

Les tiers sont-ils tenus de respecter l'exclusivité souscrite par le concessionnaire ? Après quelques incertitudes jurisprudentielles dans les années cinquante, il est maintenant clairement établi que le fait pour le tiers de vendre les produits contractuels sur le territoire du concessionnaire ne constitue pas un acte de concurrence déloyale (80).

On s'est aussi demandé si le concessionnaire peut bénéficier du régime spécial, dit « procès du travail », prévu par le Code de procédure civile pour les contrats assimilés aux contrats de travail – agents de commerce indépendants n'ayant pas une organisation d'entreprise importante. La jurisprudence s'y refuse clairement (81).

### IV. – La résiliation du contrat de concession de vente

En principe, le contrat de concession de vente à durée indéterminée peut être résilié sans motif, pourvu qu'un préavis raisonnable ait été respecté. La jurisprudence arrive à cette conclusion aussi bien dans le cadre de la *somministrazione* – droit de résilier le contrat en respectant le préavis convenu, ou, à défaut, un préavis adéquat (C. civ., art. 1569) – que dans

(77) Et, par conséquent, sans être obligé de rechercher dans le contrat de *somministrazione* des règles susceptibles de résoudre des problèmes autres que ceux concernant la fourniture des produits.

(78) Cass. 7 sept. 1990, n° 1274. *Ottazzi c. Infrator Scolari*, in *Giur it.*, 1971, I, 1, 1042 ; App. Milano, 30 oct. 1959, *Hurlimann c. Lombarda alimentari*, in *Foro it.*, 1960, I, 468, 475 (ces deux décisions appliquent les normes propres au contrat de fourniture).

(79) Cass. 21 juil. 1994, n° 6819, *Basile c. Soc. Caffé Lunik*, in *Giur it.*, 1995, I, 1, 381.

(80) App. Roma, 20 sept. 1982, *Onceas c. Fatta*, in *G.A.D.I.*, 1982, 628 ; Trib. Milano, 18 juil. 1985, *ITP c. Frigerio gomme*, in *G.A.D.I.*, 1985, 681 ; Trib. Torino, 16 sept. 1987, *Parfums Christian Dior Italia c. Servetti Profumi*, in *G.A.D.I.*, 1987, 718 ; Pret. Roma, 17 nov. 1989, *Soc. O.P. c. Soc. Dierre*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 321.

(81) Cass. 13 janv. 1984, n° 281, *Filocamo c. Società Italgel*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1816 ; Cass. 27 fév. 1987. *Società Peugeot Talbot c. Stucchi*, in *Dir. lav.*, 1987, II, 543.

le cadre du mandat – révocabilité du mandat moyennant un préavis adéquat (C. civ., art. 1725). Par ailleurs, le respect d'un préavis, même assez bref (82), permet de résilier le contrat sans que le concessionnaire ait droit à une indemnité. Cette solution a été critiquée par quelques auteurs (83), mais elle n'a pas été remise en cause, jusqu'à maintenant, par la jurisprudence (84). Naturellement, ceci n'exclut pas le droit du concessionnaire à la réparation par des dommages-intérêts si le contrat a été résilié avant son terme ou sans que soit observé le préavis, en l'absence de circonstances justifiant une résiliation immédiate.

## V. – Les contrats de concession dans les relations internationales

Dans le cas, assez fréquent, où la juridiction compétente n'a pas été expressément désignée, une partie désirant entamer une action devant les juges de son pays peut-elle établir leur compétence sur la base de l'article 5-1 de la convention de Bruxelles de 1968, selon lequel l'action peut être introduite devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée ? Dans le cas où l'action est introduite par le concessionnaire, la jurisprudence italienne tend à utiliser la qualification du contrat comme contrat mixte de vente et de mandat pour dire que le concédant assume des obligations assimilables à celles du mandant, qui sont à exécuter au domicile du mandataire (85), ce qui a permis de retenir la compétence des juridictions italiennes sur des demandes de concessionnaires italiens contre des concédants étrangers. Dans le cas contraire, où un concédant italien avait entamé une action devant les juges italiens contre un concessionnaire belge, il a été décidé que l'exclusivité en faveur du concessionnaire, dont on demandait d'établir l'inexistence, est une obligation à exécuter dans le pays de ce dernier et la compétence de la juridiction italienne a par conséquent été rejetée (86).

## L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXÉCUTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN ANGLETERRE

**M. Hugh BEALE,**  
*Professeur de droit à l'Université de Warwick, Coventry*

Une vingtaine de minutes, cela peut paraître court pour exposer le droit anglais du contrat de distribution mais, à vrai dire, la matière n'appelle pas de longs développements. Ce qui doit être expliqué, c'est la rareté des interventions des juges en la matière. En fait, il existe peu de règles sur ce genre de contrat.

(82) V. Trib. Torino, 15 sept. 1989, préc., qui a considéré comme suffisant un préavis contractuel de 15 jours.

(83) Pardolesi, *op. cit.*, 328 selon lequel le préavis devrait tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire.

(84) V. Par ex., App. Cagliari. 2 déc. 1988, *Bozzo c. Gas Nord Boatto*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 627, qui exclut expressément le droit du concessionnaire à une indemnité pour la perte de l'*avviamento commerciale*.

(85) Cfr. Cass. 3 juin 1985, n° 3285, *Zimmer U.S.A. Europa s.a. c. Cremascoli*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 72 ; Cass. 1<sup>er</sup> mars 1988, n° 2156, *Arlington Socks Production GmbH c. S.p.a. Manifattura Rotondi*, in *Riv. int. priv. proc.*, 1990, I, p. 703.

(86) Cass. 13 déc. 1993, n° 12263, *Illycaffé S.p.a. c. CEGES s.a.*, in *Guist. civ.*, 1994, I, p. 953.

Cela est dû, en partie, au fait que, bien que les contrats de distribution soient très fréquents en Angleterre, ils ne constituent pas une véritable catégorie juridique. Le droit anglais n'utilise pas au même point que le droit français les catégories de contrats. Au lieu de cela, en ce qui concerne les questions relatives à la formation du contrat, nous avons des critères très généraux – un accord sur un échange de prestations. Par exemple, dans la vente, il suffit que les parties soient d'accord pour vendre et pour acheter une chose. D'une part, il n'est pas nécessaire que les biens existent : un arrêt australien a condamné le vendeur d'une prétendue épave, qui n'avait jamais existé, non pour dol, mais pour l'inexécution du contrat de vente (87). D'autre part, il n'est pas non plus nécessaire que les parties aient fixé le prix. Un contrat de vente sans accord sur le prix s'interprète comme une vente au prix courant du marché.

Par ailleurs, on a une conception souple de l'accord. S'agissant d'un contrat dont on envisage l'exécution immédiate, si l'on renvoie la détermination du prix ou de clauses importantes à un accord ultérieur (*to be agreed*), on dira que le contrat n'est pas encore conclu tant que les parties ne sont pas d'accord. Mais, dans un contrat à long terme, par exemple un contrat pour la livraison chaque semaine pour une durée de cinq années d'une quantité de poussins, il y a un contrat pour toute la durée convenue, même si la quantité hebdomadaire n'est fixée que pour six mois (88).

Certes, le droit anglais reconnaît des catégories de contrat pour établir les obligations légales qui s'attachent à chacune d'elles. Ces obligations sont appelées les « *implied terms* » (termes implicites) du contrat ; et, pour quelques contrats, il existe des listes élaborées de « termes ». Ainsi, pour la vente, les *implied terms* sont prévus au *Sale of Goods Act* de 1979 ; pour le contrat de travail, il existe une jurisprudence constante des *implied terms* développée par la *common law*. Mais pour beaucoup d'autres contrats, même d'usage quotidien, ni la loi ni la *common law* n'ont établi d'obligations juridiques, sauf sur des questions très élémentaires. Les parties doivent donc fixer expressément leurs obligations dans le contrat particulier. Par exemple, dans un contrat de construction, même pour un projet énorme, il est indispensable de reconnaître expressément au maître de l'ouvrage le pouvoir de changer les spécifications des travaux, sinon le cocontractant sera en droit d'exiger une exécution du contrat exactement conforme aux spécifications originelles.

\*  
\* \*

Il en va de même pour le contrat de distribution ; ce n'est pas une catégorie clairement reconnue par le droit des contrats. Certes, la Cour va en déduire des obligations minimales pour assurer l'existence du contrat. Ainsi, dans une célèbre affaire américaine, la doyenne écossaise du beau-monde de New York, Lucy, Lady Duff-Gordon, prétendait qu'elle n'était pas tenue par une obligation de confirmer le droit exclusif de vendre ses vêtements de haute couture au demandeur, parce que, selon elle, il n'avait accepté aucune obligation en contrepartie. Il n'existait donc aucun contrat, et ce, en raison du défaut de *consideration*. La Cour d'appel de New York a rejeté ce raisonnement : le demandeur a une obligation implicite de promouvoir la vente des vêtements (89). Mais la plupart du temps, il est absolument nécessaire d'explicitier dans le contrat de distribution les obligations des parties qui dépendent plus ou moins entièrement de ces stipulations expresses.

(87) *Mc Rae v. Commonwealth Disposals Commission* [1950] 84 C.L.R. 377 (Aust. H.C.).

(88) *F. & G. (Wessex) Ltd v. Fine Fare Ltd* [1967] 1 Lloyd's Rep. 53 (C.A.).

(89) *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon* 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (C.A.N.Y., 1917).

La distribution est prise en compte par le droit interne de la concurrence. Mais, en la matière, seule la réglementation européenne a une véritable importance. Le droit interne reste, selon le mot d'un de nos principaux auteurs, « bénin » (90). Le *Restrictive Trade Practices Act* de 1976 peut s'appliquer à condition que les deux parties acceptent des restrictions de concurrence, par exemple, lorsque le contrat prévoit un engagement d'exclusivité d'achat et une exclusivité de fourniture ; mais, selon l'article 9(3) de ce texte, des restrictions portant seulement sur les marchandises vendues peuvent être considérées comme indifférentes en l'absence de toute entente horizontale. Il existe aussi le principe de *common law* de la *restraint of trade*. Pour légitimer un contrat qui restreint la liberté du commerce, il faut apporter la preuve que la restriction est raisonnable. Le principe a été appliqué aux contrats pétroliers qui prévoient des engagements d'exclusivité d'achat ; ces clauses peuvent être annulées si elles restreignent la liberté de l'acheteur pour une trop longue période. Ainsi, un contrat exclusif pour vingt et un ans est considéré comme déraisonnable et donc sans effet ; un accord pour cinq ans est valable (91). Il existe quelques arrêts anciens sur les contrats de bière ; mais il semble que les contrats qui obligent les locataires de *pubs* à vendre seulement la bière de la brasserie sont, en *common law*, valable en raison d'un usage ancien. Donc, l'impact du droit interne de la concurrence est très faible.

Par ailleurs, il existe très peu de litiges sur les contrats de distribution. Si on laisse de côté les questions de concurrence – dont la plupart relève du droit européen – il y a peut-être une dizaine d'arrêts rapportés ou enregistrés sur LEXIS. Je n'ai trouvé que deux arrêts rapportés depuis 1986, et un autre sur un contrat de franchisage. Pourquoi y en a-t-il si peu ? C'est une question sur laquelle je reviendrai plus tard.

\*  
\* \*

Même s'il n'existe pas en Angleterre un droit développé des contrats de distribution, on trouve tout de même dans les quelques arrêts existant une certaine reconnaissance des caractères du contrat et des besoins des parties, surtout quand les juges sont invités à assurer l'exécution du contrat.

Supposons que le distributeur, le concessionnaire, apprenne que le concédant veut résilier le contrat sans respecter le préavis prévu par celui-ci, pour installer un autre concessionnaire sur le territoire. Quel remède le concessionnaire peut-il réclamer ? On sait que, en droit anglais, le principe, énoncé par l'article 1142 du Code civil français, mais ignoré – si vous me permettez de le dire – par la jurisprudence, est strictement appliqué : l'inexécution de toute obligation se résout en dommages et intérêts. L'exécution forcée, par la *specific performance* est, presque totalement, inapplicable en dehors de la vente d'immeubles. Mais les dommages-intérêts constituent-ils un remède suffisant pour le distributeur ? On peut imaginer qu'il aura de grandes difficultés pour prouver les pertes, ou le gain dont il a été privé. Ce sera le cas, en particulier, d'une concession relativement récente. Il est vrai qu'en principe, on va accorder des dommages-intérêts pour les investissements perdus, sauf preuve par le concédant que le concessionnaire n'aurait jamais pu les récupérer (92) ; mais il faut souligner aussi qu'on prend en considération le fait que le concédant a d'habitude le pouvoir de résilier le contrat, en tout

(90) R. Whish, *Competition Law* (3<sup>e</sup> éd., 1993), 555.

(91) *Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd*. [1968] A.C. 269 (H.L.).

(92) *CCC Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd*. [1985] Q.B. 16 (Q.B.).



cas avec un préavis assez bref. Le concessionnaire ne devrait donc pas recevoir une protection adéquate par ce biais.

En réalité, le droit anglais n'est pas aussi inefficace que cela. Bien que l'on n'accorde que très rarement l'exécution forcée des obligations de faire, les juges hésitent moins à sanctionner l'inexécution d'une obligation de ne pas faire, si cette dernière est expressément incluse dans le contrat. La jurisprudence n'est cependant pas très claire ; quelques arrêts seulement suggèrent que le demandeur a le droit de solliciter une injonction contre l'inexécution d'une obligation expresse de ne pas faire, un *express negative stipulation* (93). En tout cas, le principe selon lequel on refuse d'accorder le *specific performance* tient à ce que les dommages-intérêts sont considérés comme adéquats pour protéger la victime. Nous avons déjà souligné que ce n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une telle inexécution par le concédant. Les juges anglais hésitent encore à accorder l'exécution forcée positive dans les contrats de longue durée, parce qu'il est souvent difficile d'établir précisément les prestations dues ; mais ce problème ne se présente pas avec les obligations de ne pas faire. Aussi a-t-on pu forcer par *injunction* un fabricant de s'abstenir de résilier un contrat de distribution pendant l'année prévue par la clause de préavis, alors que le distributeur éprouvait des difficultés pour démontrer l'existence de pertes (94). On pourrait probablement procéder de la même façon si le concédant ne pouvait pas payer les dommages-intérêts (95). De plus, le concédant pourrait obtenir un *injunction* pour éviter l'inexécution par le distributeur de son obligation d'exclusivité d'achat, par exemple.

Éviter qu'une partie agisse d'une manière incompatible avec les termes du contrat, c'est une chose ; le forcer à exécuter ses obligations, en est une autre. J'ai avancé que les juges hésitent à ordonner le *specific performance* dans les contrats de longue durée. Il semble que cette proposition soit aujourd'hui discutable. Récemment la Cour d'appel a ordonné l'exécution d'une obligation de maintenir un grand magasin dans un centre commercial (96). On peut envisager l'équivalent pour un contrat de distribution.

En tout cas, le droit anglais permet à une partie d'employer d'autres moyens de pression pour obtenir de l'autre partie l'exécution exacte de ses engagements. On peut utiliser des clauses draconiennes permettant la résiliation du contrat même pour une inexécution très mineure – il faut se souvenir qu'en droit anglais, la résolution ou la résiliation du contrat s'effectue sur simple avis à la partie défaillante ; une action en justice n'est pas nécessaire. Dans l'affaire *Schuler AG v. Wickman* (97), une clause du contrat de distribution prévoyait que le distributeur devait rendre chaque semaine, sans faute, des visites à chacun de ses grands clients. Le fabricant prétendait qu'une deuxième clause lui donnait le droit de résilier le contrat, sans aucun préavis, pour une seule visite manquée. La Chambre des Lords a décidé à la majorité que les clauses particulières qui étaient rédigées de façon un peu imprécise, ne donnaient pas ce droit ; il fallait respecter une troisième clause exigeant un préavis pour tous les cas d'inexécution. Mais les juges ont admis, d'une part, que la volonté du fabricant d'imposer des règles très strictes au distributeur était tout à fait légitime ; et, d'autre part, que les fabricants pouvaient y parvenir en insérant des clauses de résiliation plus claires.

(93) V. H. Beale, *Remedies for Breach of Contract* (1980), p. 129.

(94) *Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd* [1971] 1 W.L.R. 361 (C.A.).

(95) *Soc. des Industries Métallurgiques S.A. v. Bronx Engineering Co. Ltd.* [1975] 1 Lloyd's Rep. 465 (C.A.).

(96) *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1996] 3 All E.R. 934 (C.A.).

(97) *Schuler AG v. Wickman Machine Tools Ltd* [1974] A.C. 235 (H.L.).

Il faut noter aussi que le droit anglais ne reconnaît ni le principe de la bonne foi dans la formation ou l'exécution du contrat, ni le principe de l'abus de droit. Certes, les tribunaux ont développé des règles particulières pour éviter qu'une partie puisse résilier le contrat sur la base d'une prétendue inexécution mineure de l'autre partie, quand le but de la première partie est en vérité d'échapper au contrat qui lui est devenu défavorable (98). Mais ces règles « équivalentes » au principe de la bonne foi sont plus faibles. Elles reposent sur l'interprétation des termes du contrat ; si les clauses sont assez claires, la victime d'une inexécution mineure peut résilier le contrat, et réclamer des dommages-intérêts si elle subit des pertes, quel qu'en soit le motif (99).

\*  
\* \*

L'expérience montre que les cas d'inexécution du contrat de distribution sont importants ; mais ils ne représentent qu'un aspect des conflits qui peuvent s'élever entre les parties. Un aspect plus contentieux et plus difficile pour le droit des contrats est celui de l'exercice par une partie d'un certain pouvoir sur l'autre partie pendant la durée du contrat. Par exemple, lorsque le concédant veut modifier le territoire contractuel, ou forcer le concessionnaire à vendre un nombre beaucoup plus élevé de biens. Certes, en vertu des clauses explicites du contrat, le concessionnaire peut se trouver dans l'obligation d'accepter, de temps en temps, des changements ; mais si le concédant utilise cette faculté d'une façon que le concessionnaire ne pouvait raisonnablement prévoir – à l'image d'un doublement, sans préavis, du nombre des véhicules que le concessionnaire doit acheter chaque année –, le concessionnaire a-t-il le moyen de s'y opposer en justice ? De même, dans l'hypothèse où le contrat n'autorise pas le concédant à faire de tels changements, mais indique que, si le concessionnaire n'accepte pas la modification proposée, le concédant sera en mesure de résilier le contrat.

Dans ce domaine, l'intervention des juges anglais est plus limitée. J'ai déjà dit que les parties doivent exprimer en détail dans le contrat toutes leurs obligations. Il est bien évident que les fabricants, dans leurs conditions générales de vente, prennent le soin de le faire. La liste des obligations pesant sur les concessionnaires automobiles pourrait laisser à penser que « Tout ce qui n'est pas interdit est obligatoire ». L'attitude du droit anglais est la même à l'égard du concessionnaire. S'il veut être protégé contre l'application rigoureuse des clauses rédigées par le concédant, il doit poser des limites, car la Cour ne va pas sauver le concessionnaire en découvrant des limites implicites aux pouvoirs du concédant.

Un exemple est fourni par le problème du comportement discriminatoire du concédant. Dans l'affaire *Shell v. Lostock Garages*, le pompiste ne pouvait vendre que des produits Shell. Il y avait une très forte concurrence locale sur les prix, et Shell a accordé des rabais pour aider deux autres pompistes du voisinage – mais pas Lostock. Ce dernier a soutenu que Shell avait une obligation implicite de ne pas opérer de discrimination entre ses pompistes. Lorsqu'un contrat ne peut pas fonctionner sans que soit reconnue une obligation implicite non mentionnée dans le contrat écrit, le juge anglais déduit du contrat la clause nécessaire ; mais si une obligation implicite n'est pas strictement nécessaire, il s'y refuse, sauf quand la même clause doit être sous-entendue dans tous les contrats du même type, autrement dit, sauf si l'obligation implicite est une des obligations légales qui s'attachent à un type de contrats dont l'accord en question n'est qu'un exemple. La Cour d'appel a décidé qu'elle ne pouvait pas établir une

(98) *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd*. [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.).

(99) V. aussi *Lombard North Central plc. v. Butterworth* [1987] Q.B. 527 (C.A.).

obligation implicite de non-discrimination. À l'époque, le contrat ne relevait pas d'un genre connu ; et l'obligation n'était pas nécessaire au fonctionnement du contrat.

Les juges anglais règlent d'une certaine manière la formation des contrats même entre professionnels. Donc, si les clauses du contrat sont modifiées par un accord entre les parties, les juges peuvent protéger l'une des parties contre un abus dans le processus de renégociation commis par l'autre partie. Il existe une vieille doctrine qui dit que, si une partie, consciente de l'ignorance ou de la pauvreté de l'autre acquiert un avantage en obtenant un contrat manifestement injuste, la partie faible peut en demander l'annulation pour raison d'*unconscionability*. Un pompiste a essayé d'utiliser cette doctrine contre la société Total. La Cour a décidé que, en fait, le contrat était juste. Ce faisant, on n'a pas nié totalement la possibilité qu'un distributeur puisse utiliser la doctrine – mais seulement, semble-t-il, dans des circonstances extrêmes. Cependant, lorsqu'une partie exerce les pouvoirs prévus dans les clauses du contrat de façon injuste, les juges n'ont pas la possibilité de les contrôler. Au mieux, ils peuvent interpréter les clauses de façon étroite afin d'exclure l'exercice des pouvoirs au motif qu'ils sont tout à fait contraires au but du contrat (100) – technique qui repose encore sur le sens clair des clauses du contrat, non sur leur substance.

\*  
\* \*

Il est bien possible que, dans les premières années du siècle prochain, le droit anglais reconnaisse le principe de la bonne foi. Les juges ont déjà admis que nous avons beaucoup de règles qui remplissent la même fonction (101). Il y a des auteurs qui se demandent si l'introduction de la notion de bonne foi dans les contrats de consommation soumis à la directive sur les clauses abusives conduira à une acceptation générale du principe. Peut-être. Les droits américains l'ont accueilli. Mais aux États-Unis, les juges sont peu enthousiastes pour relever l'absence de bonne foi dans le comportement post-contractuel des concédants. Ils tendent à considérer que, si le concédant a des raisons commerciales pour exiger des changements, il agit de bonne foi, nonobstant les effets rigoureux pour le concessionnaire ou le distributeur (102).

Il n'est donc pas surprenant que les interventions des juges anglais dans l'exécution des contrats de distribution soient assez rares. Mais la faiblesse du contentieux n'explique pas tout. La jurisprudence reflète les arguments avancés par les avocats, comme elle reflète aussi les réclamations des distributeurs déçus. En France, on constate que les concessionnaires ont souvent essayé de s'attaquer au concédant, par exemple sur la base de l'abus de droit. Ils y sont rarement parvenus mais ils ont au moins essayé. Pourquoi pas en Angleterre ?

Je finirai en vous rappelant deux caractéristiques du droit anglais du contrat. La première repose sur des faits institutionnels : les litiges sont très coûteux et nous avons un faible nombre de juges. Cela explique et la répugnance des distributeurs déçus à agir, et celle des juges à

(100) Ainsi dans un contrat de construction qui permet au maître de l'ouvrage de décider de la suppression de quelques éléments de l'ouvrage, il ne peut le faire pour confier l'exécution des mêmes éléments à un autre contractant pour un prix moins élevé : *Carr v. J.A. Berriman Pty Ltd.* (1953) 89 C.L.R. 327 (Aust. H.C.)

(101) *V. Bingham L.J. in Interfoto Picture Library Ltd. v. Stilleto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433 (C.A.).

(102) *V. G. Hadden, Problematic Relations : Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, (1990) 42 Stanford L.R. 927 ; H. Beale, L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats, *Mélanges en l'honneur d'Alain Sayag*, à paraître.

instaurer des contrôles étendus dans le droit des contrats. Le droit anglais a une préférence très marquée pour des règles claires, parce qu'on a peur que des appréciations larges donnent lieu à des incertitudes quant à l'application de la loi, qui, à leur tour, augmenteraient le nombre des litiges. C'est aux dépens de la justice dans les cas individuels.

La deuxième est plus spéculative. Mais on peut suggérer que le droit français a une conception du rôle du droit des contrats différente de celle du droit anglais. Les règles du droit français des contrats – par exemple, le principe de bonne foi, le caractère judiciaire de la résolution d'un contrat et le délai de grâce – paraissent être les symptômes d'une conception française qui veut que le comportement des parties et l'exécution des contrats concernent l'État beaucoup plus qu'en droit anglais. Pour sa part, celui-ci permet aux victimes de résilier le contrat sans préavis ; il n'impose pas l'exécution du contrat, sauf si l'octroi de dommages-intérêts est inadéquat, et ne connaît pas encore le principe de la bonne foi. Ce sont des différences importantes. Si l'on veut créer une vraie culture européenne, on ne doit pas les cacher. Il faut les relever, les discuter, pour trouver une solution \*.

## SYNTHÈSE COMPARATIVE

**M. Denis TALLON,**

*Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), ancien Directeur de l'Institut de droit comparé*

Ce regard sur le contrat de distribution à l'étranger est le prolongement de la recherche conjointe du CREDA et de l'Institut de droit comparé. Elle m'a permis de poursuivre une collaboration avec Alain Sayag, dont il est impossible de ne pas évoquer ici la mémoire. Les contributions à ces journées peuvent donc être utilement complétées par la lecture des deux volumes publiés par le CREDA et intitulés « Le contrat-cadre » (103).

Il m'est demandé une synthèse comparative des rapports présentés sur le contrat de distribution en Allemagne, en Italie et en Grande-Bretagne. La tâche est aisée du fait de la qualité de ces rapports. Mais elle est aussi difficile en raison de la diversité des systèmes étudiés. Et l'on peut se demander s'il est possible de faire une synthèse avec des éléments aussi disparates (1.) et si l'on peut tirer profit d'une telle synthèse (2.).

### I. – Une synthèse ?

La distribution relève-t-elle d'une construction juridique unique ou similaire dans les droits étudiés ? On ne peut que constater leur diversité (A) et donc la fragilité de la synthèse (B).

#### **A) La diversité des qualifications**

Certes, il y a au départ une opération économique semblable, soit un rapport de longue durée entre un fabricant et un distributeur qui se réalise par une série d'opérations ponctuelles d'application. Mais l'habillage juridique de la situation est très différent selon les pays. On

\* Je veux remercier ici le professeur Denis Tallon, qui a bien voulu corriger mon français.

(103) *Le contrat-cadre : 1. Exploration comparative, 2. La distribution* (sous la direction d'Alain Sayag), Litec, 1995.

discerne deux modèles, selon que l'opération est analysée comme une opération juridique double ou bien comme une opération juridique unique. Le premier modèle repose sur la technique du contrat-cadre. Il y a un contrat de base et des contrats d'application. L'analyse a été consacrée en Allemagne ; en Italie – et en France –, elle commence à être reconnue, alors qu'elle est ignorée en Angleterre (104). Encore faut-il nuancer : il y a des théories voisines, par exemple celle du contrat normatif en Italie. Et puis la théorie n'est pas unanimement consacrée ou reconnue ; un certain flou résulte de la division de la doctrine. Dans le second modèle, l'opération juridique est unique lorsqu'il y a un seul contrat. Ce peut être le contrat de base : ce sera le contrat de fourniture à exécution échelonnée, qui se concrétise par des commandes successives. Il est parfois difficile de le distinguer du contrat-cadre – comme, par exemple, le contrat de « *sommistrazione* » des articles 1559 à 1570 du Code civil italien. Au contraire, en droit anglais il n'y a que des contrats d'application, car le contrat de base est nul faute de « *consideration* » – tout au moins en règle générale.

### **B) Les difficultés de la synthèse**

La première réaction est le renoncement : le contrat de distribution n'entre dans aucune catégorie juridique connue. Il est « *sui generis* ». Mais cela ne fait que repousser la difficulté, car il faudra bien à un moment ou à un autre trouver des règles complémentaires pour combler les lacunes du contrat. On peut aussi reconnaître qu'il y a deux concepts antagonistes : contrat-cadre d'un côté, et la conception du système anglais de l'autre. Mais, c'est renoncer à une synthèse car les concepts sont inconciliables. Il faut se contenter de bien cerner les différences pour agir en conséquence. On a noté que la notion de contrat-cadre est une catégorie juridique en voie d'émergence, plus ou moins reconnue dans un grand nombre de droits. Il faut pousser l'analyse doctrinale pour effacer les incertitudes. Et peut-être même séduire les gens de la *common law*, au fur et à mesure que se forgera cette culture juridique européenne prônée par Hugh Beale.

## **II. – Une comparaison ?**

Le résultat de la comparaison est décevant. Que peut-on attendre de la comparaison en présence de droits si peu cohérents ? Le premier travail est de bien cerner les différences, sans les exagérer ni les minimiser, qu'elles soient théoriques ou pratiques. Il importe de les accepter telles qu'elles sont, en constatant que cela fonctionne ainsi dans le pays concerné. Le droit comparé donne comme toujours une leçon de modestie. Bien plus, il faut ensuite rechercher ce qu'on peut tirer du système étranger. Certes, étant donné la situation, on ne peut attendre beaucoup. De toute façon, il n'y a pas de solution toute faite. Ainsi, il n'est pas sûr que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française ait adopté la meilleure façon de motiver le revirement sur la détermination du prix. La solution nouvelle est suggérée par le droit comparé. La motivation ne l'est pas. Il faudrait utiliser plus avant la comparaison, par exemple pour déterminer comment sera fixé le prix.

Il faut aussi envisager l'avenir, en préparant à long terme l'harmonisation des droits européens. Il existe déjà des éléments : le règlement n° 1475/95 du 28 juin 1995 sur la concession automobile, les *Principes européens* du droit du contrat (en cours d'élaboration), etc. Là encore, des difficultés sont à prévoir, notamment avec les Anglais. L'exemple des *Principes* montre qu'elles ne sont pas insurmontables.

(104) V. à ce sujet l'ouvrage précité sur le contrat-cadre.

Permettra-t-on à un vieux professeur de droit comparé de rappeler la finalité culturelle de ce droit. L'étude comparée du contrat de distribution automobile permettra peut-être de montrer qu'un rapprochement fonctionnel n'est pas impensable et que, à travers l'étude comparative d'un sujet déterminé, se forgera peut-être, modestement, un maillon de cette culture juridique souhaitée par beaucoup.

## DÉBAT

**M<sup>e</sup> Harro GURLAND**, *Avocat à la Cour de Paris et à la Cour de Cologne.* – Je souhaiterais, premièrement, apporter quelques précisions à l'excellente intervention du Professeur Habermeier : le contrat de distribution en droit allemand est considéré comme un contrat-cadre qui implique la conclusion de contrats d'application ; c'est un contrat d'organisation et de gestion, comme l'a si brillamment mentionné M<sup>me</sup> Frison-Roche ce matin, c'est-à-dire qu'il existe seulement en considération de ses contrats d'application ; il ne peut pas en être dissocié, mais seuls les contrats d'application sont soumis à la convention de Vienne. La détermination du prix joue un rôle de plus en plus important dans la jurisprudence parce que, s'il est encore admis que le distributeur peut changer unilatéralement le prix, la jurisprudence considère – évidemment à la lumière de la protection du consommateur – que cette modification doit répondre à trois principes : l'équité, la bonne foi et les bonnes mœurs commerciales.

Deuxièmement, en ce qui concerne les rigueurs de la loi sur le crédit octroyé au consommateur, le Professeur Habermeier a parfaitement raison d'en mentionner les rigueurs. Seulement cette loi ne trouve à s'appliquer que lorsque le distributeur n'a pas qualité de commerçant. Or, dans 90 % des cas, il est déjà commerçant au moment de la conclusion du contrat. Ceci est, dans une moindre mesure, également vrai en ce qui concerne cette fameuse loi de 1976 sur les conditions générales. Il est clair que, si vous n'êtes pas commerçant, la loi vous protège au même titre que le consommateur contre les conditions générales. Mais si vous avez déjà qualité de commerçant, la protection est sensiblement amoindrie. Et, de toute façon, elle ne trouve application que si le même contrat est utilisé entre trois et cinq fois et plus. En ce cas, le contrat est assimilé à l'utilisation de clauses pré-formulées et doit répondre aux conditions de validité de la loi.

Troisièmement, je souhaiterais attirer votre attention sur deux dangers que recèle le droit allemand en matière de distribution : d'une part vous ne pouvez pas exclure le versement de l'indemnité de clientèle à laquelle le concessionnaire a droit à la fin du contrat au même titre que le représentant de commerce, alors qu'en France seul le mandataire ou l'agent peut y prétendre ; et ce, même si vous avez contracté avec un étranger. La chose est finalement réglée à l'article 19 de la directive européenne du 18 décembre 1986. C'est de l'ordre public interne allemand, et il est de jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1977 que l'indemnité de clientèle trouve à s'appliquer au concessionnaire sous certaines conditions. D'autre part, il faut savoir que le droit de la concurrence impose la forme écrite du contrat. Si le contrat de distribution – le contrat-cadre – n'est pas écrit, il est nul et non avenu.

**M. VATIER.** – Merci, mon cher confrère, pour ces précisions. J'avais, M. le Professeur Tallon, une question à vous poser : finalement, quel système préférez-vous ?

**M. TALLON.** – Je crois que ce n'est pas le rôle du comparatiste de dire « un système est meilleur que l'autre », parce que la tendance humaine est de dire « c'est mon système qui est le



meilleur et les autres doivent s'aligner ». Et je crois que, si on fait un peu de droit comparé, on s'aperçoit que ce n'est pas vrai. Je vous dirai que le système anglais est le meilleur dans le contexte anglais étant donné l'organisation judiciaire, le droit général du contrat et ainsi de suite. Je ne crois pas que l'on puisse décerner des prix, des accessits. Je pense que cela se résoudra au plan européen, un jour ou l'autre. Et on trouvera donc, comme toujours, un système de compromis.

## LA DIMENSION COMMUNAUTAIRE : VERS UN RÉGIME COMMUN DU CONTRAT DE DISTRIBUTION ?

### LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE : DROIT DE LA CONCURRENCE OU DROIT DES CONTRATS ?

**M. Louis VOGEL**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

1.- Le règlement n° 1475/95 (105) a été conçu par ses rédacteurs comme une véritable charte de la distribution automobile : il ne se borne pas à définir le régime juridique d'un contrat déterminé – le contrat de distribution exclusive pratiqué dans le secteur automobile –, mais s'efforce d'établir le statut des différents intervenants du secteur, concédants, concessionnaires, équipementiers, réparateurs indépendants et consommateurs.

Le règlement automobile présente une indéniable spécificité : tous les autres règlements d'exemption intéressant la distribution – distribution exclusive, franchise, achat exclusif – sont multisectoriels et lorsqu'ils visent certains opérateurs particuliers – c'est le cas du règlement n° 1984/83 relatif à l'achat exclusif en ce qui concerne les contrats conclus avec les débitants de boissons et les stations-service (106) –, ils procèdent par voie d'adaptation des règles générales par l'intermédiaire de quelques dispositions spécifiques.

En réalité, le règlement n° 1475/95 va bien au-delà de ce que l'on entend habituellement par un règlement d'exemption. Selon les termes de l'article 85, § 3, un règlement d'exemption devrait se borner à déclarer inapplicables à certaines catégories d'accords, les dispositions de l'article 85, § 1<sup>er</sup>, prohibant les ententes : il ne devrait donc s'appliquer qu'à des clauses ou comportements anticoncurrentiels et définir les conditions de leur exemption. La Cour de justice tire les conséquences de cette définition lorsqu'elle déclare, à propos du règlement automobile, que ce dernier n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant la validité ou le contenu des contrats ou obligeant les parties à les adapter (107). Ce principe a été consacré par la Cour de cassation à différentes reprises (108).

(105) Règlement CE n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995, concernant l'application de l'article 85, § 3, du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, *JOCE L 145* du 28 juin 1995. V. L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, Dalloz, 1996.

(106) Règlement n° 1984/83 de la Commission du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, § 3, du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, *JOCE L 173* du 30 juin 1983.

(107) CJCE, 18 déc. 1986, aff. 10/86, *VAG c/ Magne*, Rec. 4071.

(108) Cass. com. 9 mai 1990, *Soc. Poch c/ Soc. Palais de l'Auto*, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; D. 1990. 509, note P. Jourdain ; *JCP 1990 IV*. 256 ; *JCP éd. E 1990. I*. 20101 ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup>-2 août 1990, p. 20 ; *Gaz. Pal.* 5-6 oct. 1990, Pan. 150 ; *Juris-Data*, n° 001413 ; 16 avr. 1991, *Sidat Toyota France c/ Garage Jack Thomas*, *Bull. civ. IV*, n° 149 ; 27 nov. 1991, *Renault c/ Euro-Garage* ; *Act. com.* fév. 1992, p. 11 ; *adde*, trois autres arrêts du même jour ; *Act. com.* fév. 1992, p. 12 ; 10 déc. 1991, *SA Richard c/ Daret Automobiles* ; *Juris-Data*, n° 003942 ; *Act. com.*, fév 1992, p. 17.

2.- Il est évident que, si les principes posés par le juge avaient été véritablement respectés, on ne pourrait pas dire du règlement qu'il constitue la charte de la distribution automobile. Mais la réalité est souvent éloignée de la théorie : non seulement le règlement comporte un très grand nombre de clauses intéressant le droit des contrats (durée, résiliation notamment) et sans rapport avec la concurrence, mais aussi, l'incitation est très forte de reproduire purement et simplement ces dispositions lors de la rédaction des contrats dans la mesure où toute déviation par rapport à ces clauses exemptées crée un risque de refus d'exemption – et donc de nullité du contrat et d'amende. Sous des airs de grand libéralisme, le règlement est en réalité extrêmement coercitif, les entreprises, réalistes, préférant ne pas courir le risque d'une annulation de leur contrat. Peu ou prou, le règlement se transforme ainsi en contrat-type – contrairement aux déclarations de la Cour de justice : dans la réalité, tous les contrats de distribution automobile adoptent les dispositions du règlement. Ce phénomène a encore été renforcé depuis l'entrée en vigueur du nouveau règlement automobile avec l'adoption du principe allemand du « Tout ou rien » – *Alles oder Nichts Prinzip* : toute clause restrictive de concurrence s'ajoutant aux clauses exemptées fait perdre le bénéfice de l'exemption pour l'ensemble de l'accord, y compris les clauses exemptées. La moindre déviation par rapport au texte du règlement produit donc des conséquences extrêmement graves.

C'est bien parce que le règlement automobile est beaucoup plus qu'un règlement d'exemption que son adoption et son renouvellement (109) ont suscité tant de difficultés. L'un des objectifs essentiels de ses rédacteurs a été de lutter contre la dépendance des distributeurs, et d'établir un certain équilibre de la relation contractuelle. Le multimarquisme, la stabilité des relations contractuelles, la détermination des objectifs de vente, des stocks et des véhicules de démonstration d'un commun accord ou, à défaut, par un tiers expert, s'inscrivent dans cette tendance. Au-delà des parties à l'accord, la recherche de l'équilibre va jusqu'à définir la situation juridique de tiers : le règlement veille à ce que les équipementiers soient assurés de débouchés et puissent apposer leurs marques et que les réparateurs indépendants aient accès aux informations techniques des constructeurs. Le sort de l'exemption dépend ainsi du traitement réservé par l'une des parties à des tiers au contrat, ce qui peut sembler paradoxal.

3.- Le règlement n° 1475/95 est indéniablement et surtout un instrument de droit des contrats. En effet, lorsqu'on analyse le contentieux français auquel il a donné lieu, on constate que le droit de la concurrence sert le plus souvent d'alibi au droit civil. Trois courants jurisprudentiels se sont succédé :

– Entre 1985 et 1991, les décisions concernaient avant tout la durée des contrats, certains concessionnaires évincés se fondant sur le règlement n° 123/85 pour demander la prorogation de leur contrat à durée déterminée de un an à quatre ans – quatre ans représentant la durée exemptée dans le règlement automobile (110).

– Une autre série de contentieux a pris la relève : il s'agit de la contestation des clauses d'objectifs ; les contrats de concession comportent généralement des clauses fixant les

(109) Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1996, le règlement n° 1475/95 s'applique à l'ensemble des contrats relevant de son champ d'application. Il prend la suite du règlement n° 123/85 du 12 décembre 1984 (*JOCE L 15* du 18 janv. 1985) venu à expiration le 30 juin 1995, mais dont les dispositions ont été provisoirement maintenues en vigueur jusqu'au 30 septembre 1995 pour l'ensemble des contrats, et pendant une période intérimaire d'une année supplémentaire pour les contrats en cours au 1<sup>er</sup> octobre 1995.

(110) Il n'y a pas moins de sept arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation sur ce sujet (la Cour de cassation a d'ailleurs refusé ces demandes) ; v. les décisions citées *supra*, note n° 65.

objectifs à atteindre par le concessionnaire et sanctionnant la non-réalisation d'une proportion de l'objectif par la résiliation ; la Cour de cassation s'est prononcée à cinq reprises depuis 1993 et a considéré que ces clauses sont valables, dès lors que les objectifs sont fixés de façon non discriminatoire (111).

– Enfin, le règlement a été fréquemment invoqué devant les juges du fond pour obtenir la nullité du contrat, l'une des parties arguant de la non-conformité de certaines clauses après que l'autre ait procédé à la résiliation dans le but d'obtenir soit des restitutions, soit une poursuite des livraisons.

Les contentieux auxquels a donné lieu le règlement en France sont nés de différends entre les parties et n'ont pratiquement jamais été initiés par les victimes d'une prétendue entente. Quant aux très récents arrêts rendus par la Cour de cassation à propos des revendeurs hors réseau et des mandataires (112), ils sont le résultat d'actions intentées par des concessionnaires contre des tiers au réseau. Même si, au niveau communautaire, des décisions purement concurrentielles ont été prises (113) et s'il existe une pratique informelle de la Commission dans ce domaine, la part la plus importante du contentieux concerne le droit contractuel. Si le règlement n° 1475/95 apparaît donc en théorie comme un texte de droit de la concurrence, il est en pratique surtout un texte de droit des contrats.

## I. – Le règlement n° 1475/95 est en théorie un texte de droit de la concurrence

4.- Les formes de la concurrence sont diverses. À cet égard, on oppose traditionnellement en Europe la concurrence par la qualité et la concurrence par les prix. En apparence, le règlement est un instrument de concurrence par la qualité – ce qui justifie l'exemption. Mais, dans la réalité, il fait prévaloir la concurrence par les prix, parce qu'il est d'abord un instrument de liberté de circulation des marchandises. L'objectif essentiel de la Commission est de réduire le différentiel de prix entre États membres en réalisant un alignement des prix des véhicules par le bas.

### A) L'apparence

5.- Dans sa forme, le règlement n° 1475/95 est un règlement d'exemption par catégorie pris sur le fondement du règlement n° 19/65 (114), lui-même adopté en vertu de l'article 85, § 3, du

(111) Cass. com. 9 nov. 1993, *Rover France c/ SARL Blandan*, *Bull. civ. IV*, n° 386 ; *Contrats Conc. Consom.* 1993, n° 216, obs. L. Vogel ; *JCP* 1994. IV. 64 ; *JCP* 1994. II. 3757, obs. G. Virassamy ; *Gaz. Pal.* 15-16 avr. 1994, *Pan.*, p. 69 et 24-26 juil. 1994, p. 11, obs. J. Ristaino ; 7 déc. 1993, *DAS c/ Alfa Roméo*, *Bull. civ. IV*, n° 450 ; *Contrats Conc. Consom.* 1994, n° 29, obs. L. Vogel ; *D.* 1994. IR. 27 ; *Gaz. Pal.* 3-5 juil. 1994, *Pan.*, p. 133 et 24-26 juil. 1994, p. 12, obs. J. Ristaino ; *JCP* 1994. IV. 403 ; *JCP éd. E* 1994. *Pan.* 69 ; *Juris-Data*, n° 002440 ; 1<sup>er</sup> fév. 1994, *Ets Herbaut c/ Soc. Fiatgeotech France* ; *Contrats Conc. Consom.* 1994, n° 103, obs. L. Vogel ; *Gaz. Pal.* 1994. 2. 515, obs. J. Ristaino ; 7 fév. 1995, *Fiatgeotech c/ Ets Andelfinger*, *Bull. civ. IV*, n° 35 ; *JCP éd. E* 1995. *Pan.* 131 ; *JCP* 1995. IV. 849 ; *RJDA* 1995, n° 707, p. 566 ; *Juris-Data*, n° 000177 ; 21 mai 1996, *Ets Claude Gayraud et SCI de la Barrabie c/ New Holland France* ; *Contrats Conc. Consom.* 1996, n° 128, obs. L. Vogel.

(112) Cass. com. 9 juil. 1996, *SPEA c/ Sté Georges Gauvin et autres*, *JCP éd. E* 1996, *Pan.* 872 ; *D.* 1996. IR. 212 ; *P.A.* 8 oct. 1996, p. 5 et 15 oct. 1996, *Sté Espace Diffusion et Sté Garage Chabas*, *D. Aff.* 1997. 24.

(113) V. par ex. CJCE 24 oct. 1995, *BMW c/ ALD Auto-Leasing D GmbH*, aff. C-70/93, *Rec. I.* 3459 ; *Contrats Conc. Consom.* 1995, n° 207, obs. L. Vogel ; *Bundeskartellamt c/ Volkswagen*, aff. C-266/93, *Rec. I.* 3508.

(114) Règlement n° 19/65 visant à autoriser la Commission à prendre des règlements pour déclarer l'inapplicabilité de l'article 85, § 1<sup>er</sup>, à certaines catégories d'accords auxquels ne participent que deux entreprises, *JOCE* n° 36 du 6 mars 1965.

traité. D'emblée, on constate qu'il s'agit toutefois d'un texte particulier puisqu'il octroie une exemption, c'est-à-dire une dérogation aux interdictions de l'article 85, § 1<sup>er</sup>. Bref, c'est un texte de droit de la concurrence qui légitime, sous certaines conditions, des restrictions à la concurrence.

6.- Quelles sont les restrictions à la concurrence admises ? La plus essentielle définit en même temps le champ d'application du règlement. Selon l'article 1<sup>er</sup>, « l'article 85, paragraphe 1 [du traité], est déclaré inapplicable, dans les conditions fixées au présent règlement, aux accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels une partie à l'accord s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer, à l'intérieur d'une partie définie du marché commun, que à celle-ci ou que à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution ». Est ainsi exempté l'engagement de distribution exclusive – par définition anticoncurrentiel – qu'un fournisseur peut prendre à l'égard d'un ou plusieurs distributeurs sur un territoire déterminé. L'exclusivité territoriale du distributeur s'accompagne souvent – mais ce n'est pas obligatoire – d'une restriction de concurrence supplémentaire, destinée à protéger le distributeur exclusif : le fournisseur peut s'engager – en pratique, il ne le fera que partiellement – à ne pas livrer directement les utilisateurs finals dans le territoire du distributeur.

En contrepartie de cette exclusivité territoriale consentie par le fournisseur au distributeur, il était d'usage que le distributeur s'engage à ne représenter que la marque qui lui a consenti l'exclusivité. Exclusivité territoriale et exclusivité de marque constituaient donc traditionnellement les deux piliers du système d'exemption dans le domaine automobile.

7.- Pourquoi tolérer de telles restrictions de concurrence ? Le droit de la concurrence agit rarement au premier degré, mais au deuxième, voire au troisième degré. Des restrictions à la concurrence intra-marque peuvent être admises lorsqu'elles ont pour effet d'accroître la concurrence inter-marques, et, au-delà, de contribuer à l'efficacité globale du système économique. En d'autres termes, la concurrence n'est pas une fin en soi mais peut être sacrifiée tant que le bilan concurrentiel demeure positif ou lorsque la restriction de concurrence constitue le moyen d'accroître le surplus global dont bénéficie le consommateur (115).

8.- Pour que le bilan concurrentiel demeure globalement positif, les rédacteurs du règlement ont pris certaines précautions en posant des limites aux restrictions de concurrence admises. À cet égard, le règlement n° 1475/95 va beaucoup plus loin que l'ancien règlement n° 123/85. La consécration de la faculté de multimarquisme constitue la principale nouveauté du règlement. L'article 3, point 3, permet concrètement à tout distributeur de vendre des véhicules neufs d'autres marques, à condition de le faire dans des locaux de vente séparés, soumis à une gestion distincte, sous forme d'entité juridique distincte, et sans créer de confusion de marques.

(115) Ceci ressort très nettement des motifs de l'ancien règlement n° 123/85 : « La clause de non-concurrence et l'exclusivité de marque limitée à certaines exploitations commerciales peuvent être exemptées en principe étant donné qu'elles contribuent à ce que les entreprises du réseau de distribution se concentrent sur les produits livrés par le constructeur ou avec son accord et assurent ainsi une distribution et un service de vente et d'après-vente adaptés aux caractéristiques du véhicule (article 3, point 3). Ces obligations renforcent les efforts faits par le distributeur pour la vente et le service de vente et d'après-vente des produits contractuels et favorisent ainsi également la concurrence entre ces produits et avec les produits concurrents ».

Quant à la démonstration de justifications objectives qui était susceptible de faire échapper le distributeur à l'exclusivité de marque sous l'empire du règlement antérieur (116), elle lui permet aujourd'hui de se soustraire aux conditions limitant le multimarquisme (117).

Les importations parallèles entre territoires ont toujours été encouragées et la protection territoriale absolue, consistant à interdire aux distributeurs de livrer des produits en dehors de leur territoire, demeure plus que jamais prohibée. Le règlement n° 1475/95 va encore plus loin puisqu'il invite les distributeurs à prospector la clientèle en dehors de leur territoire. Le principe de l'exclusivité territoriale justifiait traditionnellement la prohibition de toute concurrence active hors territoire ; seule la concurrence passive – la vente à des clients hors territoire mais n'ayant pas fait l'objet d'un démarchage – était admise (118). Aujourd'hui, l'exclusivité territoriale est battue en brèche puisque la publicité hors territoire n'est plus interdite en tant que telle, mais uniquement si elle emprunte la voie d'une publicité personnalisée – comme un mailing, par ex. (119). *A contrario*, toutes les formes de publicité hors territoire sont possibles aussi longtemps qu'elles demeurent non personnalisées – affichage, presse, radio, télévision. Enfin, le règlement n° 1475/95 consacre entièrement la liberté de fixation des prix par le distributeur (120) – ce que ne faisait pas le règlement n° 123/85 qui se bornait à interdire les prix minimums et les remises maximums (121).

Le règlement n° 1475/95 a donc voulu faire plus de concurrence. Mais dans le cadre du traité de Rome, la concurrence n'est qu'un objectif parmi d'autres de la construction communautaire. En réalité, la libre concurrence est au service de la libre circulation des

(116) L'article 5, § 2, point 1 a), du règlement n° 123/85 disposait que « lorsque le distributeur a assumé des obligations visées à l'article 5, paragraphe 1, pour améliorer la structure de la distribution et du service de vente et d'après-vente, l'exemption de l'article 3, points 3 et 5, s'applique aux engagements de ne pas vendre de véhicules automobiles neufs autres que ceux de la gamme visée par l'accord, ou de ne pas en faire l'objet d'un accord de distribution et de service de vente et d'après-vente, à condition [...] que les parties [...] conviennent que le fournisseur consente à libérer le distributeur des obligations visées à l'article 5 points 3 et 5 si le distributeur démontre l'existence de justifications objectives ».

(117) L'article 5, § 2, point 1, du règlement n° 1475/95 prévoit désormais que « lorsque le distributeur a assumé des obligations visées à l'article 4, paragraphe 1, pour améliorer la structure de la distribution et du service de vente et d'après-vente, l'exemption s'applique à condition que [...] le fournisseur consente à libérer le distributeur des obligations visées à l'article 3, point 3, si le distributeur démontre l'existence de justifications objectives ».

(118) Article 3, point 8, du règlement n° 123/85 : « L'exemption accordée au titre de l'article 85 du traité CEE s'applique également lorsque l'engagement décrit à l'article 1<sup>er</sup> est lié à l'engagement du distributeur [...] de ne pas, en dehors du territoire convenu : a) entretenir des succursales ou dépôts pour la distribution de produits contractuels et de produits correspondants ; b) prospector la clientèle pour des produits contractuels et des produits correspondants ».

(119) Article 3 du règlement n° 1475/95 : « L'exemption s'applique également lorsque l'engagement décrit à l'article 1<sup>er</sup> est lié à l'engagement du distributeur [...] de ne pas, en dehors du territoire convenu : a) entretenir des succursales ou dépôts pour la distribution de produits contractuels et de produits correspondants ; b) prospector la clientèle, pour des produits contractuels et des produits correspondants, par une publicité personnalisée ».

(120) Article 6, § 1<sup>er</sup>, point 6, du règlement n° 1475/95 : « L'exemption ne s'applique pas dès lors [...] que le constructeur, le fournisseur ou une autre entreprise du réseau restreint directement ou indirectement la liberté du distributeur de déterminer les prix et remises lors de la revente des produits contractuels ou des produits correspondants ».

(121) Article 6, § 1<sup>er</sup>, point 2, du règlement n° 123/85 : « Les articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 et l'article 4, paragraphe 2, ne s'appliquent pas dès lors [...] 2) que le constructeur, le fournisseur ou une autre entreprise du réseau de distribution oblige le distributeur à ne pas sous-coter certains prix ou à ne pas dépasser certains taux de remise lors de la revente de produits contractuels ou de produits correspondants ».



marchandises qui doit conduire à la réalisation du grand marché (122). Le règlement n° 1475/95 s'inscrit dans cette hiérarchie : il est avant tout un instrument de liberté de circulation.

## **B) La réalité**

9.- Dans la réalité, l'objectif de libre concurrence est mis au service de la libre circulation, et parfois même, sacrifié à elle. En termes purement concurrentiels, la concurrence par les prix devient la finalité essentielle, au détriment de la concurrence par la qualité.

10.- L'objectif de libre circulation se reflète d'abord dans l'importance attachée à la garantie européenne. Tous les distributeurs du réseau ont pour obligation d'assurer la garantie à tout véhicule de la marque dès lors que celui-ci a été vendu par une autre entreprise du réseau dans le Marché commun (123). Il apparaît également dans l'obligation de disponibilité, c'est-à-dire la faculté pour l'utilisateur final de se procurer dans chaque État membre un modèle de voiture correspondant à ceux offerts dans le pays de destination (124). En pratique, l'Anglais doit pouvoir acheter en Allemagne une voiture équipée d'une conduite à droite. Dans ces hypothèses, la lutte contre le cloisonnement des marchés ne contredit pas la libre concurrence. En favorisant la libre circulation des marchandises, le règlement limite la portée de l'exclusivité et accroît la concurrence intra-marque.

11.- Il n'en va pas de même dans le cas des mandataires dont la reconnaissance manifeste le sacrifice de l'objectif de libre concurrence – tel qu'entendu classiquement – à celui de la libre circulation. Le règlement n° 123/85 a donné naissance à la profession de mandataire automobile, qui s'est considérablement développée, au point que certains pays ont éprouvé le besoin de la réglementer (125). Le règlement n° 1475/95 a repris les dispositions du texte précédent concernant les mandataires. Il permet d'imposer aux concessionnaires de refuser de vendre des véhicules à des revendeurs non-membres du réseau, mais interdit d'opposer un tel refus aux mandataires, c'est-à-dire aux intermédiaires agissant au nom d'utilisateurs finals (126).

(122) L'article 3, g), du traité dispose qu'« aux fins énoncées à l'article 2 [qui prévoit l'établissement d'un marché commun], l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : [...] g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ».

(123) Article 5, § 1<sup>er</sup>, point 1, du règlement n° 1475/95 : « Dans tous les cas, l'exemption n'est acquise qu'à la condition [...] que le distributeur s'engage : a) à assurer aux véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou correspondants à celle-ci, et qui ont été vendus par une autre entreprise du réseau de distribution dans le marché commun : la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel correspondant à l'engagement qu'il doit remplir conformément à l'article 4, paragraphe 1, point 6, la réparation et l'entretien conformément à l'article 4, paragraphe 1, point 1 e) ; b) à imposer aux entreprises exerçant leur activité à l'intérieur du territoire convenu, avec lesquelles il a conclu des accords de distribution et de service visés à l'article 3 point 6, l'obligation d'assurer la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel, au moins dans la mesure qui lui est imposée ».

(124) Article 5, § 1<sup>er</sup>, point 2 d), du règlement n° 1475/95 : « Dans tous les cas, l'exemption n'est acquise qu'à condition [...] que le fournisseur [...] livre au distributeur, pour l'exécution d'un contrat de vente que le distributeur a conclu avec un utilisateur final, une voiture particulière correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord, lorsqu'elle est offerte par le constructeur ou avec son consentement dans l'État membre où le véhicule doit être immatriculé ».

(125) C'est le cas en France où il existe déjà un arrêté réglementant la publicité sur les prix et la rémunération des mandataires dans les lieux de vente (A. du 28 oct. 1996, JO 28 nov. 1996, p. 1729 ; D. 1997. 9 ; BRDA 96/23, p. 12) et où une proposition de loi les concernant a été déposée.

(126) Article 3, point 11, du règlement n° 1475/95 : « L'exemption s'applique également lorsque l'engagement décrit à l'article 1<sup>er</sup> est lié à l'engagement du distributeur [...] de ne vendre les véhicules automobiles de la gamme visée par

Cette disposition est véritablement l'expression de l'objectif de liberté de circulation ou de concurrence par les prix. Grâce aux mandataires, tout consommateur final du Marché commun doit pouvoir acheter dans n'importe quel autre État membre – où les véhicules neufs sont moins chers – un véhicule de son choix. Dans l'esprit des rédacteurs du règlement, le phénomène devrait entraîner un rapprochement des prix et, par là même, contribuer à l'édification du Marché unique.

Le champ d'activité des mandataires a été étendu par l'interprétation de la Commission et du juge communautaire. À l'origine, la Commission avait adopté une définition très stricte du mandataire : elle excluait de cette qualification les tiers exerçant une « activité équivalente à la revente » (127). Dans l'affaire Peugeot/Eco-System qui a notamment conduit à l'arrêt du Tribunal de première instance du 22 avril 1993 (128), la Commission est revenue sur cette communication dans les termes suivants : « À supposer même qu'il faille considérer que la communication va au-delà du texte du règlement en ce sens qu'un intermédiaire dûment mandaté pourrait se voir interdire de livraison, ladite communication ne pourrait en tout état de cause prévaloir sur les dispositions du règlement [...] ». Plus précisément, le juge communautaire a eu tendance à considérer qu'un ensemble d'activités complémentaires ne faisait pas obstacle à la qualité de mandataire. Ainsi, l'octroi d'un crédit par le mandataire, la prise en charge du risque d'entrepôt, la multiplicité des mandats donnés au même mandataire, ont été considérés comme parfaitement conciliables avec la qualité de mandataire. De même, la seconde communication de la Commission sur la clarification de l'activité des intermédiaires en automobile (129) comprend une énumération d'activités complémentaires ne faisant pas obstacle au statut de mandataire : exposition dans les locaux d'une grande surface dans un espace distinct, prise en charge des risques de transport et d'entrepôt ainsi que du crédit, concentration sur une marque, exposition des voitures achetées par ses clients.

12.- Ces prises de position ont rendu quasiment impossible la délimitation de la frontière entre le mandataire – reconnu par le règlement – et le revendeur professionnel hors réseau – auquel il est possible d'opposer un refus de vente. Or, les faux mandataires ou vrais revendeurs mettent en cause la vie même des réseaux. Il n'est pas rare que l'utilisateur final choisisse un véhicule dans le *show room* du concessionnaire et aille l'acheter – moins cher – chez le faux mandataire qui n'est pas soumis aux mêmes charges en termes d'investissement et de service après-vente. En droit de la concurrence, le phénomène du « passager clandestin » – *free rider* – que représente le revendeur hors réseau est condamnable par excellence puisqu'il met en péril la vie du réseau considéré comme le système de distribution le plus efficace. L'objectif de concurrence par la qualité est en pleine contradiction avec celui de libre circulation ou de concurrence par les prix. Pourtant, le règlement n° 1475/95 tente de poursuivre les deux simultanément. Ce n'est pas là la seule contradiction que recèle le règlement automobile, ni même la principale. De fait, derrière l'objectif de protection de la concurrence, se profile une volonté de protection des concurrents, qui n'a que peu de rapports avec la concurrence mais qui détermine très largement, en pratique, la situation juridique des opérateurs.

---

*l'accord ou des produits correspondants à des utilisateurs finals utilisant les services d'un intermédiaire que si ces utilisateurs ont auparavant mandaté par écrit l'intermédiaire pour acheter et, en cas d'enlèvement par celui-ci, pour prendre livraison d'un véhicule automobile déterminé ».*

(127) Communication de la Commission du 18 janvier 1985, JOCE C 17 du 18 janv. 1985.

(128) TPICE 22 avr. 1993, aff. T-9/92, *Automobiles Peugeot SA et Peugeot SA c/ Commission*, Rec. II-493 ; *Contrats Conc. Consom.* 1993, n° 92, obs. L. Vogel ; *Rev. eur. dr. consom.* 1992, 179, obs. S. Petropoulos.

(129) Communication de la Commission du 18 déc. 1991, JOCE C 329 du 18 déc. 1991.

## II. – Le règlement n° 1475/95 est en pratique surtout un texte de droit des contrats

13.- Plus encore que son prédécesseur, le règlement n° 1475/95 a pour objet d'instaurer un certain équilibre des rapports commerciaux, de lutter contre la dépendance économique et de protéger la partie faible au contrat, à savoir le distributeur. Cet objectif, qui est typiquement un objectif du droit des contrats, s'accorde difficilement avec celui de la libre concurrence.

### A) Les illustrations

14.- Les illustrations de la volonté de protection sont multiples : certaines dispositions du règlement ont pour objet la stabilisation de la relation contractuelle ; d'autres visent à assurer l'équilibre de cette même relation.

#### 1° Les dispositions visant à stabiliser la relation contractuelle

15.- La stabilisation de la relation contractuelle est recherchée dans le cadre du contrat tant à durée déterminée qu'à durée indéterminée et conduit aujourd'hui à réglementer même les cas de résiliation extraordinaire.

16.- L'exemption ne s'applique aux contrats à durée déterminée que si la durée du contrat est d'au moins cinq ans et le préavis de non-renouvellement d'au moins six mois. L'évolution des règles est ici très éclairante : avant 1985, la durée des contrats était en pratique d'un an – en France, c'était un usage lié au salon automobile qui se tenait à l'époque annuellement ; le règlement n° 123/85 a imposé des contrats d'une durée minimale de quatre ans (130) ; le règlement n° 1475/95 porte cette durée à cinq ans (131).

Quant aux contrats à durée indéterminée – en pratique, les plus fréquents –, la stabilisation de la relation contractuelle est obtenue par l'imposition d'une durée minimum de préavis en cas de résiliation ordinaire : de 12 mois sous l'empire du règlement n° 123/85 (132), ce préavis est aujourd'hui de 24 mois (133).

17.- L'ancien règlement ne concernait pas la résiliation extraordinaire – pour faute. Il allait même jusqu'à préciser que les conditions relatives à la durée du contrat « ne préjugeaient pas du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord » (134). La Cour d'appel de Paris en avait conclu que le juge n'avait donc pas à contrôler les clauses de résiliation pour manquement contractuel au regard du règlement (135).

Le nouveau règlement contient une innovation considérable. L'article 5, § 3, dispose en effet que « les conditions d'exemption [relatives à la durée de l'accord] ne préjugent pas [...] du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord en raison d'un manquement

(130) Article 5, point 2, 2), du règlement n° 123/85.

(131) Article 5, point 2, 2), du règlement n° 1475/95.

(132) Article 5, point 2, 2), du règlement n° 123/85.

(133) Sauf indemnité légale ou conventionnelle ou en cas de première entrée dans le réseau : il est dans ces hypothèses, réduit à un an ; v. Article 5, point 2, 2), du règlement n° 1475/95.

(134) Article 5, point 4, du règlement n° 123/85.

(135) Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. A, 23 avril 1990, *Nantes Sud Auto* ; D. 1990. IR. 142 ; *Juris-Data*, n° 022219.

de l'autre partie à une de ses obligations essentielles ». Le texte vise donc explicitement la résiliation pour faute et l'encadre par la référence à la violation d'une obligation essentielle.

## *2° Les dispositions visant à équilibrer la relation contractuelle*

18.- Le règlement n° 1475/95 préconise le recours à un tiers expert en cas de désaccord des parties sur les objectifs de vente, le montant du stock ou le nombre de véhicules de démonstration (136). Le tiers expert est une nouveauté du règlement : de tels désaccords étaient réglés auparavant en dernier ressort par le concédant (137). Il s'agit donc d'établir un équilibre entre les deux parties.

Le règlement n'impose pas le recours au tiers expert, mais procède par une voie détournée en précisant qu'un tel recours ne fait pas obstacle à l'exemption ; la disposition figure à l'article 4 du règlement qui énumère un ensemble d'obligations qui ne sont pas nécessairement anticoncurrentielles mais sont exemptées à toutes fins utiles, si elles sont « visées, dans un cas d'espèce, par l'interdiction ». On note l'ambiguïté de ce texte qui laisse l'interprète désemparé. Si l'obligation n'est pas anticoncurrentielle, pourquoi l'exempter ? Qu'est-ce qu'une clause anticoncurrentielle « au cas d'espèce » ? En réalité, on sent le législateur communautaire mal à l'aise. Pourquoi ? Parce que la clause de tiers expert n'a aucun rapport avec la concurrence. D'où, aussi, l'ambiguïté de la sanction. En théorie, le recours au tiers expert n'est pas imposé. On sait seulement qu'il ne fait pas obstacle à l'exemption, celle-ci n'étant peut-être même pas nécessaire. Mais, en pratique, le recours au tiers expert est obligatoire car les entreprises appliquent un raisonnement *a contrario* : la clause de tiers expert étant seule exemptée, une clause différente risque de ne pas l'être et d'entraîner la perte de l'exemption pour l'ensemble de l'accord.

19.- Dans le même esprit, on relève la création d'un système de règlement rapide des litiges dans certains cas de résiliation – réorganisation du réseau, résiliation extraordinaire : « Les parties doivent en cas de désaccord, accepter un système de règlement rapide du litige, tel le recours à un tiers expert ou à un arbitre, sans préjudice du droit des parties de saisir le tribunal compétent conformément aux dispositions du droit national » (138).

L'arbitrage ou le recours au tiers expert est perçu comme le moyen d'accélérer le règlement de différends, pour le plus grand profit de la partie faible au contrat. Il ne ressort pas du texte que le recours à un système de règlement rapide du litige constitue une condition de l'exemption. Pourtant, l'incitation est très forte de prévoir un tel système puisque la disposition en cause fait partie des conditions générales d'application de l'exemption. Mais quel rapport avec la concurrence ?

(136) Article 4, point 1, 3), du règlement n° 1475/95 : « Ne fait pas obstacle à l'exemption l'engagement par lequel le distributeur s'oblige : [...] à s'efforcer d'écouler pendant une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels, fixé par les parties de commun accord ou, en cas de désaccord sur le nombre minimal de produits contractuels à écouler annuellement, par un tiers expert, en tenant compte notamment des ventes précédemment réalisées dans ce territoire ainsi que des estimations prévisionnelles de ventes pour ce territoire et au niveau national ».

(137) Article 4, point 1, 3), du règlement n° 123/85 : « Ne fait pas obstacle à l'application des articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 l'engagement par lequel le distributeur s'oblige : [...] à s'efforcer d'écouler dans une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels, que le fournisseur fixe à partir d'estimations prévisionnelles des ventes du distributeur, si les parties ne se mettent pas d'accord à ce sujet ».

(138) Article 5, point 3, du règlement n° 1475/95.

## **B) Les conséquences**

20.- La protection de la concurrence ne se confond pas avec la protection des concurrents. Les protections inspirées du droit des contrats tendant à la stabilisation ou au rééquilibrage des relations contractuelles sont autant d'obstacles à la libre concurrence. De fait, le jeu de la concurrence implique une libre entrée et sortie du marché, la possibilité de préférer en permanence les distributeurs les plus efficaces à ceux qui le seraient moins, et un pouvoir renforcé pour la tête du réseau, c'est-à-dire le concédant, puisqu'il est le seul à avoir une vision d'ensemble et en position de gérer le système global efficacement.

21.- L'utilisation d'un règlement d'exemption à des fins de protection est un facteur d'insécurité juridique pour les entreprises, car l'autorité de contrôle sera toujours hésitante quant à la légitimité de son intervention lorsque celle-ci dépasse le cadre des relations concurrentielles. D'où les incertitudes qui entourent la sanction des conditions relatives aux clauses d'objectifs et au règlement rapide des litiges.

22.- Plus généralement, un règlement d'exemption n'est pas un bon instrument d'harmonisation. D'abord, c'est un texte éminemment précaire – la durée de vie du règlement automobile est de 7 ans seulement –, alors que le droit contractuel requiert la permanence. De plus, la portée d'un tel règlement est limitée puisque, selon la jurisprudence de la Cour de justice, il ne peut en aucun cas se transformer en contrat-type : en principe, il ne peut rien imposer aux opérateurs mais doit se borner à leur indiquer à quelles conditions leur accord est valable – et ces conditions ne devraient avoir trait qu'à la concurrence. Enfin, un règlement d'exemption répond à des préoccupations exclusivement communautaires – et c'est bien normal. Or, l'harmonisation des statuts implique au contraire que les règles communes soient établies en tenant compte des systèmes juridiques des États membres afin de mieux dépasser leurs différences. Bref, l'harmonisation, pour être réussie, ne peut être que permanente, positive, complète et réalisée à partir du droit national, toutes qualités que ne comporte pas le règlement automobile. En réalité, on le constate, la directive représenterait un bien meilleur moyen d'atteindre l'objectif de protection que l'on veut poursuivre.

Le règlement n° 1475/95 apparaît donc comme une solution intermédiaire, dont la généralisation n'est peut-être pas souhaitable. Par son caractère incitatif, il a contribué à établir ou à restaurer un véritable partenariat dans le secteur automobile. La négociation des contrats l'a prouvé. Et le résultat atteint le démontre amplement : personne ne peut nier que la situation des distributeurs, des réparateurs, des équipementiers et, au-delà, des consommateurs, a été améliorée. Peut-être avons-nous d'ailleurs atteint aujourd'hui un certain seuil de protection à ne pas dépasser ? En effet, la protection s'exerce toujours au bénéfice de ceux qui sont en place et au détriment de ceux qui veulent entrer sur le marché. Surtout, trop de protection tue la protection : si la rigidité du système de la concession devenait trop grande, les opérateurs se tourneraient vers d'autres méthodes de distribution.

## COUP DE PROJECTEUR SUR UN RÈGLEMENT D'EXEMPTION : LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE AU REGARD DU RÈGLEMENT 1475/95

### TABLE RONDE animée par M. le Professeur Louis VOGEL,

**M. VOGEL.**– Faisons d'abord un rapide tour de table en demandant à chacun des intervenants s'il pense que ce nouveau règlement automobile – le 1475/95 – représente une amélioration par rapport à l'ancien. M. le Conseiller Léonnet, qu'en est-il pour le juge national ?

**M. Jean LÉONNET, Conseiller à la Cour de cassation.**– Je le voudrais bien mais je n'en suis pas sûr. Je ne mets pas du tout en cause la bonne volonté des autorités de Bruxelles qui ont essayé de marier des principes qui sont tout à fait différents. Ce qui est intéressant – comme vous venez de le dire –, c'est qu'à travers ce texte, au-delà même de la réglementation des automobiles, il y a un essai de réglementation des contrats au niveau européen et international. Toutefois, la contradiction qui affectait l'ancien texte – cette volonté de maintenir un minimum de structures permettant de protéger, et les fabricants, et les distributeurs, afin de ne pas fragiliser le marché de l'automobile au sein de l'Europe – subsiste. La jurisprudence nationale avait, non sans difficulté, si l'on songe au problème des mandataires qui paraissait réglé, fixé des règles obéissant au principe de raison et d'équité à partir du règlement 123/85. Or, l'arrêt de la Cour de justice du 15 février 1996, qui, pour la Cour de cassation, a quand même une importance plus grande qu'un règlement, car ce que dit la CJCE, on s'y réfère en s'inclinant, nous a obligés à revoir notre jurisprudence, dans les arrêts des 9 juillet et 15 octobre 1996, pour admettre – ce qui n'était pas dans le règlement – que le mandataire peut être par ailleurs un revendeur, qu'il peut faire ce qu'il veut et concurrencer les autres. Nous avons donc fait un virage complet.

**M. René GOYER, DG IV, Commission européenne.**– Je voudrais rappeler que ce règlement repose sur l'idée suivante. Comme les importations parallèles ne sont pas assurées dans un système sélectif, il faut trouver autre chose pour éviter le cloisonnement du marché au niveau des distributeurs : c'est pourquoi il fallait assurer un degré raisonnable de concurrence interne à la marque grâce aux mandataires (c'est la décision *Eco-system*), mais aussi les ventes croisées au sein du réseau au niveau européen (ventes croisées transfrontalières). Ce rôle dans la concurrence *intra-brand* que le règlement assigne au distributeur est donc un des piliers du système : les concessionnaires ont un rôle à jouer *dans la concurrence*. C'est bel et bien un problème de concurrence qui se pose si on empêche les distributeurs de jouer ce rôle, et par conséquent, il faut cesser de dire que la Commission défend la veuve et l'orphelin. On peut discuter cette démarche de la Commission, mais telles étaient les intentions, à tort ou à raison, des auteurs du règlement 123/85 lorsqu'ils en ont réglé les équilibres.

**M. VOGEL.**– M<sup>me</sup> de Contes, en tant que directeur juridique d'un constructeur français important, quelle est votre appréciation globale du règlement ?

**M<sup>me</sup> Maria Luisa de CONTES, Direction juridique de Renault.**– En tant que concédant, je ne peux pas dire que ce règlement est fantastique. Je crois qu'on s'est battu longtemps contre le multimarquisme, contre le préavis de résiliation ordinaire passé de un à deux ans – c'est long pour notre activité de vendeur de voitures – ; contre l'atelier commun dont les règles n'étaient pas très précises. Quant aux clauses noires, n'en parlons pas, nous avons passé des heures à les interpréter. Cela dit, c'est à l'occasion de ce règlement que nous avons progressé, parce



qu'il a nécessité un travail d'examen, d'interprétation, d'adaptation à la réalité économique et à notre activité. Et c'est malgré le règlement que nous avons progressé par le partenariat qu'il a permis de développer avec le groupement des concessionnaires européens et nationaux.

**M. Roland GARDIN**, *Vice-Président national du Conseil national des professions de l'automobile.* – Ce que M<sup>me</sup> de Contes trouve mal, nous le trouvons bien. Par contre, ce qu'elle trouve bien nous paraît également bien. À cette occasion, nous avons pu, dans certains cas, entamer des négociations un peu plus équilibrées qu'elles ne l'avaient été auparavant. Chez Renault, nous avons réussi à discuter avec le constructeur presque à égalité, ce qui n'est pas du tout le cas dans certains réseaux. Parfois, la négociation a été limitée à l'envoi du projet de contrat du constructeur directement aux concessionnaires et non pas au groupement, sans aucune discussion. Ce sont évidemment des négociations « ancien modèle 123/85 », mais cela existe encore malheureusement dans certains réseaux. Le règlement est très bon dans sa volonté d'équilibrer les relations. Quant au multimarquisme, ce n'est peut-être pas forcément mauvais, sinon qu'il était déjà prévu dans le 123/85, et qu'il a été étendu sous certaines conditions, qui ne manquent d'ailleurs pas de poser des problèmes dans certains cas. Je dirais que le nouveau règlement est quand même beaucoup plus positif que négatif. Il y a des points noirs mais on y reviendra tout à l'heure.

**M. VOGEL.** – Christian Bourgeon, vous représentez généralement les concessionnaires, Paul Cocchiello, vous représentez les concédants. On va d'abord laisser parler les concessionnaires.

**M<sup>e</sup> Christian BOURGEON**, *Avocat à la Cour de Paris.* – En vous entendant, j'avais l'impression que nos philosophies divergeaient, et je retrouvais un peu le parallélisme avec le propos que tenait M. Gardin à l'égard de M<sup>me</sup> de Contes : ce que vous semblez ressentir comme un mal, je le ressens comme un bien. J'éprouve une certaine satisfaction à voir que la Commission maintient le principe – clef de voûte de son raisonnement depuis la décision BMW en 1974 – selon lequel la concurrence entre marques doit coexister avec une concurrence interne à la marque. Et c'est précisément du souci de maintenir cette forme de concurrence interne que découle ce que vous appelez le statut du distributeur que vous situez, pour votre part, hors du champ du droit de la concurrence. Ma satisfaction reste toutefois tempérée parce que je suis soucieux de voir ce que les sept ans qui viennent pourront nous apporter en termes d'application de ces principes par les juridictions nationales qui vont, à mon sens, être les principaux acteurs juridiques de la partie qui va se jouer au cours de cette période.

**M<sup>e</sup> Paul COCCHIELLO**, *Avocat à la Cour de Paris.* – Chacune des parties intéressées était favorable à un renouvellement du règlement. Et la question aurait donc pu se poser de reconduire tel quel le règlement 123/85, mais certaines motivations de la Commission ont conduit à faire un autre choix. Je ne crois pas que le nouveau règlement marque une amélioration par rapport au précédent, parce qu'il entraîne beaucoup plus de contraintes. Il est à craindre qu'on se trouve dans un cadre qui risque finalement de se retourner contre chacune des parties intéressées, dans la mesure où les notions introduites sont imprécises et risquent d'engendrer une insécurité juridique. On sera sans doute amené à se retrouver devant les tribunaux assez fréquemment.

**M. VOGEL.** – L'organisation du débat a au moins le mérite d'être très claire. Ce qui nous a intéressés, quand on s'est réuni pour préparer cette table ronde, ce sont surtout les faiblesses du nouveau règlement, tout en ne niant pas qu'il présentait des aspects positifs et, à cet égard, les participants ont mis l'accent sur des points différents : les concessionnaires, sur les

intermédiaires hors réseaux, les ventes directes, les contrats connexes et, de façon générale, sur la rémunération du distributeur ; les concédants, sur le multimarquisme, les pièces de rechange, les sanctions et les incertitudes juridiques. Je crois que la question qui préoccupe beaucoup les concessionnaires est celle des intermédiaires hors réseau qui commercialisent des véhicules neufs alors qu'en principe leur distribution devrait être réservée aux membres du réseau. Les concessionnaires sont spécialement inquiets depuis l'intervention des arrêts de la Cour de justice en date du 15 février 1996, ainsi que des arrêts de la Chambre commerciale qui a dû s'aligner.

**M<sup>e</sup> BOURGEON.**— Les revendeurs agréés ont en effet le sentiment d'être confrontés à une forme de concurrence parasitaire, se nourrissant des écarts de prix. Le règlement lui-même a l'originalité d'exempter une clause d'interdiction de revente hors réseau, tout en prévoyant, pour assurer la limitation des écarts de prix, deux mécanismes : les ventes croisées et les intermédiaires parallèles, en principe mandatés. Économiquement, le problème semble s'être exacerbé du fait de la persistance d'écarts de prix – c'est un constat objectif –, et de l'inefficacité réelle du mécanisme de ventes croisées, puisqu'on n'a pratiquement pas vu les distributeurs agréés faire usage de cette possibilité ; de leur fait ou du fait d'autres facteurs..., mais c'est un constat. À partir de là, l'inévitable s'est produit : les mécanismes correctifs, internes au réseau, ne fonctionnant pas, la correction s'est engagée de l'extérieur.

Les arrêts récents de la Cour de justice n'ont été une surprise pour aucun d'entre nous, puisqu'ils réaffirment que le règlement d'exemption n'a pas pour effet de prohiber l'intervention d'opérateurs indépendants. Ce qui, dans la rédaction des arrêts de février 1996, conduit à s'interroger davantage, c'est la question de l'opposabilité des réseaux aux tiers et celle de l'étanchéité du réseau. Ces questions ont été abordées dans les mémoires des parties et les conclusions de l'avocat général D. Ruiz Jarabo-Colomer, mais n'ont pas été tranchées par l'arrêt de la CJCE. Dans sa décision de juillet 1996, la Cour de cassation amorce une réponse à la première question en posant le problème de l'origine du produit, de la licéité de l'approvisionnement. Cette considération s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence établie depuis 1992 en droit national concernant l'opposabilité des réseaux et l'illicéité des approvisionnements à partir du moment où le contrat de distribution prévoit l'interdiction de revendre hors réseau. Reste le deuxième problème – lequel, pour l'instant, aussi bien juridiquement qu'économiquement, semble en suspens – qui est celui de l'étanchéité.

**M<sup>e</sup> COCCHIELLO.**— Je reviendrai sur les arrêts de février 1996. On a beaucoup écrit que la Cour de justice avait entendu libéraliser l'activité de mandataires, de revendeurs. C'est un peu excessif parce que, en réalité, la Cour dit simplement que le règlement d'exemption ne fait pas obstacle à cette activité. Et, ne pas faire obstacle, ce n'est pas interdire et ce n'est pas autoriser. Partant de là, le moyen de contrer, non pas l'activité en elle-même, mais l'activité si elle s'exerce dans des conditions qui sont critiquables, vient précisément de la jurisprudence nationale qui s'est peu à peu forgée et qui a été consacrée par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 dans le cadre du nouvel article 36-6 de l'ordonnance de 1986 : cet article tend à reconnaître l'opposabilité des réseaux aux tiers, dès lors qu'ils sont exemptés, licites et mis en place. Nous devrions donc, pour ce qui est des faux intermédiaires, basculer dans le droit commun et retrouver les sanctions habituelles. Il est de l'intérêt des concessionnaires comme des concédants, de mettre un terme aux agissements déloyaux des faux mandataires. La difficulté tient essentiellement à la preuve parce qu'il est très difficile de parvenir à les débusquer. Comment le concessionnaire peut-il être sûr qu'il ne vend pas à quelqu'un qui est hors réseau ? Et lorsqu'on arrive à déceler une fraude, c'est pour quelques véhicules seulement et non pas pour ce qui est important, c'est-à-dire le phénomène de masse. Alors que faire ?

Assurer la police du réseau ? Certes. Surveiller, du côté des constructeurs, les distributeurs frontaliers puisque c'est là qu'interviennent le plus souvent les reventes ? Grâce à l'évolution de la jurisprudence et au nouvel article 36-6, il y a quand même des raisons d'espérer qu'on pourra au moins minimiser le phénomène.

**M. GOYER.**– Je reviens de Luxembourg où la journée d'hier a été consacrée par la Cour de justice à une audience publique dont le sujet était une question préjudicielle portant sur l'équivalent allemand de l'amendement de Roux.

L'avocat de Volkswagen contestait l'exigence d'étanchéité du réseau qui conditionne en Allemagne l'opposition au revendeur indépendant d'une présomption d'approvisionnement déloyal : selon Volkswagen, cette exigence est une condition de validité supplémentaire par rapport à ce que la Commission a prévu dans son règlement d'exemption n° 123/85 alors que celle-ci est seule à pouvoir accorder une exemption et définir ses conditions. La Commission, de son côté, ne s'est pas déclarée dérangée par cette exigence d'étanchéité intentionnelle, pratique, et licite posée par la loi nationale. Mais, en France, comment présumer l'approvisionnement déloyal de l'indépendant lorsqu'il s'agit de marques de véhicules dont le constructeur écoule plus de 40 % sur « vente directe » ? Est-il raisonnable dans ces conditions de penser que la Cour de justice, si le problème lui est soumis, admettra l'extension à l'automobile de la jurisprudence de type parfums – d'après l'arrêt de 1992 à propos de Rochas ?

**M. LÉONNET.**– Il n'y a aucune différence entre les deux règlements sur cette question. Avec l'article 36-6 de l'ordonnance de 1986, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 est venue chez nous apporter un élément sans doute plus contraignant que ne l'est la jurisprudence communautaire. Du reste, le législateur aurait peut-être pu s'inspirer des arrêts rendus le 15 février 1996 par la CJCE.

Il est vrai que, dans nos arrêts du mois de juillet 1996, la Chambre commerciale a retenu le moyen de cassation suivant : « Attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si le revendeur justifiait de l'origine régulière des produits et dès lors que le fait pour un tiers de satisfaire des commandes avec des produits acquis régulièrement en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait, à sa connaissance, un concessionnaire exclusif, ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale ». C'est exactement ce que dit la Cour de justice. La difficulté, c'est que l'étanchéité invoquée par la Cour de cassation dans les arrêts sur la distribution sélective des parfums n'est pas tout à fait la même que l'étanchéité d'un réseau de distribution automobile. Depuis 1992, en matière de distribution sélective, c'est celui qui revend, et non plus le fabricant, qui doit apporter la preuve. Auparavant, c'était pratiquement la preuve impossible. Mais, toute la différence, c'est que celui qui achète des parfums n'ira pas dire, en général, où il les a achetés, car il s'agit vraiment de réseaux « à la marge », et le fait de ne rien dire amènera incontestablement la sanction. Il en va tout autrement en matière d'automobiles, car tout le monde sait que l'approvisionnement chez un concessionnaire, ou auprès d'un fabricant, peut être parfaitement démontré par le revendeur non agréé. Les tribunaux seront alors contraints de dire que les produits ont été acquis de façon régulière parce que le réseau n'était pas étanche. Il faut donc que les fabricants et les concessionnaires se montrent beaucoup plus vigilants.

**M. GOYER.**– Nous parlons ici de présomption irréfragable de concurrence déloyale à propos de produits qui sont mis sur le marché avec le consentement du producteur. Un des grands constructeurs français au moins entretient une filiale de vente directe vendant des

milliers de voitures souvent non immatriculées, et pas seulement aux diplomates. Il y a donc un problème français. En Europe, 50 000 personnes – les concessionnaires – apportent leur argent au service du produit automobile ; or, si le règlement est mal appliqué et son image dégradée, il y aura dans sept ans beaucoup d'opposants à son renouvellement, ce qui serait désolant car il n'est pas tellement difficile de rendre les réseaux automobiles raisonnablement étanches.

**M. VOGEL.**– Les ventes directes constituent, en effet, un autre motif d'inquiétude pour les concessionnaires, bien que, selon le règlement, le concédant puisse se réserver la faculté de procéder à des ventes à des clients finals. Et, en pratique, c'est parfois nécessaire quand on se trouve face à un gros client. Mais ce dont se plaignent les concessionnaires, c'est que cela prend peut-être des proportions trop importantes.

**M. GARDIN.**– C'est là un des non-dits du règlement 1475/95, alors que nous souhaitions – et M. Goyer le sait fort bien – arriver à une solution sur des ventes directes. Le Comité européen du commerce et de la réparation automobile (CECRA) – dont je suis aussi le vice-président – en a discuté avec l'Association des constructeurs européens d'automobiles (ACEA) et nous étions presque arrivés, en juillet 1994, à un accord. Je ne sais ce qui s'est passé à ce moment-là, une nouvelle marque est revenue au sein de l'ACEA et tout a été cassé. Quand on parle de 40 % de ventes directes, il faut aussi être logique dans la définition des ventes directes. Il y a des ventes directes qui sont tout à fait tolérées, et je pense aux ventes aux personnels usine. Nous avons proposé, dans cet accord, qu'il y ait une ou deux voitures par an avec un maintien pendant un certain temps. Il ne s'agit plus alors de ventes directes, mais d'un simple avantage acquis, alors que le fait d'en livrer plusieurs par an ou à chaque membre de la famille, comme cela se fait chez certains constructeurs, relève d'un commerce parallèle.

On ne conteste pas non plus les ventes directes, pour les fournitures à l'armée ou à certains ministères pour lesquelles les concessionnaires ne sont pas très bien outillés. Par contre, les loueurs nationaux posent un problème qu'il faut traiter différemment. Cela devient des marchés internationaux et, dans ce domaine, on ne sait pas très bien faire ni d'un côté ni de l'autre. Des progrès importants restent aussi à accomplir s'agissant des ventes aux grosses entreprises nationales. Quant à la vente par les succursales – on sait que les constructeurs et importateurs ont un certain nombre de succursales qu'ils gèrent en direct –, nous n'y sommes pas opposés, mais il faut qu'elles vendent dans les mêmes conditions de concurrence que les concessionnaires. Alors, si on nous en apporte la preuve, ces ventes ne devront plus être assimilées aux ventes directes.

Je pose d'ailleurs le problème de savoir si le fait que les ventes directes n'aient pas été traitées du tout dans le règlement n'est pas un accroc à l'idée de distribution exclusive. Car on stipule une exclusivité d'un côté, et de l'autre on se garde des clients ? Cela me gêne un peu. Du reste, l'article 2 du règlement 1475/95 règle le problème des ventes directes par l'absurde. On dit en substance : « attendez, les constructeurs peuvent pratiquer des ventes directes, mais vous pouvez vendre à leurs clients ». Quand on sait dans quelles conditions sont faites certaines ventes directes, le pauvre concessionnaire n'a pas beaucoup d'armes pour se placer.

**M. GOYER.**– Si nous avons vraiment réglementé cet aspect des choses, nous aurions tout à fait donné dans le contractuel, comme le dit Louis Vogel, sans avoir cette fois la justification de le faire au nom de la concurrence *intra-brand*. Un constructeur a en effet le droit de déléguer 0 % de ses ventes. Il accepte d'en déléguer 75 % et se réserve les autres 25 % ; qui peut le plus peut le moins. Le problème est donc ailleurs. Le problème, ce ne sont donc en réalité pas

les ventes directes en elles-mêmes, mais l'abus des ventes directes. Trois ou quatre voitures par an et par salarié en France (en Allemagne, c'est une voiture par an) et voilà quelques centaines de milliers de véhicules qui se retrouvent aussitôt sur le marché en « fausses occasions » cassant les prix des concessionnaires.

**M<sup>me</sup> de CONTES.**– J'ai moi-même le privilège de pouvoir acheter deux voitures par an. Pour un constructeur, aujourd'hui plus que jamais, ces ventes réalisées à travers le personnel représentent quelque chose de sûr. M. Gardin a indiqué les choses telles qu'elles se sont passées ; on était sur le point d'aboutir avec les groupements de concessionnaires européens et l'ACEA. C'est donc qu'on était d'accord pour entendre un certain nombre de propositions raisonnables. La Commission a répondu qu'il s'agissait d'une question d'ordre purement commercial et qu'elle laissait aux parties le soin de la régler contractuellement.

À la question 20 de la brochure explicative, qui vise à clarifier le règlement, la Commission nous dit qu'il convient d'apporter deux limites aux ventes directes : tout d'abord, le constructeur ne peut se réserver l'exclusivité de la vente à certaines catégories de clients et ne peut empêcher le distributeur, lorsqu'il est en mesure de le faire, d'approvisionner lui aussi les utilisateurs finals : on est donc amené à partager. C'est ce que nous faisons comme beaucoup de constructeurs ; on passe annuellement des accords : on a des listes de clients pour des grosses flottes, et quand le concessionnaire est en mesure d'assurer cette vente à notre place, il le fait ; quand ce n'est pas le cas, parce que vous avez très souvent besoin d'une capacité matérielle, humaine et financière pour assurer ces ventes – les véhicules de reprise représentent parfois un lot très important –, nous le faisons nous-mêmes. Et on a également suivi la Commission quand elle dit qu'en procédant à des ventes directes, les constructeurs ou l'importateur ne doivent pas menacer la viabilité économique du distributeur agréé. Dès lors, quand ils participent à ces ventes conclues directement par le constructeur avec le client final en préparant les véhicules livrés – parce que, même si les commandes sont passées auprès de nous, il y a de nombreuses formalités et prestations à effectuer –, les concessionnaires sont rémunérés.

**M. VOGEL.**– Une autre question très importante en pratique, mais rarement évoquée, concerne les contrats connexes. Dans l'activité d'un concessionnaire, une grande partie des résultats est, en fait, générée par des activités connexes : les véhicules d'occasion, les contrats de financement – le financement du client, le financement de l'entreprise. Et le nouveau règlement a prévu une clause noire à l'article 6, § 1, pt 2, qui dispose que « l'exemption ne s'applique pas dès lors que les parties lient leur accord à des stipulations concernant d'autres produits ou services que ceux visés par le présent règlement ou appliquent leur accord à de tels produits ou services ». Comment faut-il interpréter cette disposition ? Même si le règlement ne concerne pas directement ces contrats connexes, il faut bien régler ces questions.

**M<sup>e</sup> BOURGEON.**– C'est effectivement un point important pour la rentabilité future des concessions, puisque la Commission recentre clairement, par le biais de cette disposition, l'exemption sur les seules clauses d'exclusivité relatives aux produits contractuels *stricto sensu* (139). Le constructeur ne peut pas lier ce qu'il concède – le droit de revendre dans un territoire déterminé les véhicules neufs de sa marque et leurs pièces de rechange –, à ce qu'il offre à

(139) Il faut entendre par là les véhicules neufs et les pièces de rechange, c'est-à-dire les « parties composantes » des véhicules selon l'article 10, § 6, à l'exclusion donc des pièces banalisées qui peuvent être montées sur des véhicules de différentes marques.



titre complémentaire. Il va de soi que cela n'empêche pas le fournisseur contractuel de proposer au concessionnaire des formules de collaboration sur les activités annexes que sont les véhicules d'occasion, les accessoires ou les financements. Simplement, le constructeur – le fournisseur contractuel – se trouve remis, par l'effet de ces dispositions, en position d'offreur normal soumis à la concurrence. Par conséquent, cette limite laisse théoriquement intactes à la fois la liberté des concessionnaires, leur capacité de coopération et leur rentabilité, s'ils savent, en bons négociateurs, discuter les formules complémentaires qu'on leur propose.

Reste qu'il est important que les concédants respectent une certaine déontologie en la matière. Il serait regrettable en effet qu'ils utilisent l'ascendant que peuvent leur conférer sur leurs concessionnaires les conditions de rémunération qu'ils leur appliquent (au travers des primes notamment) ou les conventions qui lient la majorité des concessionnaires aux sociétés de financement dites « captives » (filiales des constructeurs), pour faire échec en pratique au jeu de la concurrence sur les produits ou services dits annexes.

**M<sup>e</sup> COCCHIELLO.**– On en revient au principe de la liberté et c'est certainement une bonne chose pour la concurrence. La plupart des contrats de concession prévoient le paiement comptant. Or, l'activité de concessionnaires nécessite quand même des fonds propres ou des fonds de roulement importants ; les concessionnaires se tournent donc soit vers une société liée au constructeur soit, maintenant, vers l'organisme financier de leur choix. Et lorsqu'ils s'adressent à une société liée au constructeur, il ne me paraît pas illogique de considérer que c'est en raison de leur qualité de concessionnaire de la marque que le financement leur est consenti. Par suite, il ne me paraît pas illogique de stipuler – ces clauses sont d'ailleurs valables – que toute modification dans la situation du concessionnaire – je pense essentiellement à une situation de préavis – puisse conduire la société financière à revoir son financement ; c'est-à-dire à le limiter soit dans son montant soit dans le temps. Et c'est là que les difficultés apparaissent très souvent. J'imagine M. Gardin dire : « mais attention, si je suis en situation de préavis, on m'oblige à respecter intégralement mon contrat de concession, et si on me supprime mon financement, je ne peux pas assumer ces obligations ». C'est un faux problème, parce qu'à ma connaissance, jamais un concédant, qui a résilié le contrat de son concessionnaire, n'a fait grief à celui-ci de ne pas commander suffisamment de véhicules pendant la période de préavis, et que cette période peut servir au concessionnaire, s'il le souhaite, à trouver un autre financement ; il n'est donc pas totalement démuné.

**M. GARDIN.**– Vous m'excuserez de ne pas être de votre avis. Lorsqu'un concessionnaire bénéficie de lignes de crédit auprès d'une société financière, laquelle est subrogée par le constructeur dans le paiement des voitures, puisque le concessionnaire paie ses voitures comptant, et qu'au moment où le préavis de deux ans prévu par le règlement commence à courir, la société de financement lui indique que son préavis est ramené à un, deux ou trois mois, comment ce concessionnaire peut-il terminer son contrat ? Surtout, comment peut-il trouver un banquier qui lui dira : « mais, cher monsieur, vous êtes encore concessionnaire pour dix-huit ou vingt mois, eh bien je vais vous faire un crédit de 10 millions parce que nous savons qu'il faut que vous ne mourriez que dans dix-huit mois » ? C'est un peu du jésuitisme. À la suite de négociations avec le concédant – je suis aussi président de la commission juridique du groupement des concessionnaires Renault – nous avons introduit une clause qui garantit justement cet accompagnement. Dans cette lutte entre deux pots, dont l'un est en terre et l'autre est en fer – je ne dirai pas lequel est en terre.

**M<sup>e</sup> COCCHIELLO.**– Jusqu'à présent, il y avait des préavis d'une durée d'un an, et aucune société financière ne dénonçait son contrat immédiatement avec un mois de préavis. Il y a



toujours eu un accompagnement en douceur. Maintenant que le préavis est porté à deux ans, attendons de voir ce que donnera la pratique, car il n'est de l'intérêt ni du concédant ni de la société financière de résilier le concours financier dès le premier mois.

**M. VOGEL.**– Avec cette question des contrats connexes, on a déjà touché une autre question fondamentale qui est celle de la rémunération du distributeur. La concurrence se fait de plus en plus rude ; des concurrents nouveaux, venus notamment des pays émergents, apparaissent sur le marché ; il faut vendre moins cher pour rester compétitif. Alors, pour le constructeur, cela signifie notamment qu'il doit réduire ses coûts de distribution. La rémunération du réseau est alors évidemment au cœur du débat.

**M. GARDIN.**– L'automobile n'est pas un produit simple et c'est pour cela qu'il y a un règlement d'exemption : parce que l'automobile naît, est vendue, connaît une deuxième vie comme voiture d'occasion et doit finalement être détruite quand elle est morte. Nous sommes très soucieux du problème de la rémunération des réseaux. Et je voudrais tout de suite tordre le cou à l'idée reçue selon laquelle les concessionnaires bénéficient d'une rente de situation : une concession de 1 000 voitures, c'est 10 millions d'investissement. De plus, le concessionnaire n'est libre de signer que son premier contrat avec son concédant ; il faut ensuite qu'il développe ses activités selon des cahiers des charges et donc qu'il investisse au fur et à mesure. Et c'est d'ailleurs un peu pour cela que je ne crois qu'à moitié au multimarquisme ; parce que des investissements très lourds sont à faire pour satisfaire le personnage le plus important dans notre métier : le client, le consommateur qu'il faut accompagner parce qu'il a besoin de faire réparer et d'entretenir sa voiture. Dans certains réseaux, les résultats d'exploitation avant impôt se situent aux alentours de 0,5 % du chiffre d'affaires annuel. Et ces résultats sont représentés par des primes, à hauteur de 1,2 à 1,5 %. C'est-à-dire que, sans les parties aléatoires de la rémunération, les réseaux n'auraient plus cette viabilité économique si chère à la Commission. Nous avons des investissements lourds. Il faut que nous soyons assurés de rémunérations et d'un résultat d'exploitation qui nous permette justement d'y faire face. C'est une des raisons pour lesquelles les concessionnaires ne font pas, en règle générale, sinon très discrètement et en catimini, de ventes croisées parce qu'ils savent très bien qu'il y a, à ce moment-là, une rétorsion possible par le biais du système de primes.

**M<sup>me</sup> de CONTES.**– Pour développer nos ventes, il faut que nous diminuions nos prix vis-à-vis des consommateurs, et, vis-à-vis des concessionnaires, il faut aussi avoir un réseau qui soit rentable. Ceci n'est pas évident à concilier. Nous devons donc nous adapter au marché. Et il est vrai que les concédants ne veulent plus allouer des marges automatiques trop élevées. Elles représentent encore plus de 70 % de la marge. Le reste rémunère d'autres critères que la vente elle-même, c'est-à-dire des structures, des objectifs toujours mesurables et sans discrimination.

**M. GOYER.**– L'*International Car Distribution Programme* (ICDP), dont fait partie le Président Kniebihler – l'ancien président de *General Motor France* – soutient que le coût de distribution de l'automobile est, au contraire de ce qu'on est en train de dire, particulièrement faible, autour de 12 % de son prix. Je ne suis pas convaincu que vos réseaux coûtent aussi cher qu'on le raconte quelquefois. À propos de dépendance économique, une grande partie du problème tient au fait que les tribunaux français, à la différence des tribunaux d'un certain nombre d'autres pays, ont décidé de ne jamais allouer d'indemnité au concessionnaire en cas de résiliation ordinaire, c'est-à-dire sans faute, et même à un distributeur qui a investi des millions – Patrick Lepoutre me disait qu'avec une concession d'une capacité de vente de 1 000 voitures par an, on était plus près d'un investissement de 15 millions que de 10 millions.

J'observe donc simplement que les choses se passent mieux dans les pays où les tribunaux ont pris l'habitude inverse d'allouer des indemnités, même sur résiliation ordinaire, bien sûr quand c'est justifié ; car alors une, deux, trois résiliations coûtent cher et on y porte davantage attention. Tandis qu'en France, on peut recommencer une fois, dix fois : cela ne coûte jamais rien, et peut rapporter gros, pour dire les choses crûment.

**M. LÉONNET.**– En France, à la différence de l'Allemagne, on a toujours considéré que le concessionnaire – et non pas le VRP ou l'agent commercial – n'avait droit à rien, d'autant plus que le contrat est d'une durée suffisamment importante, qu'il doit faire attention aux quotas qui lui sont imposés au départ, et que les résiliations ne sont finalement pas nombreuses. Mais il y a de temps en temps des indemnités en cas d'abus manifeste de la part d'un concédant. À défaut d'abus, nous n'avons pas de législation qui permette d'indemniser le concessionnaire.

**M. GOYER.**– Cela va donc continuer. En tout cas, les conséquences sur le terrain sont celles que je vous ai exposées.

**M<sup>me</sup> de CONTES.**– Je crois que la Commission a apporté une réponse puisque vous avez allongé le préavis à deux années. Voulez-vous accorder deux années de préavis, plus une indemnité ?

**M. GOYER.**– C'est le problème des tribunaux français. Nous ne sommes qualifiés pour nous occuper ni des ventes directes ni des indemnités. L'allongement du préavis visait à compenser cela mais d'une façon tout à fait inutile pour l'Allemagne, et on nous l'a fait remarquer en plein comité consultatif.

**M. LÉONNET.**– C'est un principe de législation. Or, ce type de texte risque d'être critiqué au niveau de la Cour de justice. En effet, je ne suis pas sûr que les législations étrangères dont on parlait tout à l'heure soient conformes au droit communautaire.

**M. GOYER.**– C'est une jurisprudence en Allemagne, c'est une réglementation en Belgique. Il y a un potentiel énergétique et économique dans ces franchises, et ce n'est pas seulement dans l'automobile, c'est vrai pour toutes les franchises. Quand on spolie les gens sans craindre de sanctions, on n'attire pas les meilleurs. Aux États-Unis, cela fait plus de cent ans qu'on respecte les investisseurs avec les résultats que l'on connaît.

**M. VOGEL.**– Le multimarquisme a quand même été la petite révolution de ce règlement puisqu'on est passé de ce qu'on appelle le monomarquisme tempéré au principe du multimarquisme. Et je crois que les constructeurs ont été très inquiets de cette transformation. On s'est demandé si certains distributeurs n'allaient pas adopter des stratégies d'appel, attirer les clients sur une marque pour vendre les véhicules d'une autre marque, ou bien si ce n'était pas la porte ouverte à la concurrence étrangère, spécialement des petites marques qui ne parvenaient pas à s'insérer sur le marché. Toute l'idée du règlement 123/85 était que le concessionnaire devait consacrer tous ses efforts à une seule marque ; mais, dès l'instant où il peut représenter plusieurs marques, cette incitation ne va-t-elle pas tomber à l'eau ?

**M<sup>me</sup> de CONTES.**– Les nouveaux contrats de concession ont été signés il y a seulement quelques mois, et il aurait été très intéressant de voir comment les réseaux ont réagi à la suite de ce nouveau règlement s'agissant des locaux de vente séparés, de la gestion distincte, de l'entité juridique distincte, étant entendu que la brochure explicative de la Commission prévoit que les locaux de vente séparés peuvent être finalement dans le même établissement commercial, c'est-à-dire dans le même immeuble. Peu de choses suffisent donc pour que ce

multimarquisme se concrétise. J'aurais préféré parler de ces sujets avec un vécu contractuel un peu plus long. Je vous dirai donc simplement que ces principes ont effectivement été consacrés dans les contrats-cadres européens établis par les concédants.

Pour l'atelier commun, c'est la même chose. Tout comme pour les pièces de rechange. Le règlement 123/85 avait déjà prévu que les concessionnaires devaient utiliser, pour assurer une réparation sûre et fiable des véhicules, des pièces d'origine contractuelle. Par ailleurs, l'ancien règlement, comme l'actuel, impose au concessionnaire, pendant la période de garantie, de n'utiliser que des pièces d'origine contractuelle. En revanche, le nouveau règlement – l'ancien le disait déjà mais ne prévoyait pas de sanction – dispose que le concédant ne peut pas interdire à son réseau de s'approvisionner en pièces de qualité équivalente. Cela veut dire qu'on peut s'adresser directement aux équipementiers pour se fournir en pièces de qualité équivalente. Le règlement 1475/95 prévoit aussi l'interdiction absolue pour le concédant d'interdire aux équipementiers de vendre directement au réseau secondaire des pièces de qualité équivalente à celle des pièces contractuelles ou correspondantes. C'est le multimarquisme au niveau de la pièce. Mais, en cas de litige, le problème est alors celui de la charge de la preuve de la qualité équivalente. À qui incombe-t-elle ? La question n'est pas résolue. Le CECRA prétend que la preuve incombe au concédant, les groupements des concessionnaires en France aux équipementiers, les concédants à celui qui conteste la qualité équivalente.

**M<sup>e</sup> COCCHIELLO.**– Je crois que la question ne se pose pas vraiment pour les pièces de même origine, il y a une présomption de qualité équivalente. En revanche, il serait quand même logique que ce soit au concessionnaire, qui utilise des pièces d'une autre origine, d'apporter la preuve de la qualité équivalente. Mais c'est un avis qui reste isolé pour l'instant.

**M. GARDIN.**– Le multimarquisme existait déjà, sauf qu'il fallait l'autorisation préalable du concédant et qu'il soit justifié par des raisons économiques. Et cela avait conduit, dans la majorité des contrats de concession, à faire figurer l'interdiction pour le distributeur de s'intéresser, de près ou de loin, même comme simple actionnaire, à une autre société diffusant des marques concurrentes. On en arrivait donc véritablement, là aussi, à des abus manifestes. Partant de ce constat, le nouveau règlement a clarifié les choses. Cela dit, quand on est satisfait de ce qu'on a à la maison, on est beaucoup moins tenté de chercher ailleurs ; un réseau mérite son constructeur et un constructeur mérite son réseau et, si les époux ne sont pas trop malheureux, je ne vois pas pourquoi on donnerait des coups de canif dans le contrat. Mais c'est une facilité ; cela rééquilibre nos relations.

Au sujet des pièces de rechange, je ne pense pas, contrairement à M<sup>e</sup> Cocchiello, que la charge de la preuve incombe au concessionnaire qui monte la pièce, mais à celui qui la fournit, parce que le concessionnaire, en règle générale, ne va pas acheter la pièce à l'extérieur, il s'agit plutôt du fournisseur qui le sollicite.

**M. VOGEL.**– Ce règlement est quand même caractérisé par une grande incertitude juridique. Le texte n'est pas toujours très clair, les traductions sont divergentes. Par exemple, j'ai relevé, en comparant les traductions française et allemande, que les dispositions qui, en France, sont des dispositions ouvertes – notamment le recours au tiers expert –, sont, en Allemagne, des dispositions fermées. On a donc deux textes du même règlement, mais qui sont différents d'un pays à l'autre. Des textes connexes – M<sup>me</sup> de Contes a parlé tout à l'heure de la brochure explicative – ont vu le jour ; ces textes donnent une interprétation et viennent s'ajouter aux différentes communications ; ils n'ont aucune portée normative mais sont très

importants parce qu'ils font le point sur la position de la Commission : ce sont des sortes de directives dans l'interprétation du règlement. Tout ceci pose problème pour le juriste. À cela s'ajoute un régime de sanctions – le fameux principe du tout ou rien – qui n'est pas très sûr, lui non plus. On peut donc être choqué par l'équation textes incertains plus sanctions très lourdes. C'est juridiquement toujours très difficile à supporter.

**M<sup>e</sup> BOURGEON.**– Ma préoccupation porte essentiellement sur le rôle du juge national. On voit au travers de la communication de la Commission de 1993 sur la « coopération loyale » avec les juridictions nationales, ainsi qu'au travers d'autres prises de position dans des affaires individuelles, que la Commission estime ne pas avoir vocation à gérer les conséquences du règlement dans leurs aspects concrets et individualisés. Il y a donc tout lieu de penser que dans les cinq à sept ans qui viennent, la charge principale de l'application du règlement va peser sur le juge national. Or, en l'état actuel de la jurisprudence nationale, on doit s'interroger sur la portée pratique que pourront avoir les dispositions de l'article 6 du nouveau règlement. D'un côté, la Commission a voulu au travers de cet article faire un effort de clarification des sanctions encourues en cas de non-conformité et de débordement du contrat ou des conditions dans lesquelles il est appliqué, par rapport au cadre proposé par le règlement. Le souci de la Commission a manifestement été d'éviter, autant que faire se peut, la logique du « *tout ou rien* », issue de la doctrine allemande évoquée tout à l'heure par M. Vogel.

Parallèlement, dans son dernier état en la matière, la jurisprudence de la Chambre commerciale découle d'un arrêt du 9 novembre 1993 concernant un contrat Rover. Celui-ci prévoyait une clause de résiliation extraordinaire (sans respect du préavis minimum d'un an requis par l'article 5 du règlement 123/85) en cas de non-réalisation par le concessionnaire d'un certain pourcentage de l'objectif de vente. La Cour de Paris avait annulé cette clause en retenant notamment qu'elle sanctionnait une obligation de résultat non expressément exemptée et accroissait la dépendance économique du distributeur d'une manière contraire à la logique exprimée aux considérants 17 et 20 du règlement 123/85. Cette analyse a d'ailleurs également été adoptée par le Tribunal de commerce de Bruxelles dans un jugement du 28 novembre 1991 concernant le contrat de concession Fiat-Belgique. La juridiction belge a jugé cette convention nulle du seul fait qu'elle ne respectait pas les règles de durée minimale prévues par le règlement et que ces clauses restrictives de concurrence essentielles (exclusivité de marque) ne pouvaient dès lors bénéficier de l'article 85, § 3. Cependant, dans son arrêt de novembre 1993, la Chambre commerciale a estimé pour sa part que la nullité éventuelle d'une disposition contractuelle ne doit pas s'apprécier par rapport au règlement d'exemption, mais uniquement au regard de l'article 85, § 1.

Cette approche pose un réel problème. La CJCE a certes rappelé dans l'arrêt *Magne* de 1986 qu'un règlement d'exemption n'a pas de valeur contraignante. Il n'en demeure pas moins qu'il est évidemment difficile pour un plaideur de rapporter la preuve de l'effet anticoncurrentiel d'une clause au sens du droit communautaire, dans le cadre d'un litige individuel, et qu'il est également difficile pour le juge national de l'apprécier. De plus, au cas d'espèce, la clause litigieuse n'était pas expressément prohibée par le règlement d'exemption.

Cependant, à la lecture de l'arrêt de la Chambre commerciale, il semble que son analyse n'aurait pas été réellement différente, même si cela avait été le cas. L'arrêt élude en effet la question de la conformité ou de la non-conformité de la clause au règlement et casse la décision d'appel du seul fait que la démonstration de son effet anticoncurrentiel au sens de l'article 85, § 1, n'a pas été faite.

Au vu de cette approche, on peut se demander quelle va être la position du juge national face à l'article 6 du nouveau règlement. Cet article définit en effet un système de sanction qui trouve son fondement direct dans le règlement lui-même et qui semble d'ailleurs jouer même dans des situations individuelles. L'article 6, § 9, dispose par exemple que l'exemption ne s'applique pas dès lors que le fournisseur restreint directement ou indirectement la liberté d'apport en pièces de rechange de qualité équivalente « *du distributeur* », au singulier, par opposition à d'autres hypothèses de l'article 6 où le pluriel est employé.

Dès lors, va-t-on rester dans la logique qui semble découler de l'arrêt du 9 novembre 1993 et continuer de subordonner le prononcé de la nullité d'une clause à la seule démonstration de son effet anticoncurrentiel au sens de l'article 85, § 1 ? Va-t-on au contraire considérer qu'une clause ou une pratique non exemptée au regard de l'article 6 du nouveau règlement constitue bien *a priori* une pratique restrictive de concurrence au sens du droit communautaire ?

**M<sup>e</sup> COCCHIELLO.**— À quoi sert finalement de continuer à édicter des règlements d'exemption si, par le biais d'une juridiction nationale, on vient réduire leur portée ? En fait, se trouvant confronté à l'examen d'une clause, dont un plaideur soutiendra qu'elle n'est pas expressément exemptée et qu'elle constitue une restriction de concurrence de telle sorte que le bénéficiaire de l'exemption doit être levé, le juge national aura trois possibilités : il peut d'abord constater que la clause est expressément prohibée, et alors l'exemption ne s'applique pas. S'il constate que la clause est autorisée, l'exemption s'applique. Et, troisième cas de figure, le juge se trouve face à une clause non prévue par le règlement, qui – va-t-on alléguer – est restrictive de concurrence. Que va faire ce magistrat ? Il va interpréter comme l'a fait la Cour de cassation dans l'arrêt *Rover*. Elle a considéré que cette clause de quota, même si elle emportait une obligation de résultat, n'était pas pour autant empreinte d'une restriction de concurrence, qu'elle n'affectait pas le commerce entre États membres et que le contrat était donc valable.

Dès lors que l'article 85-1 du traité de Rome est d'application directe, le juge a le pouvoir, face à n'importe quel litige, de se prononcer pour savoir si telle ou telle clause enfreint les dispositions de l'article 85-1. Pourquoi ne pourrait-il pas, à l'inverse, analyser cette clause pour dire qu'elle ne l'enfreint pas ? Dès lors, la seule question est de savoir si la clause dépasse finalement ce qu'autorise le règlement.

**M. LÉONNET.**— Dans le cas où la clause est prohibée par l'article 6 du règlement, un tribunal de commerce ou une Cour d'appel aura tendance à dire que le règlement l'interdit. Je ne suis pas sûr que la Cour de cassation ira dans le même sens parce qu'elle ne connaît que le traité ; elle ne connaît pas les règlements, les clarifications ou autres. Si elle a le moindre doute, elle renverra en interprétation (article 177 du traité), et si, en revanche, elle l'admet, elle le fera par application directe du traité. C'est une démarche que nous avons toujours eue ; c'est, du reste, la démarche suivie par le Conseil d'État. Le problème serait tout à fait différent à l'égard d'une directive, notamment d'une directive d'application directe, la Cour de cassation s'inclinerait incontestablement parce que nous sommes dans la droite ligne du traité. C'est finalement un problème de droit constitutionnel qui se pose, c'est tout. Le règlement, c'est un peu comme un décret. Je vous rassure quand même : à leur niveau, les juges du fond auront, eux, tendance à appliquer la règle en se fondant sur les règlements. Je mentionnerai, par exemple, un arrêt *Gayraud c. New Holland* du 21 mai 1996, qui n'a pas été publié mais diffusé, et qui concerne des tracteurs agricoles qui échappent au règlement 123/85. Que dit-il ? « Mais attendu que, même si la nature de l'obligation imposée par le concédant empêche la clause d'objectif de bénéficier de l'exemption catégorielle prévue par le règlement 123/85 [vous voyez qu'on se réfère quand même à ce règlement !], l'accord n'en n'est pas pour autant nul ; que la



Cour d'appel, après s'être référée à l'article 85-1 du traité, en a fait une application au cas d'espèce conforme à la jurisprudence communautaire en décidant que l'obligation de résultat et la faculté d'assortir la non-exécution d'une clause de pénétration économique d'une sanction de résiliation étaient licites dès lors qu'elles étaient fondées sur des critères objectifs et dès lors qu'il n'était pas établi que l'application qui en était faite par le concédant était arbitraire et discriminatoire ». Cet arrêt s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour de cassation. On fait des références et on lance des coups de chapeau...

La Cour de cassation est parfois saisie de moyens soulevés à propos des clarifications : quelle est la portée d'une clarification ? C'est comme une circulaire, on ne peut quand même pas lui donner une importance trop grande sous prétexte que cela a été fait au niveau communautaire. On ne tient compte que de la directive et du traité, même si on étudie attentivement les règlements. Et s'il y avait vraiment une incompatibilité entre les deux, je pense qu'on le dirait. Mais, dès qu'il y a un problème, il y aura lieu à application de l'article 177.

**M. GOYER.**— La forme de distribution autorisée par le règlement 123/85 (et son successeur, le règlement 1475/95) est une distribution normalement incompatible avec l'article 85, § 1, du traité car elle inclut une sélection des distributeurs qui est « quantitative » – et non « qualitative » – basée de surcroît sur l'*intuitus personae* et avec interdiction expresse de vendre aux revendeurs non-agrérés. Objet d'un règlement d'encadrement, en tant que régime dérogatoire à la règle de libre concurrence, elle n'est pas rendue obligatoire pour autant. Néanmoins, le constructeur qui décide de l'adopter – ce qui est aujourd'hui, et depuis 1985, le cas général dans toute l'Europe – est obligé d'en respecter les conditions..., sauf à se placer hors règlement, donc hors exemption catégorielle et, peut-être, en fonction du contexte contractuel, juridique et économique, hors exemption de l'article 85, § 3, au titre du régime général de la concurrence prévu au traité. C'est dire l'importance du contexte dans le cas où le juge national doit apprécier des dépassements par rapport au cadre d'exemption du *règlement*. Apparemment, c'est ce que la Cour de justice semble avoir tenu à rappeler dans son arrêt du 24 octobre 1995 *Bundeskartellamt c. Volkswagen* (C-266/93, Rec., p. I-3508) dont le n° 21 se lit : « il y a lieu de relever que [ces accords de leasing] se greffent sur les contrats de distribution de Volkswagen dont il est constant qu'ils sont contraires à l'article 85/1 mais exemptés par le règlement 123/85 ».

Or, les restrictions autorisées conditionnellement par les règlements 123/85 ou 1475/95 se déroulent, pour le secteur automobile, dans un contexte où l'on constate, premièrement, un effet de masse au sens de l'arrêt *Délimitis* du 28 février 1991 (C-234, Rec., p. I-935) par effet convergent d'un faisceau de contrats analogues ayant vocation à éliminer tout commerce libre, et, deuxièmement, un effet de cloisonnement sur base nationale au sens de l'arrêt *Rémia* du 11 juillet 1985 (C-42/84, Rec., p. 2545, n° 22), par la présence dans chaque cas d'un réseau national consolidant les cloisonnements qui entravent l'interpénétration voulue par le traité. C'est du moins ainsi que l'application directe du traité est vue à la fois par le TPI et la Cour de justice. J'ai déjà eu l'occasion de rappeler que, s'agissant de relations contractuelles « verticales », cette règle du contexte, qui a été dégagée par la Cour de justice depuis les origines, gouvernerait l'appréciation même pour des pratiques contractuelles/verticales dont on pourrait douter aujourd'hui qu'elles affectent véritablement – considérées isolément – la concurrence au sens de l'article 85 : les travaux sur le Livre vert consacré aux restrictions verticales ne pourront pas effacer la jurisprudence de la Cour et du TPI quant au contexte des systèmes sélectifs de distribution des parfums, des automobiles, ou de tout autre chose. Or, en écoutant les intervenants précédents, je ne trouve pas trace de cette dimension de la question



dans la jurisprudence nationale française, jusqu'à et y compris avec l'arrêt *Rover* de 1993 cité par M<sup>e</sup> Bourgeon.

## DÉBAT

**M. VOGEL.**— Pour amorcer le débat, je me tournerai vers M. Goyer. Vous travaillez déjà sur ce qui adviendra après le règlement : y a-t-il des chances que ce règlement soit reconduit, ou la Commission pense-t-elle à d'autres systèmes de distribution qui poseront moins de problèmes au juge national ?

**M. GOYER.**— La majorité des services de la Commission pense à d'autres systèmes où la distribution ne serait pas à *la fois* exclusive et sélective : il faudrait alors, pour l'automobile, choisir l'un ou l'autre comme c'est déjà le cas pour tous les autres secteurs économiques. Mais nul ne sait encore ce qui sera décidé. Cela dépend aussi de l'image que va donner le secteur automobile jusqu'à la date d'expiration du nouveau règlement : c'est donc une question largement psychologique. C'est vraiment une question qui reste posée ; et la suite est dans la main des réseaux, des équipementiers, des constructeurs. Il leur faut faire un effort s'ils veulent éviter que soit supprimé un système qui a fait ses preuves, selon les uns, mais présente trop d'inconvénients, selon les autres.

**M. VOGEL.**— Dans l'hypothèse où le système ne serait pas maintenu, à quoi pensez-vous comme système alternatif ?

**M. GOYER.**— Ce pourrait être le règlement 1983/83, avec la distribution exclusive, mais non plus à la fois exclusive et sélective, comme ce pourrait être la déréglementation pure et simple avec retour à la règle générale. À ce propos, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 introduit en France un article 36-6 dans l'ordonnance de 1986, où le législateur français parle d'« un accord de distribution sélective ou exclusive » : est-ce volontaire ? Parce que si la distribution est soit sélective, soit exclusive, alors il n'y a aucun problème de concurrence ! Je ne comprends donc pas ce que vise, ni à quoi vise, votre « amendement de Roux ».

**M. LÉONNET.**— Le vrai problème, c'est qu'on n'a jamais, juridiquement, opéré de distinction très nette entre la concession exclusive et la distribution sélective. Et on est obligé de répondre par des nuances : pour la concession, la territorialité est plus large et la hiérarchie peut-être plus pesante, alors que pour la distribution sélective, le critère de territorialité est plus souple avec, en plus, une image de marque, d'enseigne, et pour des produits moins lourds.

**M<sup>e</sup> Jean-Claude FOURGOUX, Avocat à la Cour de Paris.**— Je voudrais faire une observation sur ce que vient de dire M. le Conseiller Léonnet. Je crois tout de même qu'il y a une distinction entre la distribution sélective et la distribution exclusive. L'exclusivité, c'est un contrat dans lequel le concédant décide qu'il va accorder un territoire, une exclusivité. Il est libre de choisir qui il veut ; même si c'est un mauvais commerçant, peu importe. Dans la sélectivité, le principe c'est que quelqu'un qui n'est pas dans le réseau peut exiger d'y entrer s'il remplit les critères de choix objectifs. Vous me direz que c'est la théorie.

**M. LÉONNET.**— C'est effectivement de la théorie. Et les listes d'attente ! ?

**M<sup>e</sup> FOURGOUX.**— C'est à l'origine de bien des litiges dans le domaine des parfums, parce qu'on reproche aux grandes marques de ne pas admettre des distributeurs qui rempliraient les

conditions de sélectivité. La sélectivité, ce n'est pas le choix arbitraire ; l'exclusivité, c'est le fait d'être désigné pour avoir la maîtrise totale sur le territoire.

**M<sup>e</sup> BOURGEON.**– Ce n'est pas tout à fait ce que dit le Conseil de la concurrence, pour qui l'exclusivité, c'est de la sélectivité plus un choix quantitatif en particulier dans sa décision 91-D-22 du 14 mai 1991.

**M<sup>e</sup> FOURGOUX.**– Je voudrais dire, M. Goyer, qu'avec le règlement d'exemption, la Commission fait le grand écart, puisqu'il faut à la fois défendre les réseaux – ce qui est normal –, et assurer que les importations parallèles ne seront pas freinées.

**M. GOYER.**– La Commission n'est pas le chevalier du parasitisme. Si, demain, les réseaux sont étanches et les contrats licites, les « parallèles » n'auront plus de véhicules à vendre. Par principe, dans un système sélectif, il peut très bien y avoir zéro importation parallèle, faute de revendeurs indépendants. C'est bien pour cela que nous exigeons la possibilité concrète des achats via les mandataires et des ventes croisées. Nous ne faisons donc pas le grand écart pour protéger les importations parallèles en tant que telles.

**M<sup>e</sup> FOURGOUX.**– Une dernière question sur le multimarquisme que je considère être un faux multimarquisme. Une entreprise en difficulté ne peut pas, de but en blanc, distribuer d'autres marques ; elle peut à la rigueur s'intéresser à une entreprise qui exerce ailleurs son activité, voire prendre une participation dans une autre société, ce qui est une façon de favoriser les groupes de concessionnaires. Cela ne répond pas, je pense, à la difficulté du concessionnaire qui a du mal à s'en sortir et qui ne peut pas imposer à son concédant de pouvoir travailler pour une autre marque.

**M. GARDIN.**– Je ne partage pas votre avis, M<sup>e</sup> Fourgoux. Le multimarquisme suppose, c'est bien évident, de disposer de locaux de vente séparés ; mais, dans une salle comme celle où l'on se trouve, vous pouvez tirer une cloison avec deux portes et vous obtenez des locaux de vente séparés. Cela a d'ailleurs été un grand sujet d'irritation pour les constructeurs. Ils souhaitaient que soit exigée la disposition d'établissements séparés. Et vous avez quand même l'atelier commun qui est une chose tout à fait reconnue. Je crois qu'un grand pas en avant a été fait vers le multimarquisme. L'entreprise en difficulté avait déjà la possibilité, avec l'accord du concédant, de faire du multimarquisme et, maintenant, elle n'a même plus besoin de l'accord du concédant.

**M. SARFATTI.**– M. Goyer, vous vous défendiez avec force d'avoir organisé avec le nouveau règlement un statut favorable au concessionnaire. C'était assez savoureux de vous voir ensuite revenir en avocat du concessionnaire et souffler au juge national le principe d'une indemnité en cas de résiliation ordinaire pour tenir compte de l'investissement très lourd. Et, comme le rappelait le Professeur Vogel, la libre concurrence suppose également de laisser la porte ouverte aux nouveaux venus. Or, il est évident qu'après deux ou trois résiliations assorties d'indemnités très lourdes, le constructeur – le concédant – serait plutôt dissuadé de résilier et donc peu enclin à admettre dans son réseau de nouveaux revendeurs agréés. On pourrait, partant de ce principe, admettre que ce serait une pratique juridictionnelle restrictive de concurrence.

**M. GOYER.**– Tout est question de mesure et d'équilibre. Aujourd'hui que se passe-t-il en fait sur le terrain ? On vous dicte des investissements et, huit jours après, on vous résilie (résiliation ordinaire) sans prendre aucun risque. M. Gardin vous a expliqué plus haut, de toute

façon, comment le concessionnaire est obligé de « suivre » en misant chaque fois qu'on le lui demande... Le jeu est donc faussé.

**M. LÉONNET.**– Rassurez-vous, les tribunaux nationaux condamneraient sans problème dans un tel cas.

**M. GOYER.**– Bravo, alors il n'y a plus de problème. Pour revenir à la question de savoir si le règlement dessine un statut du concessionnaire, j'ai déjà expliqué que ce dernier est en fait utilisé comme « instrument de concurrence », selon une idée des pères du règlement. Cela signifiait pour eux que, lorsque des professionnels constatent des écarts de prix de 20 % à 25 % auprès de leurs sources, ils vont se déplacer de l'une à l'autre et aller acheter dans le réseau de la même marque du pays d'à-côté. Mais, pour cela, il ne faut pas qu'ils soient trop dépendants économiquement : plus exactement, il faut que le règlement n'aggrave pas leur dépendance économique naturelle. C'est ce jeu-là qui est faussé depuis 10 ans d'une manière qui a affecté l'image du système 123/85.

**M. SARFATTI.**– Vous affichez la volonté de réduire la différence des prix au nom de la libre circulation des marchandises, mais ne peut-on pas vous reprocher de fixer cet objectif au mépris de différences économiques qui sont encore considérables entre les États membres et de placer le concédant devant une alternative : soit il aligne les prix des voitures qu'il vend en France sur les prix pratiqués en Grèce et il est étranglé, soit il aligne les prix qu'il pratique en Grèce sur les prix qu'il pratique en France et alors, en Grèce, les gens se déplacent en vélo ou à pied...

**M. GOYER.**– En fait, vous évoquez les conséquences de l'arrêt *Siréna* de 1971 <sup>(140)</sup>, où la Cour de justice avait constaté que des entraves à la libre circulation peuvent aussi, quelquefois, d'une certaine façon, affecter la concurrence. Et ceci est ensuite devenu la règle. C'est cela aussi la téléologie et je comprends votre discours, et j'y adhère même dans une grande mesure.

**M. Michel NIVOLIEZ**, *Direction du Marketing d'Automobiles Peugeot.*– J'avais lu avec intérêt le titre de cette partie du colloque, « Vers un régime commun du contrat de distribution », et j'avoue être déçu, voire un peu frustré, qu'il n'ait été question que de « feu le 123/85 » et de « l'éphémère 1475/95 ». J'avais espéré qu'à la veille de la parution du Livre vert, M. Goyer soulèverait un peu le voile sur ce que la Commission envisage pour l'après 2002. J'ai cru comprendre en effet qu'on s'orientait vers la suppression des exclusivités et des exemptions sectorielles, au profit d'un système permettant de gérer de la même façon l'ensemble des formes de commerce, sur la base d'un principe de sélectivité. Mais alors, sur quels critères ?

**M. GOYER.**– Il faudra pour le savoir que soient réglées les querelles d'écoles. Par exemple interviendra demain le verdict dans les affaires Yves Saint-Laurent et Givenchy. La Cour va-t-elle accepter la clause d'enseigne ? C'est très important parce que c'est une clause d'effet quantitatif que nous avons placée hors 85-1 ; ce n'est pas vraiment la règle de raison mais c'est quand même donner la primauté à l'outil dont parlait le Professeur Kovar depuis belle lurette : l'analyse sous 85-1 avant l'analyse sous 85-3. L'heure est donc à poser les problèmes – ce que fait le Livre vert – non à les régler en préjugant les résultats du débat sur les relations verticales.

(140) CJCE 18 fév. 1971, aff. 40/70, *Siréna* : Rec., p. 69.

**M<sup>e</sup> Alain DESMAZIÈRES de SÉCHELLES**, *Avocat à la Cour de Paris.*— Le grand absent de la discussion d'aujourd'hui, c'est en quelque sorte la question de la mise en place d'une monnaie unique. Quel sera l'impact de l'euro sur le fonctionnement des réseaux de distribution ? Par ailleurs, je ne partage pas du tout l'opinion de M. le Conseiller Léonnet en ce qui concerne les règlements. En vertu de l'article 189 du traité de Rome, ils ont un effet direct. En tant que normes de droit communautaire, ils priment bien évidemment le droit interne contraire...

**M. GOYER.**— Il est visible qu'il existe, en France, une volonté de ne pas poser la question préjudicielle malgré l'article 177 du traité qui en fait obligation. Reste, pour les petits plaignants, la voie de la Cour européenne des droits de l'homme !! Sur le problème monétaire, nous pensons tous que la monnaie commune devrait enfin arranger 90 % des problèmes. Et je sais que l'industrie la souhaite. Je crois que les concessionnaires n'ont rien contre. Nous l'attendons tous, en fait, pour être un peu soulagés de beaucoup de problèmes.

**M. GARDIN.**— Je dois dire que la monnaie unique est une solution et une perspective séduisante. Mais les prix ne constituent qu'une composante du problème. Ils ne sont pas forcément liés à la monnaie unique : c'est la définition du prix des véhicules dans chaque pays qui compte, car les prix peuvent être différents en euro ; la fiscalité des différents États est le deuxième élément ; la politique tarifaire des constructeurs est le troisième élément de disparité de prix. La fiscalité nous inquiète beaucoup. Quant à la politique des constructeurs, elle est due, dans certains cas, aux surcapacités de production. On ne réglera pas tout en réglant un tiers des problèmes.

## **DIVERSITÉ DES SECTEURS, PLURALITÉ DES PRATIQUES CONTRACTUELLES**

**M. Pierre-Louis DOUCET**, *Membre de la CCIP, Président du Comité technique du CREDA.*— Mesdames, messieurs, en l'absence du Président Flahault que des obligations de dernière minute empêchent de vous recevoir ce matin, il me revient, en ma qualité de Président du Comité technique du CREDA, de vous accueillir dans les locaux de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de vous y souhaiter la plus cordiale bienvenue.

Nous sommes donc à mi-parcours de ce « Tour du monde de la distribution », que nous bouclerons en deux jours ! Ce périple nous a conduits hier, dans une première étape française, à redécouvrir quelques spécificités juridiques de notre pays. Puis, franchissant les frontières, nos regards se sont arrêtés sur des paysages tour à tour allemands, italiens, anglais. Enfin, transcendant les frontières, nous avons fait escale à Bruxelles pour y prendre la mesure de la dimension communautaire de ces problèmes de la distribution, tout spécialement de la distribution automobile.

Aujourd'hui, deuxième et dernier jour du voyage, notre feuille de route nous ramène en France et va nous permettre de cheminer dans la diversité des secteurs de la distribution. Partant de la franchise, nous nous arrêterons ensuite sur les particularismes du contrat de bière, ceux de la distribution intégrée des carburants puis de la distribution sélective des parfums. Notre attention se portera enfin sur la grande distribution et ses relations avec l'industrie.

Nos échanges d'aujourd'hui sont donc résolument placés sous le signe de la diversité et de la pluralité. J'y vois l'illustration de ce qui constitue la vocation fondamentale de notre compagnie consulaire : représenter, défendre sans exclusive les intérêts de toutes les catégories d'entreprises, quels que soient leur secteur d'activité ou leur dimension, et cela en développant la concertation la plus large, aussi bien avec les milieux économiques qu'avec les pouvoirs publics. Sans plus tarder, je passe la parole à M. le Bâtonnier Leloup qui va diriger nos débats sur la franchise.

## LA FRANCHISE : VERS DE NOUVELLES PRATIQUES CONTRACTUELLES ?

**Table ronde** animée par **M. le Bâtonnier Jean-Marie LELOUP**, *Avocat au Barreau de Poitiers*

**M<sup>e</sup> LELOUP.**— M. le Président, je vous remercie de la bienveillance de votre accueil et je suis heureux dans ce séminaire forain – car nous sommes dans le troisième lieu d'accueil – de me trouver à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, entouré des diverses personnes qui vont, mesdames et messieurs, vous entretenir de l'évolution du contrat de franchise.

Les organisateurs de ce colloque ont fait preuve d'une très grande sagesse en accompagnant le titre de notre rencontre d'un point d'interrogation : « Vers de nouvelles pratiques contractuelles ? ». Il permet toutes les hypothèses et ne nous enferme pas dans telle ou telle direction. Mais, en même temps, en nous conviant à l'étude des pratiques, c'est-à-dire à une étude fonctionnelle, le titre sous-entend que le concept est maintenant parfaitement défini. Il est vrai que, depuis le règlement communautaire de 1988 sur la franchise, dont on a pu dire qu'il était le premier contrat nommé du droit européen, nous savons ce qu'est le concept de franchise. Notre droit français, lui, s'est refusé jusqu'alors à le définir. Nous nous sommes contentés à propos d'un certain nombre de déviations, perversions, défaillances, de prendre la loi du 31 décembre 1989 et son décret d'application de 1991 sans oser définir le concept, si bien que le domaine d'application de cette loi, dite loi Doubin, qui avait été inspirée par un certain nombre de difficultés en franchise, est en vérité beaucoup plus large : la location-gérance, la concession, un grand nombre de licences de marques, tombent en vérité dans le champ d'application de ce texte.

Ce texte a fait école et la très récente et intéressante loi espagnole du 6 janvier 1996 adopte une formule d'obligation précontractuelle tout à fait comparable à celle de la loi Doubin : le délai de vingt jours est strictement repris par la loi espagnole. Mais le législateur espagnol a été plus courageux que le législateur français et cette obligation d'information précontractuelle est limitée à la vente en franchise. Ce qui nécessitait de définir la franchise, et à ma connaissance la loi espagnole est la première qui se soit attachée à ce travail. Elle l'a fait en s'inspirant d'un motif de l'arrêt Pronuptia et du règlement communautaire. Pour la loi espagnole, la franchise est l'activité commerciale réalisée en exécution d'un contrat par lequel une entreprise cède à une autre le droit à l'exploitation d'un système spécifique de commercialisation de produits ou de services. Cette définition légale me paraît cependant méconnaître ce qui va faire le succès éventuel de la franchise, c'est-à-dire la pertinence économique de ce système propre.

C'est la raison pour laquelle – on n'est jamais aussi bien lu que par soi-même – je me permets de lire une définition un peu scolaire, un peu didactique que je me suis permis d'avancer au sujet du contrat de franchise : « Contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise confère à une ou plusieurs autres entreprises le droit de réitérer sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permette à un franchisé diligent de faire des affaires profitables » (141). La notion fondamentale dans le contrat de franchise, est l'avantage concurrentiel que les franchisés vont trouver en contrepartie de leur adhésion au système du franchiseur et de leur entrée dans le réseau du franchiseur.

À vrai dire, l'expérience le prouve, quand il y a des catastrophes en franchise, quand il y a des misères ou des déceptions, il n'y a jamais que deux causes : ou bien une défaillance du savoir-faire qui ne donne pas l'avantage concurrentiel qui eût été nécessaire, ou bien le choix d'un mauvais franchisé. Ce qui veut dire que les praticiens, les chefs d'entreprise, franchisés ou franchiseurs, ont la nécessité, aussi bien dans leurs négociations précontractuelles que dans l'exécution du contrat, de réfléchir à leurs pratiques ; et, sans doute, allons-nous pouvoir les interroger sur l'évolution telle qu'ils la vivent de ce contrat de franchise ; et très certainement aussi, allons-nous constater que, si le concept est maintenant connu, il peut avoir un certain nombre de modalités d'application, un certain nombre de combinaisons. Le mécanisme de la franchise peut se combiner avec d'autres. Est-ce le moment d'évoquer cette chaîne américaine qui nous convie depuis peu à prendre le petit déjeuner et qui combine dans son organisation contractuelle un contrat de location-gérance avec un contrat de franchise, le tout précédé d'une formation qui occupe pratiquement une année entière ? De plus, si la franchise est une formule qui attire tant, c'est sans doute qu'elle correspond à un besoin du marché, à un appel du consommateur, et je voudrais à cet égard interroger M. Jean-Louis Lacroix sur la connaissance qu'il a du consommateur et la réponse que la franchise peut donner aux appels de celui-ci.

**M. Jean-Louis LACROIX**, *Secrétaire général de la société ÉRAM.* – Le titre de notre réunion est « Diversité des secteurs, pluralité des pratiques contractuelles ». Cette diversité se vérifie au sein même de notre entreprise, puisque nous utilisons plusieurs types de franchise simultanément, pour répondre à l'évolution du marché. La première franchise ÉRAM était proposée par la société industrielle du groupe à des détaillants indépendants opérant dans un secteur où la demande évoluait relativement lentement, saison après saison, et qui appelait une réactivité au marché beaucoup plus faible qu'aujourd'hui. Nous cherchions à faire connaître notre enseigne sur l'ensemble du territoire national, dans un délai relativement court, et sans avoir, bien entendu, à mobiliser les investissements qu'aurait exigé un développement direct au moyen de succursales. Les données générales du contrat étaient extrêmement libérales pour les candidats franchisés et prévoyaient une obligation d'approvisionnement à hauteur d'un tiers de leurs achats totaux, une redevance modérée, et ni droit d'entrée, ni d'exigence particulière en matière d'aménagement de leur point de vente. Où était l'avantage concurrentiel ? Il résidait bien évidemment dans la qualité de l'approvisionnement que pouvait apporter l'industriel et la connaissance qu'il avait lui-même de la distribution dans une centaine de points de vente gérés en propre à l'époque.

Notre franchise se devait d'évoluer. Du reste, l'exemple d'ÉRAM n'est pas un cas d'espèce ; il est transposable, car il reflète une tendance générale de l'évolution du marché et

(141) *La franchise, droit et pratique*, Delmas, 2<sup>e</sup> éd., 1991.



des réponses que leur ont apportées les franchiseurs. La distribution s'est en effet considérablement concentrée. Les détaillants qui détenaient l'essentiel de la distribution il y a encore vingt ans sont devenus aujourd'hui minoritaires en passant d'une part de marché de 66 % à environ 30 %. Et ce, au profit des grands succursalistes. L'avantage concurrentiel de ces derniers tient à leur puissance d'achat et à la maîtrise d'une logistique propre qui leur permet, en quelques heures, de savoir, magasin par magasin, ce qui s'est vendu à Marseille, Lille, Düsseldorf ou Bruxelles, et de réapprovisionner leurs points de vente en conséquence.

Dans ces conditions, que devient le détaillant de centre ville exposé à la concurrence des succursalistes, même si ce détaillant est un franchisé de « première génération », qui achète à un VRP tous les six mois, sans avoir de visibilité aucune sur l'état du marché, puisque, par définition, cela se passe six mois avant ? Le défi lancé au franchiseur était de maintenir à ses côtés un ensemble de franchisés en leur procurant les mêmes avantages concurrentiels qu'à ses propres succursales. Il fallait donc, par le biais de nouveaux contrats de franchise, faire profiter les détaillants des grandes villes de la logistique propre de l'entreprise, en mettant à leur disposition un système d'information et un savoir-faire qui, en l'espèce, est un savoir-acheter. À travers cette évolution, les contrats conçus à cet effet ont atteint un degré d'intégration bien plus élevé que les contrats initiaux.

Cette intégration implique évidemment l'approvisionnement exclusif des franchisés par le franchiseur et des dispositions plus contraignantes, en particulier, en matière d'aménagement des points de vente, le tout dans le respect des critères de licéité énoncés par le règlement communautaire d'exemption catégorielle relatif à la franchise. Les investissements en jeu, à travers cette évolution, et le montant des besoins de financement qu'elle implique aujourd'hui, sont sans commune mesure avec les franchises de la première génération. Les franchisés sont donc amenés à investir des sommes plus grandes et à financer un fonds de roulement plus élevé. C'est là où se pose la question à laquelle l'entreprise de restauration rapide évoquée à l'instant a apporté une réponse originale ; et je crois, en effet, qu'elle trace une voie possible pour répondre à des situations où le franchisé est apporteur de son talent, de son énergie et de sa capacité à travailler et ne dispose pas des capitaux nécessaires pour s'implanter, notamment, dans les grandes surfaces spécialisées de la périphérie des villes.

La diversité des pratiques contractuelles se trouve ainsi illustrée par l'expérience de l'entreprise que je représente ici. Celle-ci, en effet, propose et gère simultanément plusieurs formules de franchise, dont la plus récente s'inscrit au sein d'une transformation profonde des réseaux de distribution dans le sens d'une plus grande intégration des activités des franchisés.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– M<sup>me</sup> Frybourg, du point de vue du franchisé, à la fois en contact avec le consommateur et le franchiseur, que percevez-vous et que validez-vous dans l'excellente analyse de M. Lacroix ?

**M<sup>me</sup> Michèle FRYBOURG,** *Président de SA Nova Meubles, Membre de la CCIP.*– Effectivement, la franchise est un élément extrêmement important de la distribution et le commerce indépendant n'a plus véritablement d'avenir. À une époque où l'information circule très rapidement, le commerçant indépendant – et j'en parle en connaissance de cause, puisque je suis chargée de m'occuper du commerce au sein de cette maison –, le commerçant donc est trop dans sa boutique, il ne peut pas savoir ce qui se passe. La franchise répond surtout à un besoin du consommateur. Il se sent rassuré par une enseigne nationale. C'est pourquoi j'ai suivi ce cheminement. J'avais une entreprise qui fonctionnait très bien mais le consommateur, lorsqu'il venait chez moi – chez *Nova Meubles* : ce n'était donc pas une enseigne –, me disait :

« Quand j'achète un produit à ce prix, je préfère avoir une enseigne qui réponde à mes besoins », comme cela se passe dans la mode quand on veut une griffe. Et je reste persuadée, malgré les déboires que j'ai subis, que la franchise est une voie essentielle pour le développement du commerce. Bien entendu, il ne faut pas qu'il y ait un exploitant et un exploité ; il faut que les règles du jeu soient remises à plat. La loi Doubin a été un élément fondamental de changement, mais, après une dizaine d'années de fonctionnement, le temps est venu soit de la toiletter soit de la compléter.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– J'observe que, tant M<sup>me</sup> Frybourg que M. Lacroix, ont annoncé la mort du commerçant indépendant. Peut-être vaudrait-il mieux que nous parlions du commerçant isolé car si le commerçant « indépendant » est en voie de disparition, que restera-t-il ? On peut craindre alors des conséquences juridiques considérables. M<sup>me</sup> Frybourg pense qu'il y aurait lieu de revoir la loi Doubin. Sur cette question, je demande à M<sup>e</sup> Baschet de bien vouloir nous apporter une réponse.

**M<sup>e</sup> Dominique BASCHET, Avocat à la Cour de Paris.**– Si la franchise n'est pas toujours l'enfant de l'amour entre franchiseur et franchisé – M<sup>me</sup> Frybourg en sait quelque chose –, la franchise est plutôt l'enfant du miracle. En effet, le contrat de franchise est quasiment le seul contrat d'affaires qui ne fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique. Il y a certes la loi Doubin, mais il s'agit d'une législation indirecte. Ceci est extraordinaire dans la mesure où la franchise s'est développée en France depuis à peu près les années soixante-dix, et que les pouvoirs publics ne cessent, malgré les professions de foi libérale, de réglementer dans tous les domaines. On peut donc se féliciter qu'on laisse tranquilles les franchiseurs et les franchisés.

Pour qu'il y ait franchise, l'association de trois éléments mis à la disposition du franchisé par le franchiseur est indispensable : une marque et les éléments y afférents, un savoir-faire et une assistance permanente et continue. Ils font l'originalité et la spécificité de ce contrat.

En ce qui concerne la loi Doubin, au vu de sept années de pratique, on peut dire qu'elle était nécessaire ; elle a permis une moralisation, donc une transparence dans les relations entre franchiseurs et franchisés. Cependant, c'est une loi trop exigeante et trop formaliste. Certes, les renseignements sur la composition du réseau, sur le franchiseur, sur les principales clauses du contrat sont absolument indispensables. En revanche, les informations sur la marque, sur les bilans du franchiseur, le franchisé peut se les procurer lui-même ; celles sur les références bancaires du franchiseur, le franchisé à la limite n'en a pas besoin, compte tenu du secret bancaire. Dès lors, une réforme de la loi Doubin pourrait supprimer l'obligation portant sur certaines informations, ce qui serait plus souple.

Enfin, la loi Doubin est parfois difficile d'application. D'une part, son domaine est très difficile à cerner. L'article 1<sup>er</sup> parle d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Si on sait ce qu'est un engagement d'exclusivité, il est moins facile de définir ce qu'est un engagement de quasi-exclusivité. Par conséquent, toute réforme devrait préciser à quel type de contrat ce dispositif doit s'appliquer.

D'autre part, s'il y a un toilettage à faire, il doit concerner les sanctions. Si le décret d'application prévoit des sanctions pénales – contraventions de la cinquième classe –, la loi n'envisage aucune sanction civile en cas de non-respect de l'obligation d'information précontractuelle. Ce sont les tribunaux qui ont appliqué des sanctions civiles de façon désordonnée, puisque quatre solutions ont été retenues : la nullité du contrat ; la résolution du

contrat avec effet rétroactif, effet quasiment semblable à la nullité ; la résiliation du contrat sans effet rétroactif ; et enfin certains tribunaux ont considéré que, bien que la loi Doubin n'ait pas été respectée, le contrat de franchise demeurerait valable dès lors que le consentement du franchisé n'avait pas été vicié : c'est le cas notamment d'un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 21 juin 1996, dans une affaire *Pasquier*. Il est souhaitable qu'à défaut de modification de la loi, la Cour de cassation intervienne pour dire le droit sur ce point.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**— J'observe que vos vœux ont déjà été exaucés par la loi espagnole s'agissant du champ d'application et des documents à fournir puisque, au lieu de ce long décret qui occupe deux colonnes du *Journal officiel*, la loi espagnole s'est contentée, quant aux documents à fournir, de six lignes. Je souhaiterais maintenant que Jean-Paul Clément nous fasse connaître sa propre opinion sur les suggestions qui viennent d'être faites et peut-être qu'il aborde la question, à mon avis mal posée, de la propriété commerciale du franchisé qui a donné lieu à un certain nombre de décisions récentes qui font problème.

**M<sup>e</sup> Jean-Paul CLÉMENT**, *Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre.*— S'agissant en premier lieu de la loi Doubin, peut-être faut-il faire un toilettage de cette loi, c'est-à-dire éliminer des choses superflues, et il se peut que la loi espagnole soit un modèle. Mais, il reste quand même deux points difficiles, sans doute mal exprimés dans la loi et, peut-être, mal traduits dans la jurisprudence. C'est d'abord la notion d'exclusivité d'activité – ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont répondu sur cette notion. C'est ensuite ce point central et irritant : que signifie l'obligation faite au franchiseur d'informer son candidat franchisé du montant des dépenses et investissements qu'il devra faire et qui sont propres à l'enseigne ? Est-ce que ce sont les éléments qui vont permettre l'établissement d'un budget prévisionnel et d'un compte de résultat prévisionnel ? Est-ce que ce sont simplement les sommes à verser à titre de droit d'entrée, pour l'achat d'un pas-de-porte ou pour les agencements à réaliser ? Ou est-ce que cela va plus loin ? Là aussi, il faut préciser.

En matière de franchise, on vient de vivre, sinon une révolution, du moins un choc. De l'arrêt *But* à l'arrêt *Pasquier*, en passant par les arrêts *Avis* sur la propriété commerciale, *Phildar* sur l'exclusivité d'approvisionnement, sans oublier naturellement ces fameux arrêts, dont un en franchise, de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995 sur la détermination du prix, ces trois dernières années ont été fertiles. Ce qui me conduit à dire aux franchiseurs et aux franchisés présents qu'il faut adapter vos contrats à cette jurisprudence car ce *corpus* nouveau doit conduire à modifier certains comportements. À propos de la détermination du prix, je crois que M<sup>me</sup> Kamara, qui a fait un très brillant exposé hier, est un peu optimiste lorsqu'elle dit que l'abus dans la fixation du prix n'existe pas en pratique. Il existe bel et bien dans certains pseudo-réseaux de franchise, dans lesquels le but est de vendre du matériel au franchisé à un prix qui est manifestement abusif et excessif. Même si cela ne se situe pas dans le contrat à exécution successive (schéma contrat-cadre/contrats d'application habituel), puisque c'est au départ que l'abus se produit.

L'approvisionnement exclusif a fait l'objet d'une jurisprudence qui, de l'avis d'un certain nombre d'auteurs, dont M<sup>e</sup> Baschet, a été trop loin, puisque la Cour de cassation a transformé le mot « nécessaire » en « indispensable ». La Cour d'Amiens, la Cour de renvoi, ne s'est pas inclinée puisqu'elle estime, à propos du contrat *Phildar*, que, la formulation de spécifications objectives étant impraticable, le règlement d'exemption du 30 novembre 1988 était parfaitement observé et que le franchisé devait donc respecter l'exclusivité d'approvisionnement. Par ailleurs, la décision du Conseil de la concurrence du 28 mai 1996 dans l'affaire *Zannier* est fondamentale car elle soulève pratiquement tous les problèmes de la franchise.

S'agissant enfin de la propriété commerciale du franchisé, je ne suis pas du tout pessimiste. L'arrêt *Avis* est un arrêt d'espèce. Il n'est guère de risque en effet que les magistrats spécialisés dans les baux commerciaux étendent cette solution et affirment que le franchisé n'a pas droit à la propriété commerciale. En témoigne un arrêt *Bistrot de la Gare* du 18 janvier 1996 qui renvoie à expertise pour déterminer quelle est dans la clientèle la part du franchiseur et la part du franchisé. Il est évident qu'une partie de la clientèle – je ne dirai pas « appartient », car la clientèle n'appartient à personne – est attachée au franchisé et une partie est attachée à la marque. Dans certaines franchises, il est vrai que le rattachement au franchisé est faible, mais il en est d'autres dans lesquelles le lien avec la marque est aussi faible. Dans la majeure partie des contrats de franchise c'est du 50/50 ou du 60/40. Il est clair que, faisant usage de bon sens, le juge ne se laissera pas aller à cette dérive.

Pour conclure, il apparaît que les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 vont beaucoup plus loin que le problème de l'indétermination du prix car ils soulignent l'importance fondamentale dans notre droit de l'article 1134 du Code civil et de l'exécution de bonne foi des conventions. C'est en ce sens que la jurisprudence va évoluer.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Merci de cet apaisement s'agissant de la question de la propriété commerciale, comme de cette question – fondamentale – du champ d'application de la loi Doubin : que veut dire l'exclusivité ou la quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ? Si ce membre de phrase « pour l'exercice de son activité » a été ajouté, c'est sans doute que cela veut dire autre chose que si on s'était contenté d'évoquer une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Dans une décision récente, le tribunal de police de Cognac a considéré que l'infraction ne pouvait pas être retenue, bien que l'information précontractuelle n'ait pas été fournie, parce que le franchisé avait la possibilité, reconnue dans le contrat et utilisée en fait, de se livrer à une autre activité. Dès lors, si le franchisé est une personne physique, ne faudrait-il pas que le franchiseur fût quelque peu fou de l'empêcher de se livrer à une autre activité car, alors, on voit la disqualification en contrat de travail intervenir très rapidement ? Et si on donne un plein rendement à cette formule « pour l'exercice de son activité », que restera-t-il de la loi Doubin ?

**M. Jean-Paul BETCH,** *Conseiller à la Cour d'appel de Paris.*– Je voudrais revenir sur le propos de M<sup>e</sup> Clément indiquant que les arrêts de la Cour de cassation sur la détermination du prix étaient fondés sur l'obligation de bonne foi. Cela me semble très important parce que la loi Doubin prévoit que, pour la conclusion d'un accord de réitération, une information précontractuelle est indispensable pour le franchisé et, sur ce point, on perçoit mal comment, actuellement et à partir de ces acquis, pourrait se poser le problème de sa remise en chantier.

Sauf sur la question de la sanction pénale, qui a si rarement été appliquée. En effet, cette infraction pénale conduit tout naturellement, lorsque l'information précontractuelle n'est pas réalisée et par la nature même de la faute que son absence constitue, à la nullité du contrat de réitération liant un franchiseur à un franchisé – le contrat de franchise. Contrat dont le prix n'est pas, au premier chef, le prix des marchandises dont on a débattu pendant des années, mais d'abord et avant tout le droit d'entrée et la redevance.

Ensuite, mais ensuite seulement, se développe pour son exécution un flux d'affaires. Et s'est alors posé le problème de la détermination du prix, arbre qui a eu tendance à masquer la forêt. Mais cela a quand même permis d'affiner la définition du contrat de franchise. La Chambre commerciale a ainsi indiqué, en 1991, que le contrat de franchise, dont les ventes ne sont que l'expression concrète, avait pour objet prépondérant des prestations de services

mutuelles. Le franchisé a, lui aussi, l'obligation d'informer et de participer à la réitération du succès avéré du franchiseur, succès dont ce dernier lui a transmis, contre rémunération, le droit d'exercice et de mise en œuvre.

Plus délicat est le problème de la propriété commerciale. Mais il ne faut pas être trop pessimiste, parce que ne pas reconnaître au franchisé l'indépendance de son activité, le bénéfice du statut de la propriété commerciale découlant du décret de 1953 et l'existence d'une clientèle qui lui « appartient », si tant est qu'une clientèle puisse être l'objet d'une propriété, c'est surtout et inéluctablement poser la question de savoir qui, en matière de redressement et de liquidation judiciaires, devra faire l'objet d'une procédure collective. Il y a déjà des décisions qui ont étendu des redressements judiciaires pour immixtion, pour gestion « prépondérante » du franchiseur des affaires du franchisé. Ces décisions se sont appliquées à des cas particuliers, mais qu'en sera-t-il si on élimine la clientèle, la propriété commerciale du franchisé ?

En l'état actuel des choses, pour éviter les difficultés apparues avec l'indétermination des prix, il vaut mieux insérer dans les contrats de franchise la stipulation du bénéfice de la propriété commerciale pour le franchisé. C'est une règle de prudence et aussi de bonne foi.

Dans la franchise, il n'y a pas que la réitération par un franchisé du succès commercial du franchiseur. Il y a aussi un effet retour, l'enrichissement de ce succès par la contribution que le franchisé, par sa participation au réseau, va pouvoir apporter à ce succès commercial et dont il bénéficiera aussi.

Mais, cela fait naître des rapports qui sont des rapports imbriqués. Le franchisé, bien entendu, entend faire de bonnes affaires, il doit aussi, son intérêt bien compris le lui dicte, enrichir, par l'obligation d'information, le réseau auquel il appartient et dans lequel il puise une partie au moins de sa prospérité. C'est un flux permanent à la fois de fournitures mais aussi de renseignements et d'enrichissement en services.

Cela est si vrai que M. le Bâtonnier Leloup fait aujourd'hui autorité à la suite de ses travaux sur ce que l'on appelle maintenant la franchise principale et qui se révèle comme une évolution de la franchise classiquement entendue puisque le franchiseur finit par se « défausser » sur un franchisé dit « principal » du soin de susciter, de rechercher d'autres franchisés et qu'à partir de cette évolution surgissent des problèmes difficiles pour analyser ces nouveaux rapports et savoir s'il s'agit d'un contrat de mandat, d'une sous-traitance...

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– La Direction du commerce intérieur qui s'est beaucoup intéressée à ces problèmes de franchise et qui a fait aboutir la loi Doubin, à une époque où un certain nombre d'excès et de défaillances suscitaient une intervention, pourrait maintenant nous dire par la personne de M. Jean-Dominique Sarcelet quelles sont ses réflexions.

**M. Jean-Dominique SARCELET**, *Chef du Bureau de la législation et de la réglementation des entreprises commerciales, Direction du commerce intérieur, Ministère des PME, du Commerce et de l'Artisanat.*– Je crains, si j'en crois la pertinence et la force des propos tenus, que la cause ne soit déjà entendue et que l'on soit condamné à la toilette espagnole, si tant est qu'avec un petit coup de cognac, on n'enterre pas définitivement la loi Doubin. Il faut revenir sur ce qui a justifié cette loi qui reste nécessaire. Il y a toujours des raisons qui plaident pour cette information précontractuelle. Les six années qui ont précédé l'élaboration de la loi de 1989 ont bien montré qu'un travail en profondeur a été fait auprès des professionnels. La première démarche a été celle des professionnels de la franchise eux-mêmes qui sont venus nous dire :



« Il faut faire quelque chose ; il faut clarifier la situation. Notre code de déontologie n'y suffit plus. Il faut que nous soyons capables d'être clairs vis-à-vis de nos candidats franchisés ». C'est le rapport Olivier qui est venu montrer la nécessité de cette information précontractuelle. C'est aussi une concertation beaucoup plus large avec d'éminents juristes. Pour l'administration, il fallait permettre l'information précontractuelle en respectant trois libertés : la liberté contractuelle, la libre concurrence et la liberté d'entreprise. Autant dire qu'entre le ministère de la Justice, le ministère de l'Économie et des Finances et le ministère de l'Industrie, la partie n'était pas très facile parce que chacun craignait que, dans une disposition nouvelle pour préserver le candidat franchisé, on vienne égratigner l'une de ces trois libertés.

Ce n'est plus le réseau Talbot qui justifierait demain le vote de la loi Doubin mais il y a encore malheureusement dans l'actualité quelques affaires qui pourraient justifier la même prévention à l'égard de certains réseaux de franchise et donc la même nécessité de l'information précontractuelle.

On nous a dit « une loi nécessaire, mais aussi une loi trop exigeante et trop formaliste, donc il faut toiletter, il faut préciser ». Effectivement, il y a un caractère assez formaliste, non pas de la loi, mais du décret, parce qu'il est un compromis assez douloureux. L'essentiel est dans la loi, c'est l'alinéa 2. Aujourd'hui, on y mettrait la même chose. Je ne partage pas les craintes de M<sup>e</sup> Baschet : il s'agit bien de dire qui on a en face de soi et, pour bien identifier le franchiseur, il faut savoir d'où il vient, qui il est, où il va et, par conséquent, tous les renseignements contenus dans l'information précontractuelle, fournie vingt jours avant, sont nécessaires. Il y a certainement des éléments de l'information précontractuelle qui tiennent à l'existence d'une sanction contraventionnelle, et d'autres à la bonne foi. Toutefois, il est apparu bien normal dans un contrat qui engage autant, qu'on puisse en connaître les clauses essentielles quelques jours à l'avance, ne serait-ce que pour pouvoir consulter.

Donc, je ne vois pas qu'il y ait lieu à un toilettage de la loi ; quant au décret, ce serait à la marge. Cette loi n'est pas du tout formaliste ; elle n'est pas du tout exigeante. Elle est d'une extrême souplesse. En fait, ce qui agace à propos de cette loi, c'est que la jurisprudence est encore à bâtir. Il y a encore énormément de travail à faire. J'ai bien lu dans les chroniques des uns et des autres qu'on avait commencé à battre le fer sur l'application de la loi dans le temps. Bien sûr, la loi n'en disait rien. Qu'importe, elle n'avait pas besoin d'en parler, toutes les choses sont claires maintenant pour tout le monde.

Il y a un autre problème qui est beaucoup plus préoccupant : c'est celui de la sanction. L'administration, prise de remords après que la loi a laissé une totale liberté au juge sur l'existence et la forme des sanctions civiles, a jugé bon de se raviser dans l'article 2 du décret, en introduisant une sanction contraventionnelle. C'est vrai qu'il y a fort peu de cas d'application. Là aussi, il faut faire confiance à la jurisprudence. Il y a certainement des éléments qui tiennent à l'existence d'une sanction contraventionnelle, et d'autres à la bonne foi. Dans la mesure où la bonne foi et la sincérité des informations sont des éléments essentiels du contrat, cela doit se retrouver lorsqu'on évoque le problème de la sanction.

Un point n'a pas encore été abordé, c'est la notion d'intérêt commun, ajoutée au projet de loi par un amendement de M. Bassinet. Elle avait pour objectif d'éviter que ne persiste dans tous les contrats concernés par la loi Doubin cette réalité de la subordination du cocontractant économiquement le plus faible par rapport à son franchiseur, son concédant ou tout autre acteur économique en situation dominante, en veillant à ce qu'il n'en abuse pas. M. Bassinet expliquait alors que « le distributeur applique la politique commerciale de son fournisseur. Il est



agréé en raison des investissements qu'il a réalisés à la demande de ce dernier. Il accepte d'apporter sa propre clientèle à la marque qu'il représente désormais, au risque de la perdre s'il était un jour exclu du réseau ». Cette formule montre bien qu'en se référant à l'intérêt commun, on est peut-être allé un peu trop loin. Alors, si toilette il devait y avoir – mais laissons faire peut-être d'abord la jurisprudence –, c'est peut-être sur cette conception d'intérêt commun. En effet, il est indispensable de bien distinguer franchiseur et franchisé, afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté, aucune subordination de l'un par l'autre. Il est certain que leur collaboration se fait dans un intérêt commun. Mais, il n'est pas aussi fondamental que l'intérêt propre de chacun, que l'indépendance de chacun. Le code de déontologie européen parle d'« une méthode de collaboration contractuelle entre deux parties juridiquement indépendantes et égales ». Je préfère de loin cette formule à celle de l'intérêt commun qui, au fil des ans, risque d'apporter quelques éléments pernicieux dans l'évolution de la loi.

**M. BETCH.**– Plutôt que d'envisager les choses sous l'angle juridique de l'intérêt commun, autant les envisager sous l'angle économique de l'intérêt mutuel ; les deux notions n'étant pas nécessairement complètement synonymes. Le franchiseur et le franchisé ont un intérêt mutuel et mutuellement assuré par l'activité de l'un et celle de l'autre. Est-ce que cela suffit pour faire un intérêt commun ? Je ne sais pas parce que le tout reste sous-tendu aussi par les règles du droit commercial, notamment celles applicables au fonds de commerce et aux défaillances d'entreprises, et que mettre le petit doigt dans l'engrenage de l'intérêt rigoureusement commun risque d'avoir, au moins sur ces dimensions-là, des effets assez redoutables.

Je ferai juste une réflexion purement juridique sur la contravention de la cinquième classe. À partir du moment où les quatre arrêts de l'Assemblée plénière de 1995 sont fondés non plus sur l'article 1129 du Code civil, mais rendus au visa de l'article 1134, la suppression d'une sanction pénale comme sanction de la violation de l'obligation de bonne foi me paraît s'imposer. En effet, comment pourra-t-on éventuellement affirmer, lorsque l'information précontractuelle n'aura pas été réalisée, que la mauvaise foi n'est pas nécessairement établie alors que ce défaut d'information reste, concomitamment, sanctionné pénalement par une contravention de la cinquième classe qui ne nécessite même pas la preuve d'un élément moral qui est présumé ? Maintenir cette sanction pénale, c'est risquer de mettre en péril une évolution jurisprudentielle harmonieuse née justement à partir de l'obligation de bonne foi.

**M. SARCELET.**– La loi réussit un tour de force que l'on n'a pu poursuivre dans le décret. Autant la loi a su se dégager de tout formalisme, autant le décret, lui, n'est que formalisme. Il est une litanie d'obligations et c'est parce qu'il est formaliste qu'il a son article 2. L'infraction que M. Betch critique est une infraction purement formelle, purement matérielle. C'est le fait de ne pas avoir remis les informations, c'est tout. Il n'y a aucune intention de bonne foi ou de mauvaise foi dégagée derrière cela. D'ailleurs, M. Betch le rappelle justement, il n'y a pas d'élément moral caractérisé en ce qui concerne cette contravention.

**M. BETCH.**– Parce qu'en matière de contravention, l'élément moral est présumé, il découle du seul fait de la réalisation matérielle de l'infraction.

**M<sup>e</sup> CLÉMENT.**– Il faut rappeler que si cet article 2 a été inséré, c'est parce qu'on s'était aperçu que la loi n'était pas d'ordre public et qu'il aurait suffi que les franchiseurs précisent dans le contrat : « les parties conviennent que la loi du 31 décembre 1989 n'est pas applicable à leurs relations » pour y échapper, c'est-à-dire qu'on aurait vidé totalement la loi de sa substance.

**M<sup>e</sup> BASCHET.**– Le problème – et c'est fondamental – est qu'elle crée pour certains franchiseurs une insécurité juridique totale. Ils me disent : « J'ai signé et j'ai adressé à mon franchisé il y a trois, quatre ou cinq ans, un document conformément à la loi Doubin. Parce qu'il manque tel élément, j'ai l'impression d'avoir une épée de Damoclès au-dessus de la tête ». Un franchisé ne devrait pas pouvoir invoquer, comme joker en quelque sorte, la loi Doubin quatre ou cinq ans après la signature du contrat. À l'heure actuelle, des franchisés pas très moraux cherchent, pour se dégager du contrat, de leur franchiseur, tous les prétextes et saisissent notamment celui-là.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Un certain nombre de réseaux très prestigieux ne respectent pas la loi Doubin et tout le monde s'y trouve bien, parce que le franchisé y est heureux. C'est une observation qui n'est pas très formaliste mais le succès du franchisé est bien ce qui élimine tous les prétextes de querelles.

**M. Olivier BADOT, Professeur à l'École européenne des affaires.**– M. le Bâtonnier Leloup m'a demandé de poser le regard critique de l'universitaire et de l'homme de gestion sur le présent et l'avenir de la franchise commerciale en France. Si on ne peut nier le succès qu'a connu ce type d'organisation de la distribution dans les années soixante-dix et quatre-vingt, on ne peut, depuis la fin des années quatre-vingt, s'empêcher de constater un certain nombre de dysfonctionnements, comme en témoignent tant les chiffres de la profession que sa connaissance par des approches plus expérientielles. Pour ce faire, il faut recourir à la théorie économique et plus précisément à la méso-économie, représentée notamment par l'économiste américain Williamson (142), qui nous offre avec la théorie des coûts de transaction une grille d'analyse particulièrement pertinente, tant pour comprendre les dysfonctionnements de la franchise commerciale en France, passée et future, que pour en styliser ce que Jouvenel (143) appelait les « futuribles », c'est-à-dire les futurs possibles.

Williamson, dans ses travaux des années soixante-dix et quatre-vingt, nous dit que, dans un environnement incertain où il n'est plus possible de prévoir toutes les éventualités et conséquences sur les décisions, la rationalité des agents économiques devient limitée. Limitée par leur capacité personnelle de compréhension, limitée par leurs motivations, limitée par la connaissance et les informations disponibles sur le marché, moins en volume qu'en qualité, et limitée par la firme elle-même qui ne fournit plus d'informations suffisamment précises et pertinentes pour permettre à ces acteurs d'accomplir les tâches et de chercher des solutions. Ce faisant, leur comportement devient opportuniste. On voit alors apparaître des comportements de mauvaise foi qui visent plus à l'intérêt personnel qu'à l'intérêt collectif, voire à l'infraction de règlements en vigueur. Afin d'atténuer le caractère opportuniste de ces comportements, les acteurs ont recours à un certain nombre d'investissements, notamment à l'accroissement des coûts de transaction, *ex ante* et *ex post* à la transaction, à l'accroissement du degré de spécificité des actifs et du degré de contrôle des actions des différents acteurs.

S'agissant de la franchise, beaucoup de marketeurs et de sociologues de la consommation nous montrent que, depuis la fin des années quatre-vingt, l'environnement socio-économique est de plus en plus incertain, c'est-à-dire que la demande serait de plus en plus exigeante et complexe. Concrètement, on assiste de la part de la demande à un besoin de différenciation

(142) O.-E. Williamson, *Markets and Hierarchies*, The Free Press, New York, 1975 ; *Transaction-cost economics : the governance of contractual relations* : *Journal of Law and Economics*, 22 oct. 1979 ; *The Modern Corporation, Origins, Evolution, Attributes* : *Journal of Economic Literature*, vol. 19, n° 2, déc. 1981, p. 1537.

(143) B. de Jouvenel, *L'art de la conjecture*, Sedeis, 1964.

des comportements. D'où une modélisation de ces comportements de la part des marketeurs quasiment impossible. Apparaît alors l'« adétermination » et le déclassage des consommateurs. Il devient donc de plus en plus difficile de prévoir leurs comportements, car ils achètent plus par foucade qu'en suivant des trajectoires socio-économiques prédéterminées. De là, l'idée, chez les acteurs économiques, d'un environnement qui irait un peu à vau-l'eau. À cela s'ajoute la pression déflationniste, car, à partir du moment où il y a diversité dans les comportements, on assiste forcément à une pression déflationniste au niveau de l'offre qui fragilise les firmes et notamment les franchiseurs dont la capacité de placement est marginale, à la différence des réseaux succursalistes.

Depuis quelques années, on assiste à une inquiétude croissante de la part des franchisés qui a conduit à un report d'angoisse sur les franchiseurs. On assiste aussi à l'accroissement des comportements plus vindicatifs de la part de ces franchisés, à la remise en cause de la légitimité du franchiseur, voire à des procès, ou à des formes de rééquilibrage plus paritaires, c'est le fameux partenariat tel que théorisé notamment par Michel Kahn (144). Cela se traduit par le développement de comportements opportunistes chez les franchisés : recours à des fournisseurs non référencés, achat de produits non autorisés, dérogations aux instructions du manuel de procédure, refus de paiement partiel ou total des redevances, qu'elles soient forfaitaires, proportionnelles ou publicitaire, voire dénonciation des contrats ou la création de réseaux concurrents. Je me réfère à la jurisprudence *CFD c/ SEPT* notamment. On a également assisté à des comportements opportunistes chez les franchiseurs : non-respect des obligations contractuelles ou précontractuelles, en fournissant des informations financières erronées, en pratiquant une absence de suivi réel ou de formation permanente ; exercice d'abus de dépendance économique obligeant à des approvisionnements en produits démodés ; pratiques de *loss-leading* qui consistent en des surfacturations successives qui ont conduit à ce que Georges Virassamy (145) appelle une sorte d'assujettissement complet.

On assiste, pour atténuer ces comportements opportunistes, à l'accroissement d'un certain nombre d'éléments, notamment des coûts de transaction, qui sont, selon Vénard (146), le coût du face à face entre deux agents économiques individuels ou collectifs, intégrant les ressources nécessaires à la conception et au suivi du contrat. Les franchiseurs ont d'abord cherché à réduire ces comportements en augmentant leur coût de transaction *ex post*, en cours de route. On a assisté concrètement à l'accroissement des coûts de remotivation de réseaux – plus de conventions nationales ou régionales, des tournées plus fréquentes de la part des animateurs de réseaux – mais aussi à l'accroissement des coûts de négociation dans la relation client/fournisseur. Il était devenu plus difficile de justifier des fournitures auprès des franchisés, donc plus de justifications, des argumentations plus fines des produits. On a assisté également chez les franchiseurs à l'accroissement des coûts de *reporting* et d'écoute des franchisés en mettant en place des systèmes d'information plus fins, plus serrés, des comités mixtes de pilotage et d'innovation. Enfin, on a assisté à l'accroissement des coûts de compromis, afin d'éviter la dénonciation anticipée des contrats en trop grand nombre, ou même des actions en justice.

(144) M. Kahn, *Franchise et partenariat - Guide pratique*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1994.

(145) G.-J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986.

(146) B. Vénard, L'application de la théorie des coûts de transaction à la gestion d'un réseau de distribution : *Rev. fr. du Marketing*, ADETEM, n° 140.

Afin d'anticiper ces comportements opportunistes, les franchiseurs ont également accru leurs coûts de transaction *ex ante* en augmentant leurs coûts de sélection des candidats, en recourant à des cabinets spécialisés, en allongeant les périodes probatoires. Beaucoup de franchiseurs ont augmenté les coûts d'études, financières, marketing, les coûts juridiques de mise aux normes des fameux documents du *package* ou même des contrats.

On assiste aussi, en plein accord avec la théorie de Williamson, à l'accroissement du degré de spécificité des actifs, c'est-à-dire quand un investissement durable, matériel ou immatériel, doit être entrepris pour une transaction particulière et que cet investissement n'est pas redéployable sur une autre transaction. Depuis quelques années dans la franchise, on observe l'accroissement de quatre grands types d'investissements spécifiques : le site, par une meilleure sélection des implantations, le recours à des techniques de géo-marketing plus sophistiquées ; les investissements matériels, c'est le fameux savoir-faire substantiel technique, certains franchiseurs étant allés chercher des savoir-faire très techniques – piscines en béton projeté – ou des investissements matériels physiques – équipements de cuisine chez Mc Donald's ; des investissements humains également – recherche de plus de professionnalisme, mais aussi de plus de surface financière chez les franchisés ; enfin, les investissements dédiés, la mise en place de systèmes d'information ou de gestion beaucoup plus adaptés au principe même de la franchise.

Dans la théorie des coûts de transaction, pour atténuer le degré d'opportunisme, on a deux grandes solutions : soit on recourt à des incitations financières ou symboliques par la socialisation du comportement de groupe, soit, si cela ne fonctionne pas, il faut pratiquer un contrôle plus musclé. En fait, on se rend compte qu'après avoir annulé les redevances initiales ou proportionnelles ou tenté de resserrer les liens moraux par des manifestations de socialisation et des politiques de communication interne plus intenses, certains franchiseurs sont passés, récemment, à une phase de renforcement du contrôle de leurs franchisés, voire à du défranchisement. On assiste donc à un renforcement du degré d'intégration, qu'il soit managérial ou juridique. En fait, s'il est juridique, il va s'apparenter à du succursalisme.

Dans ce contexte, quels sont les futurs pour la franchise commerciale en France ? On a beaucoup parlé aujourd'hui du point de vue des offreurs, on a peu parlé du point de vue de la demande et il semble que l'environnement incertain décrit est loin de disparaître. À partir de là, j'imagine trois futurs :

Le premier, c'est la disparition des réseaux aux actifs insuffisamment spécifiques (la fameuse absence de savoir-faire substantiel) au profit de réseaux de niches aux actifs qui, même très ciblés sur une micro-clientèle, sont, à l'inverse, à très fort avantage concurrentiel et distinctif.

Le deuxième futur est la survie de réseaux dans lesquels le franchiseur saura, à moindre coût, éviter les fameux comportements opportunistes des franchisés, soit par le développement de liens moraux, à l'exemple d'Afflelou, soit par le rééquilibrage de la relation franchiseur/franchisé en tendant vers des formules de partenariat – c'est le cas par exemple d'Intercave.

Le troisième futur est la survie, voire l'expansion des réseaux de franchise à saveur succursaliste, en fait avec un fort degré d'intégration, soit managériale, soit même juridique. On pense évidemment à des enseignes comme Mc Donald's ou Promodès, proches en fait des modèles renouvelés de la grande distribution succursaliste qui, loin d'être de simples hangars,

va être de plus en plus amenée à « penser en stratège et à agir en primitif » pour paraphraser René Char.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Merci de ces réflexions qui vont nous donner à penser. On peut peut-être se donner rendez-vous pour savoir si l'un ou l'autre de ces futuribles se confirmera mais, auparavant, et dans le court terme, nous avons la possibilité, mesdames et messieurs, de dialoguer avec vous.

## DÉBAT

**M. François BEXON,** *Vice-Président du Tribunal de commerce de Nanterre.*– Avant la loi Doubin, dans une affaire de franchise, nous avons statué tout à fait dans le sens de ce qu'a été la loi Doubin. Il s'agissait d'une franchise d'épicerie de luxe. L'emplacement avait été mal choisi ; les statistiques données étaient médiocres. De plus, le franchiseur s'était assez mal comporté. Il a été l'objet d'une condamnation en première instance, que la Cour d'appel de Versailles a entièrement confirmée. Les sanctions ont été assez lourdes proportionnellement au préjudice subi. Je souhaitais simplement faire remarquer que le Tribunal de commerce, dans son intervention traditionnelle pour faire respecter la loyauté des engagements, a pu condamner une information précontractuelle erronée, tout à fait dans l'esprit évoqué à l'instant, sans que s'impose la nécessité d'un texte juridique nouveau.

**M. SARCELET.**– Il y a toujours des situations qui arrivent à se régler, y compris devant l'autorité judiciaire, sans que la loi ait eu besoin de les prévoir. Il est quand même souhaitable que le législateur intervienne lorsque, comme en 1989, un grand nombre de situations se produisent pour lesquelles la justice n'avait pas de réponse appropriée ou en tout cas n'aurait eu de réponse appropriée que pour autant que tous ces franchisés aient eu les moyens de saisir la justice et le temps nécessaire pour obtenir une décision qui leur donne satisfaction. C'est pour cela qu'il a paru nécessaire de créer une obligation d'information précontractuelle.

**M. Michel NIVOLIEZ,** *Direction du Marketing d'Automobiles Peugeot.*– Le fait que la franchise consiste à « réitérer un succès commercial avéré », n'implique-t-il pas, pour le concédant, non seulement une obligation de moyens, mais aussi une obligation de résultat ?

**M. BETCH.**– Il n'y a pas ici d'obligation de résultat. Il y a une obligation de transfert d'un savoir-faire ayant entraîné un succès commercial avéré. C'est cela qui est concédé. Pour parvenir à la validité d'un tel contrat, contrat ayant cet objet, il est difficilement concevable de ne pas respecter un préalable constitué par l'information précontractuelle puisqu'elle établit, par sa réalisation, la preuve de l'existence de l'objet même du contrat et de sa présentation au franchisé. Et il ne s'agit pas, comme on pourrait le penser, de quelques formalités accessoires, plus ou moins tatillonnes. Elles ont aussi une finalité juridique importante pour la définition même du contrat de franchise. Elles assurent la découverte, la prise de conscience, la preuve par le franchiseur de son savoir-faire ayant entraîné un succès commercial avéré. Cela étant, à partir du moment où cette information est réalisée, elle n'emporte pas, pour le franchiseur, l'obligation de garantir un succès commercial inéluctable au franchisé. Il pourra connaître des aléas commerciaux, les mêmes que tous les autres. D'autant qu'il reste indépendant, titulaire de son fonds de commerce, de sa clientèle et responsable des aléas commerciaux qui peuvent marquer son activité.



**M. LACROIX.**— Il y a une part d'angélisme dans cette discussion parce que la franchise met en scène à côté de franchiseurs professionnels et sérieux – l'essentiel de la profession –, un certain nombre de franchiseurs qui sont des amateurs ou des escrocs. Or, avec des gens naïfs, cela peut devenir extrêmement dangereux. J'ai été interrogé par un candidat à une franchise qui manifestement était bricolée dans un amateurisme total de la part du franchiseur et examinée avec une naïveté non moins insondable par le candidat. Je me suis efforcé d'expliquer en quoi cette franchise était inexistante, mais je me suis rendu compte ce jour-là que l'envie d'être franchisé pouvait aveugler. Moyennant quoi, ce candidat à la franchise a signé son contrat et il a été en procès trois ans après comme les neuf autres candidats à la même franchise. Autrement dit, la loi Doubin qui cherche – et son intention est louable – à protéger les naïfs et à protéger des gens convenables des escrocs manquera indiscutablement – c'est une prophétie malheureusement assez facile à faire – une grande partie de son objet, pour cette seule raison que la pratique des affaires la débordera.

**M<sup>e</sup> Frédérique CHAPUT, Avocat à la Cour de Paris.**— La pratique semble avoir inventé le contrat d'affiliation, qui réalise un degré supplémentaire d'intégration par rapport au réseau traditionnel de franchise. Dans le contrat d'affiliation, l'affilié agit en qualité de commissionnaire de l'affiliant – l'un et l'autre étant d'ailleurs souvent ancien franchisé et ancien franchiseur – et vend des marchandises en son nom, mais pour le compte de l'affiliant. Je voudrais savoir si, selon vous, on est toujours dans le mécanisme de la franchise dont on a simplement encore un peu repoussé les limites, ou si l'on est vraiment en présence d'un nouveau contrat et, peut-être, d'une nouvelle orientation qui sonnerait le glas, au moins dans certains domaines de distribution, des réseaux de franchise. En effet, je constate, en tant que praticien, que de plus en plus d'anciens franchiseurs s'intéressent à ce système qui, apparemment, marche mieux que la franchise. Ceci notamment parce que certaines décisions de gestion, qui étaient plus ou moins bien assumées par les anciens franchisés, sont désormais prises par l'affiliant, de telle manière que les affiliés sont traités exactement comme des succursales.

**M<sup>e</sup> CLÉMENT.**— On est dans une longue course dans laquelle on trouve en tête l'entreprise parce que c'est elle qui crée la vie économique, vient ensuite le conseil – avocat ou autre –, puis le magistrat et, en dernier lieu, le législateur. Pourquoi réapparaît, depuis cinq à dix ans, le contrat de commission ? Dans la pratique, par exemple dans le prêt-à-porter au sens large, cette technique a été employée, parce que les franchiseurs qui avaient dix, vingt, trente, cinquante, cent, deux cents franchisés avec des encours de 100 000 F, 200 000 F, 500 000 F, 1 MF, 2 MF ont constaté qu'ils avaient des encours tellement énormes que la défaillance de quelques franchisés risquait de les acculer au dépôt de bilan. C'est la première raison. De cette façon, le franchiseur reste propriétaire de la marchandise, tandis que le détaillant se charge de vendre. Deuxième raison, dans le prêt-à-porter, les collections d'autrefois – deux, voire quatre collections par an — sont en voie de disparition ; à présent, il faut réagir en flux tendu, immédiatement, et faire le réassort. Par conséquent, il faut être maître des produits. On va les rechercher chez tel franchisé parce que ça ne marche plus pour les livrer chez tel autre où ça marche mieux. Le juriste est obligé de prendre conscience de ce phénomène et il essaie d'adapter cette situation économique aux concepts qui sont à sa disposition. Alors, peut-être que le contrat de commission-affiliation n'est pas un véritable contrat de franchise dans l'orthodoxie, mais est-ce que Mc Donald's, étant propriétaire des murs et du fonds de commerce, ses franchisés sont des franchisés au sens de nos canons ? Je suis loin de le penser. Mais, on ne va quand même pas lui enlever son titre de premier franchiseur au monde.



**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Je crois que l'affiliation est une espèce dans laquelle on va trouver de nombreuses familles dont la concession, dont la franchise. Quant à la commission, c'est un contrat bien connu depuis longtemps et réglementé par le Code de commerce. Le commissionnaire est celui qui agit en son nom, mais pour le compte d'autrui. Il y a des formules qui au hasard de telle ou telle exigence, et peut-être de tel ou tel opportunisme pour parler comme Olivier Badot, vont avoir leur vogue, puis leur oubli, et à nouveau leur vogue.

**M. BADOT.**– Au-delà du débat juridique, vous mettez l'accent, comme d'ailleurs je l'ai montré dans mon troisième futurible, sur une tendance lourde. Dans les firmes, on assiste à un phénomène un peu binaire : d'un côté, l'intégration de tâches, notamment logistiques, donc un renforcement du contrôle par le principal – l'ancien franchiseur – et, d'un autre côté, la décentralisation de la relation vendeur-client. On peut donc dire que cette tendance à l'intégration managériale, qui n'est pas propre à la franchise, semble être une tendance lourde, au-delà des effets de mode, de l'organisation des entreprises en général.

**M. Jean DERRUPPÉ,** *Professeur émérite à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV).*– Une réflexion à propos de la propriété commerciale : comme tous les commentateurs de l'arrêt Avis, je l'ai critiqué et je suis persuadé qu'il ne perdurera pas. Cette jurisprudence tourne le dos à la réalité. Il est évident qu'il est irréaliste de dire que le franchisé n'a pas de clientèle parce qu'il n'aurait que la clientèle du franchiseur. On pourrait alors retourner la chose et dire que, sans les franchisés, les franchiseurs n'auraient pas de clientèle. Je crois même que toute la clientèle dont profite le franchisé contribue à la valeur de son fonds de commerce. Ce sont des clientèles différentes. Le franchiseur a une clientèle par l'organisation qu'il met en place ; ses clients, ce sont les franchisés. Mais le franchisé profite d'une clientèle qui est attachée à la fois à son emplacement, au contrat de franchise et à tous les autres éléments qu'il met en œuvre. C'est pourquoi rechercher dans le cadre de la propriété commerciale quelle est la valeur respective de chaque clientèle me paraît inutile. La question ne peut se poser que pour l'évaluation de l'indemnité d'éviction. Mais là encore, est-ce nécessaire ? je ne le pense pas. Si le bailleur ne renouvelle pas le bail du franchisé, il faut qu'il indemnise le franchisé de tout le profit de la clientèle que le distributeur retire de son exploitation, y compris en cela la clientèle qui provient du contrat de franchise dont il bénéficie. Ce contrat est précaire parce que demain il peut ne pas être renouvelé, mais cela, on n'a pas à en tenir compte au moment où on fixe l'indemnité d'éviction. Donc, je crois qu'il faut en déduire cette conclusion raisonnable : le franchisé a un fonds de commerce avec toute la clientèle dont il profite, y compris celle qui provient du contrat de franchise.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Merci, M. le Professeur, de cet éclairage de spécialiste. Vous me donnez ainsi l'occasion de céder à l'une de mes manies : je crois que le mot de clientèle est un mot extrêmement trompeur et ambigu, et si l'on évoque plutôt la part de marché, on constate que cette part de marché ne peut pas exister s'il n'y a pas un point de contact avec le marché qui est le commerçant franchisé.

**M<sup>e</sup> Gérard ALGAZI,** *Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre.*– Permettez-moi de qualifier ce que j'ai écouté hier et ce que j'écoute aujourd'hui de « retour des grands féodaux ». Quand le vassal peut changer de prince, je ne suis pas gêné, mais lorsque j'entends que les investissements sont de plus en plus spécifiques et de plus en plus lourds, je me dis qu'il n'y a plus de liberté. Le but est le suivant : favoriser la libre concurrence dans l'intérêt du consommateur. En réalité, il y a un premier choix, la première adhésion au réseau et après c'est terminé. Et quand le concédant peut résilier à son gré un contrat en respectant les formes, les délais contractuels, parfois imposés par les règlements communautaires, il ne reste

plus que l'abus ou la mauvaise foi. Mais, il ne faut pas être pessimiste parce que la jurisprudence va certainement mettre bon ordre à cela. Mais surtout, pas de retour à la féodalité !

**M<sup>e</sup> CLÉMENT.**– Il ne faut pas oublier une évolution parallèle depuis une dizaine d'années vers la franchise partenariale, dont Michel Kahn a été l'apôtre. Un nombre significatif de réseaux ont introduit un dialogue institutionnel constant sous forme de réunions, de séminaires, de notes, de commissions – commission d'achat, pour la publicité, pour la formation, etc. Il y a des réseaux dans lesquels, conformément à l'éthique primitive de la franchise, on est partenaires pour le profit, c'est-à-dire qu'on veut gagner de l'argent ensemble, et que l'un ne peut pas en gagner sans l'autre et l'autre sans l'un. Certains l'ont oublié, mais la majorité des franchiseurs, peut-être aidés par la loi Doubin, ont introduit une dose de dialogue plus ou moins grande dans les réseaux. Or, ce sont ceux-là qui seront pérennes, qui existeront dans dix ans. Les autres, ou ils disparaîtront, ou ils se transformeront en réseau de succursales qui est leur logique.

**M. LACROIX.**– Tout cela relève d'une dialectique assez serrée. C'est précisément pour sauver l'existence des franchisés en tant que commerçants indépendants mais non isolés que nous avons dû mettre en place des procédures et des méthodes qui les intègrent plus étroitement. Cette discipline et cette intégration plus grande sont donc la condition nécessaire au maintien de leur indépendance : c'est une réaction aux réalités du marché.

**M. Serge ALLAIN, Président de chambre au Tribunal de commerce de Paris.**– Peut-on mettre n'importe quoi dans les contrats de franchise ? Dans une affaire, cinquante hôteliers attaquaient leur franchiseur qui n'avait pas fourni les prestations demandées, mais surtout qui avait imposé aux franchisés le recours, pour la construction en bois de ces hôtels, à des entreprises qui lui étaient étroitement liées. Au bout de trois ou quatre ans, le bois a commencé à pourrir, les petites bêtes s'y sont mises, et les hôteliers ont attaqué le franchiseur. La mort dans l'âme, j'ai été obligé de les débouter sur les vices des constructions parce qu'il aurait fallu qu'ils attaquent les constructeurs. Les franchiseurs étaient en tort bien sûr mais, en première ligne, c'était l'entrepreneur qui était responsable.

**M<sup>e</sup> CLÉMENT.**– Grâce à la jurisprudence, on sait à peu près ce qu'il faut mettre et surtout ce qu'il ne faut pas mettre dans les contrats de franchise. Je vous renvoie à une décision du 28 mai 1996 dans l'affaire *Zannier*, où le Conseil de la concurrence condamne le franchiseur, non pour avoir imposé les produits contractuels puisque, pour les articles de mode, il peut, en vertu du règlement d'exemption, exiger le respect d'une exclusivité d'approvisionnement, mais pour avoir imposé tel et tel fournisseurs.

**M. DOUCET.**– Dans la deuxième partie de cette matinée, nous allons entendre des personnalités tout à fait qualifiées nous parler successivement de trois types de contrats, concernant la distribution de la bière, des carburants et des parfums. Aussi, sans plus tarder, je passe la parole à M. le Doyen Bernard Gross.

## LE CONTRAT DE BIÈRE : UNE RÉALITÉ TOUJOURS VIVANTE

**M. le Doyen Bernard GROSS,**

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nancy*

1.- La politique de concentration verticale descendante menée par la brasserie est une constante de cette industrie. Elle est d'origine très ancienne. Elle a même existé à l'état pur au Moyen Âge lorsque les brasseurs vendaient leur bière exclusivement au détail. Par la suite, sous la double influence de l'autorisation donnée aux cafetiers de revendre la bière et de l'industrialisation de la brasserie, les activités de fabricant et de détaillant furent définitivement séparées. Comme la production n'excédait pas la consommation, cette répartition des rôles dans la commercialisation de la bière n'eut pendant un temps aucune conséquence particulière. L'accroissement de la capacité des brasseries dû au progrès technique devait très vite changer les données du marché. Placés devant la nécessité de conquérir de nouveaux débouchés, les brasseurs songèrent à s'assurer la fidélité des débiteurs de boissons. À cet effet, certaines brasseries achetèrent ou louèrent des immeubles ou encore des débits qu'elles donnèrent en location à des exploitants en contrepartie de l'obligation de se fournir chez elles. D'autres brasseries recoururent à des prêts d'argent aux débiteurs pour obtenir le monopole de les fournir pendant un temps déterminé. C'est l'origine des contrats de bière qui, connus bien avant la guerre de 1914, constituent les plus anciens des contrats d'approvisionnement ou encore pour parler un langage plus moderne des contrats d'assistance et de fournitures (147).

2.- Devenus le mode d'intégration des cafetiers le plus courant, les contrats de bière n'ont pas soulevé pendant longtemps de réelles difficultés juridiques. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1931 devait reconnaître leur validité en faisant ressortir que l'exclusivité d'approvisionnement étant limitée dans le temps, elle ne portait pas atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (148). Quant à savoir si la clause d'approvisionnement nécessitait la détermination du prix des boissons, la question en fut posée très tôt : elle apparaît déjà dans un jugement du Tribunal de commerce de Nancy du 6 mai 1912. Mais les tribunaux estimèrent que cette détermination ne constituait pas une condition de validité du contrat ; cette solution était toutefois critiquée par certains auteurs (149).

3.- L'étude de cette jurisprudence ancienne ne manque pas d'intérêt quand on découvre qu'un jugement du Tribunal de commerce de Tourcoing du 8 décembre 1931 avait admis à peu de chose près la solution retenue par les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995. Tout en décidant que le défaut d'indication de prix n'était pas une cause de nullité de la clause d'approvisionnement, la juridiction consulaire précisait qu'il appartenait aux tribunaux en vertu de la clause même et de la théorie de l'abus du droit de freiner les abus pouvant être constatés dans les pratiques tarifaires des brasseurs ; le Tribunal de Tourcoing ajoutait même qu'il était possible d'exiger que les prix fixés correspondent à ceux de la concurrence à qualité égale

(147) G. Klein, *L'industrie brassicole et le droit de fabrication sur la bière à Strasbourg*, th. Strasbourg, 1939, p. 35 ; L. Dubois, *Le régime de la brasserie à Lille des origines à la Révolution*, th. Lille, 1912, p. 157.

(148) Req. 17 fév. 1931 : *D.P.* 1931, 1, p. 41, note P. Voirin.

(149) Nancy 30 déc. 1930 : *Rec. Nancy* 1930, p. 102 ; Trib. com. Nancy 6 mai 1912, cités par H. Fortier, *Conditions de validité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement imposée par les brasseurs aux débiteurs*, th. Nancy, 1933, p. 19 et 36. V. sur la critique de cette jurisprudence, le même auteur, p. 62.

(150). Si ce jugement avait été entendu, que de décisions et de littérature juridique savante eussent été épargnées !

4.- À cette même époque, la doctrine avait également parfaitement perçu l'originalité de la clause d'approvisionnement. Elle distinguait nettement cet accord des ventes de boissons qui en étaient la conséquence et elle s'interrogeait à la fois sur la nature juridique de la clause d'approvisionnement ainsi que sur les liens existant entre celle-ci et les ventes successives. Si l'appellation de contrat-cadre n'était pas encore en usage, sa notion, à propos des contrats de bière, faisait l'objet de discussions approfondies et certaines thèses, comme celle de l'avant-contrat soutenue par des auteurs contemporains, étaient déjà proposées (151).

5.- Finalement, c'est avec l'arrêt *Coq-Hardi* de 1974 (152) que les contrats de bière entrèrent dans la tourmente judiciaire. Toutefois en insérant la clause aux dires d'un tiers dans les nouveaux contrats conclus après l'arrêt de la Cour de cassation de 1981, la profession devait éviter que le système traditionnel de distribution de la bière n'eut trop à souffrir de la nouvelle jurisprudence (153). La jurisprudence inaugurée en 1995 met un terme à cette difficulté.

6.- Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, la brasserie a beaucoup évolué. Comme d'autres industries mais peut-être plus que d'autres, sa concentration horizontale est impressionnante : en 1922, il existait en France 3 200 brasseries, aujourd'hui, la production est concentrée entre les mains de deux grands groupes et de quelques brasseries indépendantes de moyenne importance situées en Alsace et dans le Nord-Pas-de-Calais. De même, sa technique et ses produits sont très différents. En revanche, la brasserie est restée fidèle à sa stratégie commerciale. Elle considère que le contrat de bière constitue toujours un instrument indispensable de sa politique de vente. Pourtant, la réalité du commerce actuel de la bière permettrait de croire le contraire. Ce n'est plus aujourd'hui par l'intermédiaire des contrats de bière mais par celui de la grande distribution que les brasseries écoulent l'essentiel de leur production. S'il existe dans notre pays 50 000 contrats de bière, ce qui signifie qu'un tiers des cafés-hôtels-restaurants sont liés par ces accords, le volume de boissons vendu par ce biais ne représente qu'environ le dixième des 22 millions d'hectolitres commercialisés chaque année. Mais pour les brasseurs, ce dixième reste économiquement important.

7.- Constituant, malgré son ancienneté, une réalité toujours vivante non seulement en France mais également dans les autres pays brassicoles de l'Europe du Nord, le contrat de bière relève aussi bien pour sa formation que pour son exécution des règles du droit des obligations et de certaines règles édictées par des textes particuliers. Mais surtout, il est tributaire du droit communautaire. Les contrats d'approvisionnement peuvent, en effet, donner lieu à l'application de l'article 85, § 1. Toutefois, le règlement n° 1984/83 qui comporte, en particulier, des dispositions spécifiques aux accords de fourniture de bière, permet de les exempter s'ils concernent la revente de bière dans un débit de boissons et s'ils répondent à certaines exigences. C'est l'application de ce dispositif qui peut poser problème. Si l'on s'en tient, en effet, à une application stricte de l'article 85, § 1, les contrats de bière purement nationaux qui n'affectent pas le commerce entre États membres ne relèvent que du droit national ; cette approche est cependant théorique car tout dépend, comme on le sait, du contexte du contrat en raison de la théorie de l'effet cumulatif ; il peut donc être préférable en

(150) H. Fortier, *op. cit.*, p. 63.

(151) H. Fortier, *op. cit.* ; P. Voirin, note préc.

(152) Cass. com. 12 fév. 1974 : *JCP éd. G* 1975, II, 17915, obs. J. Boré.

(153) B. Gross, *Les clauses de prix dans les contrats de bière* : *Contrats conc. consom.* 1991, p. 1.

pratique de s'en tenir aux exigences du règlement d'exemption (154). De même, la Commission (communication du 13 mai 1992) à la suite de l'arrêt *Delimitis* (155) a décidé que ne relèvent pas de l'article 85, § 1, les accords de bière d'importance mineure, mais les conditions qui doivent être réunies pour qu'il en soit ainsi font que les contrats de brasserie conclus en France ne peuvent guère en bénéficier. En d'autres termes, pour traiter de la formation et de la réalisation de ces contrats, il faut se placer dans l'hypothèse où ces contrats pouvant relever de l'article 85, § 1, le règlement d'exemption, qui est devenu la véritable charte de ces contrats, mérite d'être suivi.

## I. – La conclusion du contrat de bière

8.- N'étant pas spécialement réglementée par la loi, la conclusion du contrat de bière obéit au droit commun des contrats. Mais indirectement, par le biais de l'exemption, le droit communautaire fait peser sur elle certaines exigences particulières. Ce régime un peu contradictoire, puisqu'il combine à la fois la liberté contractuelle du droit commun et des règles impératives venues du droit européen, apparaît nettement à propos de l'accord des parties et de l'objet du contrat. Depuis, en effet, que le prix n'est plus une condition de validité de l'accord-cadre, ces deux questions sont les seules que pose la formation de celui-ci.

### A) L'accord des parties

9.- Comme tout contrat, le contrat de bière suppose simplement un échange de consentements valable entre les contractants. Sa conclusion est donc normalement banale. Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée. Tout d'abord, en raison des dispositions communautaires, d'une part le nombre de parties est restreint, d'autre part l'effet cumulatif de ces contrats peut affecter leur validité. Ensuite, l'applicabilité de la loi Doubin, qui impose une information précontractuelle, se pose également pour ce contrat, mais la réponse paraît devoir plutôt être négative.

10.- Suivant l'article 6-1 du règlement communautaire, texte qui reprend et qui explicite pour les accords de fourniture de bière les dispositions générales de l'article 1<sup>er</sup> de ce règlement, ces contrats ne bénéficient de l'exemption que s'ils lient uniquement deux entreprises, l'une étant le fournisseur, l'autre le revendeur. Toutefois, pour tenir compte de l'organisation de la commercialisation de la bière et pour éviter aux brasseries d'avoir à livrer directement de petits débiteurs de boissons, le règlement admet que l'entreprise qui livre effectivement le cafetier peut être une entreprise liée au fournisseur ou une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits. En effet, les brasseries fournissent des grossistes, appelés des entrepositaires – depuis quelques années, pour consolider leurs positions, les brasseries rachètent systématiquement les entrepositaires –, et ce sont ces entrepositaires qui reçoivent les commandes des cafetiers et les livrent. Il est admis aussi que l'exemption par catégorie bénéficie aux accords d'exclusivité conclus avec une brasserie pour certaines bières et avec un entrepositaire pour d'autres bières et d'autres boissons ou encore à ceux auxquels l'entrepositaire participe en qualité à la fois de mandataire de la brasserie et de partie pour d'autres boissons. On considère, en effet, que ces conventions ne sont qu'un seul et

(154) M.-C. Boutard-Labarde, *Les contrats d'approvisionnement exclusif (contrats de bière) et l'article 85 du Traité* : *Cah. dr. entr.*, n° 3, 1992, p. 1 *sq.*

(155) CJCE 28 fév. 1991 : *RDE* 1991, p. 485, obs. R. Kovar.

même contrat. En revanche, les accords conclus entre les brasseries et les grossistes ou les centrales d'achat ne peuvent pas se réclamer du règlement.

11.- D'une manière plus générale, le fait que les brasseries concluent de nombreux contrats d'approvisionnement crée un phénomène de réseau. Selon la théorie dite de l'effet cumulatif, il peut en résulter une atteinte à la concurrence sanctionnée par l'anéantissement de ces contrats (156). On sait toutefois que la Cour de Justice dans l'arrêt *Delimitis* du 28 février 1991 a estimé, à propos d'un contrat de bière déterminé, que la circonstance qu'il relevait d'un ensemble de contrats similaires ne constitue qu'un facteur parmi d'autres pour apprécier si un tel marché est effectivement d'un accès difficile. En tout cas, si cet effet cumulatif est retenu, seuls les contrats conclus qui peuvent contribuer à la fermeture du marché sont susceptibles d'être remis en cause (157).

12.- Si on délaisse le droit communautaire, la conclusion des contrats de bière soulève également le problème de l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Doubin et de son décret d'application du 4 avril 1991. La doctrine n'exclut pas, en effet, les contrats d'approvisionnement de l'obligation de satisfaire à l'information précontractuelle prévue par ces textes (158). Il n'est cependant pas certain que les conditions prévues par ce texte soient habituellement remplies pour les contrats de bière. L'engagement souscrit ne crée pas une dépendance si étroite que l'activité du cafetier puisse être considérée comme totalement ou quasi-totalement absorbée par son contrat. Non seulement un cafetier vend bien d'autres boissons que celles qui relèvent de l'exclusivité mais même pour la bière, comme nous le verrons, il peut servir d'autres marques. En outre, le contrat ne met pas à proprement parler à la disposition du distributeur un nom commercial, une marque ou une enseigne. La pratique qui considère dans l'ensemble que la loi Doubin ne vise pas les contrats de bière ne semble donc pas critiquable.

### **B) L'objet du contrat**

13.- L'autre aspect important de la formation du contrat de bière tient à son objet. Comme le contrat d'assistance et de fourniture entre dans la catégorie des contrats synallagmatiques, cet objet est double. L'objet de l'engagement du cafetier, c'est la clause d'approvisionnement exclusif ; l'objet de l'engagement de la brasserie, c'est l'assistance qu'elle promet à son cocontractant. Comme à propos de l'accord des parties, ce sont essentiellement les dispositions communautaires qui contribuent à limiter la liberté des contractants, tout au moins pour déterminer les obligations du cafetier.

14.- Pour éviter que la liberté commerciale du cafetier ne soit trop entravée et par là-même pour limiter l'effet anticoncurrentiel du contrat de bière, le règlement définit strictement l'engagement d'exclusivité. Suivant l'article 6, l'accord de fourniture ne peut viser que certaines

(156) CJCE 12 déc. 1967 : *Rec.*, p. 526, *Haecht* ; CJCE 18 mars 1970 : *Rec.*, p. 127, *Bilger*.

(157) V. toutefois l'affaire de la distribution des glaces alimentaires en Allemagne : TPICE 8 juin 1995, deux arrêts : *Langnese-Iglo, Scholler* : *RDE* 1996, p. 602, obs. J.-B. Blaise et L. Idot ; *RTD com* 1996, p. 164, obs. C. Bolze ; L. Idot et C. Monège, L'affaire des barres glacées Mars : une vague de froid sur les contrats d'exclusivité : *Cah. dr. entr.* 1996, 1.

(158) D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 1995, n<sup>os</sup> 449 sq. ; G. Virassamy, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1<sup>er</sup>) : *JCP éd. E* 1990, 15809 ; J.-P. Clément, La nouvelle donne juridique de la franchise : *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct., p. 287 ; G. Blanc, Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin : *D.* 1993, chron., p. 218.



bières ou certaines bières et boissons spécifiées à l'accord, c'est-à-dire désignées par leur marque ou leur dénomination. L'article 7 précise que l'accord ne peut pas interdire au débitant de servir à ses clients des bières et autres boissons qui sont d'un autre type que celles couvertes par la clause d'exclusivité, c'est-à-dire des bières ou des boissons « qui se distinguent nettement par leur composition, leur aspect ou leur goût ». Simplement, le contrat peut imposer au cafetier, pour éviter des confusions ou des dérives de vente, que ces autres bières ou autres boissons ne soient vendues qu'en bouteilles, en boîtes ou autres petits conditionnements et encore sous réserve que la vente de ces autres bières en pression ne soit pas habituelle ou justifiée par une demande suffisante des consommateurs. Ainsi, malgré le contrat qui le lie à une brasserie ou à un entrepositaire le cafetier peut débiter bien des bières ou des boissons provenant de fournisseurs tiers. Cette possibilité est encore plus ouverte lorsque le cafetier exploite un fonds qui lui a été donné à bail par son fournisseur ; il peut alors pour les autres boissons que la bière faire jouer la clause d'offre concurrente, c'est-à-dire se fournir auprès d'une entreprise tierce qui lui offre de meilleures conditions que son fournisseur. Pour le surplus, la brasserie peut imposer un quota d'achat à son partenaire. Cette clause, qui paraît généralisée et qui porte sur une certaine quantité exprimée en hectolitres devant être achetée pendant la durée du contrat, permet de mesurer l'intensité de l'exclusivité. Elle est valable sur le fondement de l'article 2-3, b) du règlement d'exemption, mais les quantités minimales ne doivent pas être d'une importance telle qu'elles rendent en fait impossible tout autre approvisionnement.

15.- Le contrat d'approvisionnement peut encore imposer d'autres obligations au cafetier. Parmi celles-ci peut être citée l'obligation de faire de la publicité pour la brasserie. Si le cafetier fait également de la publicité pour les autres bières ou boissons qui peuvent être vendues, il peut être précisé que celle-ci se fera en proportion de la part de ces produits dans le chiffre d'affaires total du débit considéré (art. 7, c.).

16.- En contrepartie de l'exclusivité obtenue, le brasseur apporte son assistance au cafetier. C'est, à l'évidence, en fonction de l'attrait de l'aide apportée par la brasserie que le contrat est conclu. En pratique, cette assistance est très variable aussi bien dans son importance que dans sa nature. Son importance tient compte du courant d'affaires que peut faire naître les liens avec le cafetier. Sa nature dépend des circonstances. L'aide peut consister dans la location d'un local ou d'un fonds de commerce appartenant à la brasserie sous la forme d'un bail commercial ou d'une location-gérance. Cette forme d'assistance traditionnelle se rencontre encore en Alsace ou dans le Nord mais elle est devenue rare. Le plus souvent, la brasserie fournit du matériel d'exploitation ou encore elle prend en charge des travaux d'amélioration ou de rénovation ou enfin elle apporte une aide financière, soit directe sous la forme d'un prêt, soit indirecte en acceptant de cautionner un emprunt souscrit par le débitant auprès d'une banque. Le choix entre ces différentes formules est lié à la situation du cafetier : une aide financière est plus adaptée pour un débitant qui s'installe que pour un débitant déjà installé. En revanche, ce dernier peut préférer renouveler son matériel ou changer par exemple l'enseigne lumineuse de son établissement.

17.- En droit, l'assistance apportée par le brasseur est la cause de l'engagement d'exclusivité souscrit par le cafetier. Sur ce fondement, un arrêt de la Cour de Rouen du 21 mars 1991 a pu annuler un contrat de bière en décidant que, les avantages concédés par le fournisseur étant dérisoires, l'accord était dépourvu de cause (159).

(159) Rouen 21 mars 1991 : *Boissons de France*, déc. 1991, p. 29.

18.- Le mélange subtil de droit interne et de droit communautaire auquel est soumise la conclusion du contrat de bière se retrouve aussi lors de son exécution.

## II. – L'exécution du contrat de bière

19.- À propos de l'exécution du contrat, il n'y a pas lieu de s'appesantir sur la détermination du prix. Malgré les arrêts de l'Assemblée plénière, la pratique, par prudence, n'a pas, en effet, modifié les clauses qui figuraient jusque-là dans les accords. Jugées valables par la jurisprudence antérieure à ces arrêts, ces stipulations sont encore davantage à l'abri de toute critique depuis lors. Finalement, l'étude de la réalisation des contrats de bière se limite à l'examen de la durée de l'engagement des parties et de la sanction de la violation de l'accord par le débitant.

### A) La durée du contrat

20.- La dépendance que fait naître le contrat d'assistance et de fourniture ne saurait durer sans limite. Cette préoccupation se retrouve aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire.

21.- En droit interne, la loi du 14 octobre 1943 limite à dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité. Comme on le sait, la jurisprudence a étendu l'application de cette loi à tous les contrats d'approvisionnement (160). Ce texte a cependant perdu une grande partie de son intérêt en raison des dispositions communautaires auxquelles se plient en pratique tous les contrats conclus. En effet, suivant l'article 8 du règlement d'exemption, les accords qui portent à la fois sur la bière et sur les autres boissons ne peuvent pas excéder cinq ans et les accords qui concernent la bière exclusivement ne peuvent pas durer plus de dix ans. Ainsi les contrats de bière qui sont conformes au règlement d'exemption sont nécessairement conformes aux dispositions de la loi de 1943. Il existe cependant une divergence entre le droit interne et le droit européen, à propos des clauses d'approvisionnement qui assortissent des baux commerciaux ou des contrats de location-gérance. Suivant le règlement d'exemption, l'exclusivité d'achat peut alors être imposée pendant toute la durée du bail ou de la location-gérance. Pour sa part, la loi de 1943 n'excepte aucune clause d'approvisionnement de la durée maximale de dix ans. La doctrine la plus autorisée estime que, dans ce cas, la loi française étant plus favorable à l'objectif poursuivi par la limitation de la durée de ces contrats, elle doit permettre la remise en cause d'une convention conclue pour plus de dix ans même si cette durée est tolérée par le droit communautaire (161). Ce problème ne se pose pas cependant fréquemment car non seulement cette combinaison bail ou location-gérance/clause d'achat exclusif est devenue rare mais aussi, tout au moins, pour la location-gérance, sa durée est généralement assez courte.

22.- Pour en terminer avec la durée du contrat, il faut mentionner l'existence de contrats de bière en quelque sorte allégés. Appelés « Mise à disposition de matériel » ou « Reconnaissance de dépôt », ces accords comportent également une clause d'exclusivité d'approvisionnement. Mais en contrepartie d'une aide plus réduite que dans les contrats habituels – le plus souvent cette aide se limite à la mise à disposition du dispositif de tirage –, le cafetier peut mettre fin à son engagement en restituant au brasseur le matériel prêté.

(160) G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique* 1997, n° 3772.

(161) D. Ferrier, *op. cit.*, n° 474.

23.- Si les contrats de bière ne valent que pour un temps, tous ne vont pas jusqu'à leur terme. Il arrive que le contrat ne soit pas respecté. C'est généralement le fait du cafetier. La sanction de l'inexécution du contrat est certainement la matière qui fournit l'essentiel du contentieux actuel relatif aux accords de bière.

### ***B) La sanction de l'inexécution de contrat***

24.- Il arrive que l'exploitant cède au chant des sirènes en acceptant, moyennant quelque avantage, de vendre des produits de la concurrence. C'est la violation la plus courante du contrat de bière.

25.- Un autre manquement aux engagements du cafetier se constate assez fréquemment. Lorsque que le débitant cède son fonds, il est généralement tenu de faire poursuivre le contrat de bière par son successeur. Or celui-ci peut ne pas accepter cette contrainte, ce qui n'empêche pas nécessairement le vendeur de lui céder son exploitation.

26.- Dans ces deux hypothèses, la brasserie ne manque pas d'agir contre son partenaire. Jadis, les contrats de bière ne contenaient pas de stipulation particulière relative à la réparation du préjudice de la brasserie. Il s'ensuivait qu'une expertise était nécessaire pour le calculer, ce qui alourdissait le déroulement de l'instance. Dans les contrats actuels, une clause pénale est systématiquement prévue pour sanctionner les comportements du cafetier. La clause habituellement en usage prévoit une indemnité de résiliation égale à 20 % du prix moyen de l'hectolitre de bière sur la base de la dernière facture adressée au débitant de boissons, pour les quantités qui auraient été débitées si l'accord s'était poursuivi jusqu'à son terme en fonction d'un débit annuel moyen estimé dans le contrat.

27.- La clause peut être invoquée non seulement par le brasseur mais également par l'entrepositaire, suivant un arrêt de la Chambre commerciale du 23 mai 1989. La Cour de cassation a estimé que, bien que non-signataire du contrat, en sa qualité de bénéficiaire de l'engagement d'approvisionnement exclusif contracté par le détaillant, l'entrepositaire disposait d'une action directe et personnelle en réparation de son préjudice (162). Comme toute clause pénale, celle insérée dans ces contrats permet au juge d'exercer son pouvoir modérateur.

28.- Au terme de cette étude, il apparaît que le contrat de bière a retrouvé depuis 1995 les eaux calmes qu'il connaissait avant 1974. Le règlement d'exemption, loin d'avoir jeté le trouble dans la profession brassicole, a plutôt apporté la sécurité en reconnaissant l'existence de ce contrat qui peut être désormais considéré comme un contrat nommé européen. Le sort du règlement d'exemption après le 31 décembre 1997 et peut-être la jurisprudence communautaire sur l'effet cumulatif sont les seules sources d'incertitude pesant sur l'avenir du contrat de bière.

(162) *Boissons de France*, 1989, p. 4.

## LA DISTRIBUTION INTÉGRÉE DES CARBURANTS : LA COMPLEXITÉ DES ACCORDS

**M. Jean-michel LALÉ,**  
*Directeur juridique de Total Raffinage-Distribution*

Pourquoi les pétroliers intègrent-ils la distribution des carburants et pourquoi ces contrats de distribution intégrée sont-ils complexes ? Il existe deux causes à l'intégration de la distribution des carburants. La première est la lourdeur des investissements : l'exploration-production d'un gisement ou la construction d'une raffinerie représente 10 milliards de francs ; une station-service coûte de 8 à 25 millions de francs. La seconde cause tient aux produits – qu'il s'agisse du pétrole brut ou des produits raffinés –, éminemment fongibles et dont les prix font l'objet de fluctuations en fonction de facteurs internationaux – le cours du pétrole brut, ou du dollar – sur lesquels nous n'avons aucune prise et qui affectent considérablement nos résultats. Voilà pourquoi tous les pétroliers cherchent à se mettre en partie à l'abri de ces fluctuations en essayant d'intégrer par divers procédés le canal de la distribution. Que nous nous implantions en Europe de l'Est, en Afrique ou en Asie nous cherchons toujours ce que l'on appelle la consolidation du débouché. Elle est assurée soit par l'intégration contractuelle : on passe un contrat avec le propriétaire d'une station-service en lui apportant diverses aides, prêts de matériels, prêts financiers, en contrepartie d'un contrat d'approvisionnement exclusif d'une durée suffisamment longue pour pouvoir rentabiliser l'investissement effectué par le pétrolier ; soit en construisant les stations-service et en les faisant exploiter par des gérants. Aujourd'hui, il existe en France 18 000 stations-service : 4 000 appartiennent aux grandes surfaces, 4 000 aux pétroliers – c'est le réseau « officiel » – et 10 000 à des propriétaires indépendants – c'est le réseau « organique ».

S'agissant de la complexité des accords, elle tient au fait que ces contrats constituent la réponse aux différentes contraintes économiques et juridiques, auxquelles nous avons dû faire face au fil des ans. Si les contrats pétroliers ont aussi abondamment encombré des tribunaux français et alimenté les gazettes judiciaires, c'est parce que nous avons des marges extrêmement faibles, beaucoup plus qu'ailleurs en Europe. Pendant longtemps, cela a été dû à la réglementation des prix exercée par l'Administration puisque les carburants entrent pour une part substantielle dans l'indice des prix. Depuis la libération des prix, la grande distribution a pris le relais en utilisant les carburants comme produit d'appel pour attirer les clients des centres-villes dans les hypermarchés construits à la périphérie. La marge moyenne pour les trois grands carburants est, en France, de 38 centimes par litre, pour couvrir l'ensemble des activités et des prestations, de la sortie de la raffinerie jusqu'au réservoir de l'automobiliste, alors que la moyenne dans l'Union européenne est de 58,5 centimes. En Belgique, qui possède pourtant le même Code civil que nous, avec les mêmes articles 1591 et 1129, elle est de 74 centimes, c'est-à-dire pratiquement le double. À mes collègues de Total Benelux, qui ne connaissent ni les contentieux avec les détaillants ni la concurrence des grandes surfaces, la France paraît un pays tout à fait cauchemardesque. Malgré les apaisements apportés par la jurisprudence quant à l'indétermination du prix, le cauchemar continue : en France, depuis vingt ans, il se ferme chaque jour quatre stations-service. Lorsque je suis entré chez Total il y a près de vingt ans, nous avions 13 000 stations-service à notre marque, aujourd'hui il n'y en a plus que 3 000. Dans combien d'années compterons-nous 1300 stations-service, c'est-à-dire une réduction de dix à un ?

## **I. – Le réseau organique de propriétaires indépendants de stations-service**

Ces accords sont assez proches par leur contenu des contrats de bière. Ils portent d'une part sur les carburants et d'autre part sur les lubrifiants, étant précisé que certains ne nous achètent que des carburants et d'autres que des lubrifiants : le couple carburant/lubrifiant n'est donc pas automatique. S'agissant des carburants, c'est un contrat d'approvisionnement exclusif, avec concession de la marque Total, mise à disposition du matériel publicitaire – l'enseigne, le totem –, des cuves, des pompes, etc., et prêts financiers ou cautionnement de prêts à taux bonifiés.

S'agissant des lubrifiants, il n'y a plus, conformément au règlement européen 1984/83, d'engagement d'approvisionnement exclusif. Aujourd'hui, le pompiste s'engage à acheter une quantité contractuelle qui généralement ne correspond pas à la totalité de ses besoins. Là encore, il bénéficie d'une mise à disposition de matériels plus légers, ainsi que de prêts financiers ou des garanties d'emprunts qui peuvent être très importants : il a été longtemps de tradition que les garagistes, qui constituent la majorité des distributeurs, fassent financer le tiers de leur installation par le pétrolier au moyen notamment des prêts sur les lubrifiants.

Les difficultés juridiques ont principalement tenu à la durée de ces contrats. Plus les débits étaient faibles, plus les contrats d'exclusivité étaient longs. Dès lors, sensible aux offres alléchantes d'autres fournisseurs, le détaillant n'avait de cesse de sortir du contrat avant son terme. Pour ce faire, il a d'abord invoqué avec succès la loi du 14 octobre 1943 limitant à dix ans la durée de certaines clauses d'exclusivité qui, pourtant, n'avait pas été édictée en pensant aux pétroliers. Puis, à partir du début des années soixante-dix, les détaillants sont parvenus à se délier du contrat en invoquant l'indétermination des prix qui, à l'époque, emportait la caducité du contrat et non pas sa nullité. La caducité répondait tout à fait au problème, en mettant fin au contrat avant terme, sans rétroactivité.

À l'expiration anticipée des contrats, les pétroliers ont répondu en exigeant la restitution en nature du matériel prêté, spécialement les cuves. À partir de 1987, le Conseil de la concurrence, puis la Cour de Paris, ont considéré que l'exigence de restitution en nature des cuves, bien que fondée sur le droit de propriété, pouvait avoir un effet anticoncurrentiel en renchérissant, et donc en empêchant, en pratique, les changements de fournisseurs. Nous avons donc été contraints d'introduire une clause qui, en fin de contrat, quelle qu'en soit la cause, nous oblige à offrir une option d'achat du matériel. Bien évidemment, ces options d'achat ont été exercées, de sorte que nous ne sommes plus propriétaires de ces matériels et que le réseau n'est plus intégré. La durée des contrats est aujourd'hui d'un à deux ans. L'exclusivité est rarement respectée ; nous fermons les yeux. En conséquence, nous avons fini par délaisser commercialement ce canal de distribution. En mettant fin au risque d'annulation de nos contrats, le revirement de jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995 nous a conduits à nous y intéresser de nouveau : nous avons fait un important effort de recherche et bâti un nouveau type de contrat dont nous espérons qu'il sera commercialement attractif et juridiquement sûr.

## **II. – Le réseau officiel**

Il ne s'agit pas du tout de la même population. Le métier de gérant de station-service est un métier extrêmement difficile, qui fait appel à une population d'origine modeste trouvant là l'occasion d'exercer un métier indépendant. La station appartient au pétrolier qui ne la fait pas exploiter par des salariés, parce que, si l'on devait appliquer la convention collective de 1953, on aboutirait à des résultats totalement désastreux. Selon une simulation réalisée en 1989, les

charges induites nous conduiraient à fermer toutes nos stations, même sur autoroute. À cela s'ajoute que des salariés se comportent un peu comme des « fonctionnaires de la distribution », alors que nous avons besoin de « mousquetaires de la distribution ». Ainsi, comparés à ceux des locataires-gérants, les résultats de l'exploitation par les gérants itinérants salariés que nous avons dans le passé étaient désastreux. Aujourd'hui, on constate que, lorsque nous vendons une station à son ancien locataire-gérant, immédiatement les litrages augmentent de 40 %. Il y a donc plus de motivation lorsqu'on est propriétaire de la station, et plus lorsqu'on est locataire-gérant que pompiste salarié.

On a donc opté pour la location-gérance. Le contrat porte sur l'ensemble des branches d'activité de la station-service mais chacune peut être exploitée avec un régime juridique différent. S'agissant des carburants, on a abandonné l'approvisionnement exclusif, en 1982, pour vendre des carburants sous le régime du mandat. Le carburant que nous mettons dans les cuves de la station appartient au pétrolier jusqu'au moment où il entre dans le réservoir de l'automobiliste. Il est vendu au prix fixé par le pétrolier, prix perçu puis reversé par l'exploitant de la station-service, qui est rémunéré de ses peines et soins par le versement d'une commission. Les lubrifiants, eux, sont toujours sous le régime de l'approvisionnement exclusif.

Pour l'entretien-réparation, nous envisageons, après avoir testé la formule dans certaines régions, d'offrir au consommateur un service concurrent de celui qui consiste à remplacer un pot d'échappement en trente minutes et sans rendez-vous, et ce, dans le cadre d'une quasi-franchise. Un portique de lavage vaut 400 000 F. Lorsqu'on en installe un, on souhaite avoir une meilleure maîtrise de cette activité et pouvoir faire un marketing plus rigoureux : on a donc recours au système du mandat. Quant à la restauration, cette formule est exploitée par le biais d'un contrat de quasi-franchise. Les autres activités de boutique, exercées en franchise, pâtissent d'une image de cherté liée au prix du carburant, et ne seront donc pas développées. Cela marche aux États-Unis parce qu'il n'y a pas de taxes sur les carburants, cela ne marche pas en France parce que de telles taxes existent et qu'il y a assimilation de cherté de ce fait. Les autres activités sont également sous un régime de liberté. La particularité du système, ce sont les accords interprofessionnels qui, depuis 1973, lient organisations professionnelles de pétroliers et de détaillants et constituent une sorte de quasi-convention collective. Les principales dispositions prévoient une indemnité en fin de gérance, fixent une rémunération de référence – et non pas minimale –, et mettent en place une commission paritaire de conciliation pour régler les litiges. Ces contrats s'inscrivent dans le cadre d'un accord interprofessionnel (AIP), négocié par des organisations représentant les pétroliers et les détaillants, qui est une sorte de « quasi-convention collective ». Entre autres dispositions, cet AIP prévoit une indemnité de fin de gérance, fixe une rémunération de référence, et met en place une commission paritaire de conciliation pour régler les litiges.

Là encore, on a rencontré certaines difficultés juridiques. Les gérants de stations-service ont d'abord essayé de faire requalifier la location-gérance en bail commercial. À la suite de toute une série de litiges, la Cour de cassation a consacré en 1974, notamment dans une décision *Total c/ Adnet*, la théorie du fonds de commerce national : la clientèle est attachée à la marque, à l'emplacement, aux installations et préexiste à l'ouverture de la station. Presque concomitamment, il y a eu la revendication du salariat. Les juridictions ont considéré que, compte tenu de « l'état de dépendance économique » des gérants, il y avait lieu de les faire bénéficier de la loi de 1941, aujourd'hui intégrée dans le Code du travail à l'article L 781-1, et de les soumettre aux livres I et II dudit code. Il fallait comparer ce que le détaillant avait gagné en tant que commerçant et ce qu'il aurait dû gagner en appliquant le Code du travail ; ensuite la Sécurité sociale venait réclamer son obole. Ce système, extrêmement complexe, a lui aussi



vécu. Il a été remplacé par la généralisation du mandat sur les carburants en 1982. À cette occasion, nous avons demandé à nos détaillants d'adopter le statut de la SARL, car le Code du travail n'est pas applicable aux personnes morales... Cela a enfin permis de répondre à un certain nombre de revendications de détaillants : gérants minoritaires salariés de la société, ils peuvent se verser un salaire et surtout bénéficier du régime général de la Sécurité sociale.

En 1982, la guerre des prix entre les pétroliers et les grandes surfaces s'est avivée par suite d'un texte interdisant de distribuer des cadeaux dans les stations-service. La confrontation des prix devenait de plus en plus brutale. Il importait donc d'avoir une meilleure maîtrise des prix. Or, nous nous heurtions à deux interdictions : celle des prix imposés et celle des pratiques discriminatoires, qui, jusqu'en 1986, étaient pénalement sanctionnées et ne pouvaient être justifiées que par des différences correspondantes du prix de revient pour le fournisseur. Il n'y avait aucune souplesse d'alignement et, d'ailleurs, en 1985, le président et le directeur commercial de la Shell ont été condamnés par la Cour de Paris à 1 000 F d'amende avec sursis, ce qui était certes symbolique, pour avoir consenti à des gérants des remises spéciales pour leur permettre de s'aligner, de résister à la concurrence de certains distributeurs indépendants ; et la Cour d'appel de dire dans ses attendus, citant la circulaire Scrivener, que l'exception d'alignement n'était pas prévue. C'est en raison de ces rigidités juridiques que nous avons eu recours au système du mandat, que l'on retrouve ailleurs, notamment en Allemagne où la distribution des carburants relève, en dehors des grandes surfaces, du mandat, ainsi que, d'une certaine façon, en Espagne et au Portugal.

L'adoption du mandat n'a pas été sans poser certains problèmes juridiques, telle la revendication de l'application de l'article 2000 du Code civil qui dit que le mandant doit indemniser le mandataire des pertes d'exploitation qu'il a subies. Or, en versant une commission dite forfaitaire, on pensait être à l'abri de l'application de l'article 2000. La Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi et a exigé qu'il y ait des renoncements expresses. On a alors inséré des clauses comportant une renonciation expresse à l'application de l'article 2000. À défaut, le mandataire n'aurait aucune responsabilité commerciale : pour le pétrolier, un tel régime serait pire encore que le salariat.

S'agissant de l'approvisionnement exclusif des lubrifiants, l'indétermination des prix, sanctionnée par la caducité des contrats des propriétaires indépendants, a servi ici à annuler le contrat *ab initio* ; il n'y a jamais de litige en cours de contrat, car le détaillant, qui n'a pas d'autre gagne-pain que sa station-service, ne peut en cours de contrat élever une contestation. Il peut certes discuter, négocier – la négociation commerciale existe –, mais il y a tout de même un point de non-retour qu'il ne peut pas franchir, sauf à envisager la rupture du contrat. Les litiges naissent donc à l'expiration du contrat. Pour pouvoir apurer les comptes sur des bases différentes de celles résultant de l'application même du contrat, les juges ont annulé le contrat de manière rétroactive. Ceci donnait lieu ensuite à des expertises inextricables sur les restitutions. C'est ainsi qu'est intervenu le revirement de jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995.

En conclusion, c'est une construction qui s'est faite au fil du temps et la nouvelle jurisprudence devrait conduire les juges à reconnaître la spécificité de ces contrats, sans chercher à les mettre dans un moule préexistant, pour les examiner dans toute leur globalité, en regardant s'il y a eu ou non abus. Je souhaite qu'ils ne cèdent pas à la tentation de la disqualification en salariat, parce que ça ne serait plus quatre stations par jour qu'on fermerait, mais ce serait vraiment la fin de ce mode de distribution. Enfin, il faut souhaiter que l'on trouve rapidement une solution pour normaliser les conditions de la concurrence entre les stations traditionnelles et les grandes surfaces.

## LA DISTRIBUTION SÉLECTIVE DES PARFUMS : PARADOXES ET PERSPECTIVES

**M. Xavier DERVILLE,**  
*Directeur juridique adjoint d'Yves Saint-Laurent Parfums*

J'ai voulu attendre la dernière minute pour vous apporter ce qui ne sera plus un scoop dans quelques heures mais qui l'est peut-être encore un peu : l'arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes dans une affaire qui opposait la Commission au groupement d'achat Édouard Leclerc et à un groupement de droguistes néerlandais, le groupement Kruidvat. Afin de vous faire un peu languir, j'en parlerai donc dans la dernière partie de mon intervention.

Mais avant d'évoquer les perspectives du secteur, je vous indiquerai brièvement quelles sont ses caractéristiques sur le plan économique. J'aborderai ensuite le paradoxe de la distribution sélective, dont la validité n'a certes cessé d'être reconnue au cours des vingt dernières années mais dont la défense est, dans certains pays, difficile à assurer.

\*  
\* \*

Le marché mondial de l'ensemble des produits cosmétiques représentait en 1995 environ 370 milliards de francs. Le marché mondial des produits de parfumerie de prestige représente à peu près 85 milliards de francs, soit 23 % du marché mondial des produits cosmétiques. Sur les huit premiers groupes du secteur des produits de parfumerie de prestige, cinq sont européens – LVMH, L'Oréal, Unilever, notre groupe Sanofi et Chanel. Au niveau de l'Europe, le marché des produits de parfumerie représentait en 1994 dans les huit pays suivants : Allemagne, France, Royaume-Uni, Italie, Espagne, Suisse, Belgique et Pays-Bas, environ 29 milliards de francs, soit près de 35 % du marché mondial. En France, les ventes des produits de parfumerie de prestige représentent à peu près 30 % des ventes de produits cosmétiques. Quant à notre groupe, la marque Yves Saint-Laurent détient à peu près 3 % du marché mondial. Elle est numéro six dans le monde, elle l'était en 1994, elle est numéro six dans les huit principaux pays d'Europe que je vous ai cités pour 1995. Notre groupe est numéro cinq dans le monde.

La première caractéristique de ce secteur d'activité est son dynamisme, contrairement à ce que l'on entend dire. Il suffit d'observer le nombre de lancements qui interviennent chaque année. En 1995, il y eut plus de cent lancements. À une époque, ils étaient plus espacés ; maintenant c'est tous les deux ans ou parfois même tous les ans que les fabricants lancent de nouvelles lignes de produits.

Deuxième caractéristique, le renouvellement. Si on compare les dix premières marques en 1976 et les dix premières en 1993, on constate que seulement cinq marques qui figuraient parmi les dix premières en 1976 figurent encore parmi les dix premières en 1993.

La diversité et la modernité sont les autres caractéristiques de ce secteur. Diversité, il suffit de voyager dans l'Union européenne pour constater que ce mode de distribution sélective s'est parfaitement adapté aux différents types de distribution des pays de l'Union. Parmi les types de points de vente constituant les réseaux de distribution sélective, figurent les points de vente spécialisés, parfumeries traditionnelles, indépendantes, souvent membres d'un groupement, ou intégrées dans une chaîne, avec des concepts extrêmement variés. Ces concepts vont du

concept classique dans lequel il faut passer par l'intermédiaire d'une vendeuse pour avoir accès au produit, au nouveau concept dans lequel on peut accéder librement au produit, tout en disposant d'un service de conseil discret mais présent. On trouve aussi des points de vente spécialisés parmi lesquels figurent des types de points de vente très différents : grands magasins, drogueries-parfumeries en Angleterre – Boots –, au Danemark – Matas –, en Allemagne – Muller. Les points de vente non spécialisés pour Yves Saint-Laurent représentent plus de 90 % au Royaume-Uni, puisqu'en fait il n'y a pratiquement que de la distribution non spécialisée – grands magasins, parfumeries-drogueries et *chemists* indépendants, c'est-à-dire des pharmaciens qui ont toujours une autre activité – ; au Danemark, 73 % ; aux Pays-Bas et en Espagne, 35 % ; en France, 20 % ; au Portugal et en Allemagne, 15 %. Ceci prouve que ce système est moderne et qu'il n'a cessé d'évoluer afin de répondre aux nouvelles attentes du consommateur. Les consommateurs sont satisfaits de ce système de distribution. Ils le sont chaque fois qu'on les interroge, non seulement au niveau professionnel, mais également au niveau de la marque Yves Saint-Laurent, même si, sur certains points, ils souhaitent que le système s'améliore.

Le système de distribution sélective de produits de parfumerie de prestige repose sur une triple cohérence. La première est, bien évidemment, la cohérence entre la marque et le produit. À partir du moment où un fabricant décide d'apposer sa marque de prestige sur un produit, ce produit doit être de haute qualité, innovant et résulter d'une longue recherche. La deuxième est la cohérence entre le produit, la marque et la communication. La troisième est celle qui existe entre la marque, le produit, la communication et la distribution. Cette troisième cohérence est extrêmement importante, puisque c'est au travers de sa distribution que le consommateur perçoit un produit et la marque qu'il porte. C'est là qu'il va constater la cohérence ou l'incohérence entre la communication qui entoure le produit et la façon dont il est distribué. Et, s'il y a incohérence, il va se détourner du produit, ce qui bien sûr est la sanction la plus redoutable pour un fabricant.

\*  
\* \*

Venons maintenant au paradoxe de la distribution sélective des produits de parfumerie de prestige. La validité du caractère sélectif de ce système de distribution n'a cessé d'être reconnue au niveau communautaire mais aussi au niveau national depuis plus de vingt ans. Cette validité fut, tout d'abord, reconnue par la Cour de justice des Communautés européennes, dans les années quatre-vingt, par les fameux arrêts « parfums ». Dans ces arrêts, elle indiquait que ce système de distribution était conforme, au regard de l'article 85-1 du traité de Rome, à condition que les critères de sélection soient objectifs, qualitatifs, relatifs à l'installation du revendeur, à la compétence professionnelle de son personnel de vente, qu'ils soient établis de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. En 1991 et 1992, il y eut les décisions d'exemption accordées par la Commission à Yves Saint-Laurent et Givenchy dans lesquelles, en ligne avec la jurisprudence de la Cour, elle a considéré le recours à la distribution sélective qualitative parfaitement justifié pour ce type de produits, à condition que les critères respectent les règles fixées par la Cour de justice. La Commission considéra, par ailleurs, l'exigence du montant minimum d'achats requis des détaillants tout à fait conforme, à condition que soit fixé un plafond à ce montant minimum d'achat. En 1992, le groupement d'achats Édouard Leclerc et la chaîne néerlandaise de droguerie Kruidvat introduisirent un recours en annulation à l'encontre des décisions d'exemption Yves Saint-Laurent et Givenchy devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes.

Le paradoxe réside dans le fait que ce système de distribution bénéficie malheureusement d'une protection « à géométrie extrêmement variable ». Il est satisfaisant intellectuellement de se dire que son système de distribution est licite au regard du droit communautaire, mais encore faut-il pouvoir le défendre dans les États de l'Union européenne. Pour aller du positif vers le négatif, en France, nous avons bénéficié d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Après avoir vécu des années heureuses, puis très malheureuses, nous vivons à nouveau des années heureuses. Les tribunaux français ont en effet donné aux fabricants des moyens de protéger leur réseau de distribution. Le fait de vendre un produit de distribution de prestige en dehors d'un réseau de distribution sélective n'est pas constitutif en soi d'un acte de concurrence déloyale. Mais, si un revendeur non agréé refuse de révéler sa source d'approvisionnement, il y a alors présomption d'acquisition irrégulière. Par ailleurs, si un revendeur non agréé vend un produit sur lequel il est indiqué qu'il ne peut être vendu que par des distributeurs de la marque, ceci est considéré comme un acte de publicité mensongère ou de concurrence déloyale.

Lorsque l'on se tourne vers le nord de l'Europe, les choses deviennent beaucoup plus délicates. En Angleterre, on peut engager une action sur la base du *passing off* mais il faut alors prouver que le détaillant non agréé a, par un comportement actif, laissé croire au consommateur qu'il était détaillant agréé. Ce qui n'est pas simple puisqu'il est rare de voir un détaillant non agréé mettre une banderole indiquant : « Je ne suis pas détaillant agréé de la marque ... ». La situation n'est donc pas, sur le plan juridique, satisfaisante en Angleterre.

En Allemagne, c'est aussi une véritable « course d'obstacles ». En effet, le fabricant doit prouver tout d'abord l'étanchéité théorique de son système, c'est-à-dire l'existence d'un contrat de distribution sélective avec chacun de ses détaillants agréés dans chacun des États de l'Union européenne. Yves Saint-Laurent a plus de 8 000 détaillants agréés dans l'Union européenne. Puis, il faut prouver l'étanchéité pratique de son système, c'est-à-dire qu'à chaque fois qu'il y a vente en dehors du réseau de distribution sélective, le fabricant engage les actions judiciaires à l'encontre des revendeurs non agréés concernés. Si ces deux conditions sont satisfaites, il y a alors présomption d'acquisition irrégulière. On considère que le revendeur non agréé a profité des fuites du système. Mais ce n'est qu'une présomption, et le revendeur non agréé peut établir que des produits circulent en dehors du réseau. Il faut alors prouver que, dans le pays d'où viennent les produits, l'étanchéité est aussi assurée. Ce faisant, on peut en arriver à une étanchéité mondiale, ce qui est extrêmement difficile.

En Belgique, la jurisprudence des tribunaux est dans sa majorité défavorable. Nous espérons que l'influence des tribunaux français permettra d'inverser cette jurisprudence. Il existe un débat sur la publicité mensongère. Certains tribunaux belges considèrent en effet que le fait de vendre un produit avec la mention « ne peut être vendu que par un distributeur agréé » n'est pas un acte de publicité mensongère, puisque le détaillant non agréé n'est pas l'auteur de la publicité. C'est un peu spécieux compte tenu de la définition beaucoup plus large de la publicité donnée par la loi belge. Un grand nombre d'affaires sont actuellement pendantes devant la Cour de cassation. En revanche, au Luxembourg, la situation est plus favorable, puisque, si un détaillant n'est pas agréé et vend ses produits avec cette mention, on considère que c'est une usurpation de qualité commerciale contraire aux dispositions de la loi luxembourgeoise. Le panorama est donc très contrasté. Une harmonisation du droit de la concurrence dans l'Union européenne s'impose. Elle est nécessaire pour que ce secteur d'activité dans lequel les entreprises européennes sont leaders continue à se développer.

\*  
\* \*

En ce qui concerne les perspectives de ce secteur d'activité, je vais mettre un terme au suspense que j'entretiens depuis le début de mon intervention sur la décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes. En effet, dans son recours, Galec prétendait que l'application de l'ensemble des critères de sélection validés par la Commission dans la décision d'exemption Yves Saint-Laurent aurait pour effet d'exclure *a priori* une forme de distribution dont Galec prétendait être le représentant. Galec reprochait à la Commission d'avoir commis des erreurs de motivation, de fait et de droit. Ce recours a été rejeté, à l'exception d'un point accessoire concernant le critère de sélection relatif à l'importance de la surface accordée dans un point de vente non spécialisé aux activités autres que les activités de parfumerie.

En dehors de ce point, le tribunal considère que la Commission a pris une décision parfaitement motivée, qu'il n'y a eu ni erreur de droit ni erreur de fait. Par conséquent, la distribution sélective reste justifiée dans son principe et est reconnue avec tous ses critères de sélection, y compris le critère de l'enseigne. Le tribunal considère qu'il est légitime de recourir à un système de distribution sélective pour les produits de parfumerie de prestige. Le débat n'est peut-être pas clos puisqu'il y a possibilité de recours, mais c'est une étape extrêmement importante pour l'ensemble du secteur d'activité dans l'Union européenne qui vient d'être franchie.

Et, en ce qui concerne la Commission des Communautés européennes, celle-ci a engagé une réflexion beaucoup plus vaste sur les accords verticaux de distribution, dont font partie les accords de distribution sélective. Cette réflexion va faire l'objet prochainement de la publication d'un Livre vert (163). S'en suivra un large débat où tous les opérateurs pourront donner leur point de vue. La Commission publiera enfin un Livre blanc dans lequel elle indiquera les options choisies. Dans ce débat, bien évidemment, notre secteur d'activité revendiquera sa spécificité.

Pour conclure, je voudrais d'abord rectifier un certain nombre de contrevérités. Ce système n'est pas anticoncurrentiel. Au contraire, la concurrence y est extrêmement vive à tous les niveaux et, en termes de prix, on peut constater qu'elle est très forte. Ce système n'est pas figé. Il n'est pas monolithique. Il n'est pas limité à des points de vente spécialisés de centres-villes : il inclut, parfois très largement dans certains pays, des points de vente non spécialisés ; il inclut de nouveaux concepts de vente. Il n'a donc cessé d'évoluer au cours des années pour répondre aux attentes des consommateurs qui ne cessent d'évoluer. Ce système doit continuer à se développer. Il faut continuer aussi à lui donner des moyens de défense et, là, j'espère que l'exemple français sera suivi par un certain nombre de tribunaux étrangers. À cet égard, il importe de garder à l'esprit que c'est l'avenir d'un des plus beaux fleurons de l'industrie européenne qui est en jeu. Ce secteur a une activité exportatrice importante avec des taux de couverture très importants. Ce secteur n'a jamais été subventionné par les États. Il s'agit là de défendre une activité non pas française mais européenne. Nous sommes en bonne voie.

## DÉBAT

**M<sup>e</sup> Muriel LE FUSTEC**, *Avocat à la Cour de Paris*.— La loi Galland a supprimé la prohibition *per se* du refus de vente. On a beaucoup parlé de l'impact limité de cette suppression, considérant que l'on pouvait toujours continuer à sanctionner ce refus de vente sur d'autres

(163) Publié depuis par la Commission des Communautés européennes, le 22 janvier 1997, *Com (96) 721 Final*.



dispositions de l'ordonnance, notamment les articles 7 et 8, voire l'article 36. Dans le cadre de la validité des réseaux de distribution sélective, quels sont l'impact, la force et l'intérêt que vous accordez à cette suppression du refus de vente *per se* ?

**M. DERVILLE.**– Je vous dirai que nous avons dû faire une information très rapidement, tant à l'intérieur de notre société qu'à l'extérieur, parce qu'il y avait effectivement des bruits qui circulaient qui n'étaient pas tout à fait exacts et un enthousiasme que nous avons dû tempérer. Il était en effet tout à fait inexact de considérer que la suppression de cette interdiction du refus de vente allait permettre aux fabricants pratiquant un système de distribution sélective de répondre sans avoir à motiver un refus et donc de leur donner une liberté pleine et entière. Ce n'est pas le cas. Si un refus de vente découle d'un système de distribution sélective, il rentre dans le système applicable aux ententes. Vous êtes dans un système d'entente verticale. Ce système reste soumis aux dispositions des réglementations communautaires et françaises qui, elles, n'ont pas changées. L'objet de notre communication interne et externe était de dire : « nous restons dans le cadre des décisions d'exemption Yves Saint-Laurent et Givenchy et de la jurisprudence de la Cour de justice. Ce cadre existe et il n'est pas changé ».

**M. Patrick LEPOUTRE, Président du Centre d'étude de la distribution intégrée pour le partenariat (CEDIP).**– Lors de la reconduction du règlement d'exemption concernant le secteur de l'automobile, on a entendu dire que les éléments contenus dans ce règlement avaient des chances d'être étendus à d'autres secteurs et en particulier à l'industrie de luxe. Pensez-vous qu'il soit intéressant pour votre secteur de bénéficier d'un règlement d'exemption qui vous permettrait sans doute d'harmoniser les différentes conditions de distribution au sein du marché unique ? Et est-ce que dans les démarches engagées auprès de la Commission pour l'élaboration de ce Livre vert dont vous avez évoqué la prochaine parution, vous plaidez pour avoir un règlement d'exemption générique ?

**M. DERVILLE.**– Première précision historique : au tout début des discussions entre nos instances fédérales, en l'occurrence le Colipa (Comité de liaison des associations européennes des industries de la parfumerie, des produits cosmétiques et de toilette), et la Commission, fin 1988, le souhait de notre secteur d'activité était de bénéficier d'un règlement d'exemption par catégorie, spécifique aux produits de parfumerie de prestige. La Commission a décidé de procéder par voie de décisions individuelles d'exemption, décisions qui serviraient de cadre à l'ensemble du secteur. De fait, il est important de noter que ces décisions d'exemption individuelles, même si elles ont été accordées à Yves Saint-Laurent et Givenchy, ont permis aux autres sociétés de bénéficier d'une sécurité juridique, notamment en France. En effet, les tribunaux français se sont contentés, pour les sociétés qui n'avaient pas cette exemption, de comparer la décision d'exemption au contenu des contrats qui leur étaient soumis pour décider si ces contrats étaient ou non valides au regard du droit communautaire. Dans cette réflexion qui s'engage, il est clair que le règlement d'exemption par catégorie va être une des options envisageables. Notre réflexion commence, mais on peut déjà dégager un certain nombre de points. Si on envisageait un règlement d'exemption par catégorie pour l'ensemble des produits de distribution sélective, je pense que ce ne serait pas une solution satisfaisante pour notre secteur d'activité. De fait, ce système de distribution est adopté par des secteurs d'activité très divers, pour des produits extrêmement différents ; et le risque est bien évidemment que l'on cherche à ce moment-là le plus petit dénominateur commun, et que ce qui fait notre spécificité, tous ces critères de sélection qui ont été validés par la Commission, ne se retrouve plus dans ce règlement. Ce serait un cadre tellement large qu'il n'offrirait plus, à notre sens, une protection réellement satisfaisante. Par conséquent, si on allait dans la direction d'un règlement



d'exemption par catégorie, on pencherait pour un règlement propre aux produits de parfumerie de prestige. Tel est mon premier sentiment, en précisant bien que la réflexion va s'engager.

## LES RELATIONS ENTRE L'INDUSTRIE ET LA GRANDE DISTRIBUTION : UNE NOUVELLE DONNE ?

**M<sup>me</sup> Béatrice de VAREILLES-SOMMIÈRES**, *Association française des juristes d'entreprise.* – C'est un grand honneur pour l'Association française des juristes d'entreprise que de participer à ce passionnant colloque. Comme tous les acteurs de la distribution, nous sommes plongés en ce moment dans une certaine obscurité, à la suite de la réforme de l'ordonnance de 1986. Le contrat-cadre de distribution est le plus riche des contrats-cadres, disait hier M. le Président Bézard. Le contrat fait penser à un cercle, ou plutôt à deux demi-cercles allant d'un cocontractant à l'autre. Le cadre, de l'italien *quadro*, signifie carré. De là à dire que la question du contrat-cadre est celle de la quadrature du cercle, il n'y a qu'un pas que je franchirai très volontiers. Quadrature du cercle que d'aboutir à une éthique, à une loyauté, à une transparence entre les acteurs économiques que sont notamment les industriels et la grande distribution. La réforme de 1996 aboutit-elle à une nouvelle donne pour l'industrie et la grande distribution ? Ce sera l'objet de notre table ronde animée par M. le Bâtonnier Flécheux et précédée par un exposé introductif de M. le Professeur Pédamon.

### Exposé introductif

**M. Michel PÉDAMON**,  
*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Depuis le début des années soixante notre pays a enregistré un processus de modernisation de la distribution que certains ont qualifié de révolution commerciale par analogie avec la révolution industrielle. De cette époque datent en effet l'apparition d'un grand commerce concentré, la création de chaînes puissantes d'indépendants, la multiplication sur tout le territoire de grandes surfaces de vente, en particulier d'hypermarchés polyvalents qui sont une spécificité française (164). Bien entendu, cette transformation de l'appareil commercial a entraîné des conséquences très importantes. Elle a provoqué le dépérissement voire la fermeture de nombreux commerces traditionnels et elle a conféré aux grands distributeurs une puissance économique accrue face à leurs partenaires de l'industrie. Les marchés de vendeurs ont cédé, pour une bonne part, la place à des marchés d'acheteurs.

Le thème de la puissance d'achat s'est alors imposé de lui-même. Pourtant, la littérature juridique ou économique ne lui a pas consacré en France d'études très approfondies. C'est que le phénomène est difficile à saisir et à apprécier dans ses effets à long terme ; à première vue, il n'apparaît pas suspect comme la puissance de l'offre. Il présente même des aspects positifs : il contraint les fournisseurs à améliorer leurs performances, à produire des articles de meilleure qualité et à des coûts inférieurs. Il stimule la concurrence entre distributeurs dans la mesure où ceux qui achètent moins cher répercutent sur leurs prix de vente les économies qu'ils réalisent. Il soutient ainsi la lutte contre l'inflation, favorise la baisse des prix et, en définitive, préserve le pouvoir d'achat des consommateurs. C'est ce qui explique – il faut en avoir conscience – la

(164) C. Villain, *Rapport sur les relations entre l'industrie et la grande distribution*, 1995, p. 48 sq.

faveur dont jouissent les grandes surfaces dans notre société urbanisée, motorisée, où souvent les deux époux travaillent et entendent ne consacrer que peu de temps à leur approvisionnement en biens de consommation courante.

Mais le tableau comporte aussi des ombres ; l'exercice de la puissance d'achat peut devenir abusif et présenter à son tour des aspects négatifs : ainsi, lorsque les acheteurs exigent de leurs partenaires industriels des rabais ou ristournes sans aucun rapport avec l'évolution des coûts de fabrication que ceux-ci supportent ou encore lorsqu'ils leur transfèrent des charges qui relèvent directement de la commercialisation des produits. Toute cette gamme d'avantages contribue au surplus à accentuer les distorsions de concurrence entre les différentes formes de commerce puisque les commerçants les plus faibles n'en bénéficient pas. Enfin, il arrive que la puissance d'achat serve à dresser des barrières à l'entrée sur le marché de fournisseurs indociles ou d'entreprises rivales de distribution. Même s'il n'est pas mauvais en soi, le phénomène peut donc déboucher – et l'expérience prouve qu'il débouche fréquemment – sur des pratiques abusives caractérisées.

Or, dans son premier état, le droit français de la concurrence n'était pas en mesure de réprimer efficacement ces pratiques abusives. La fameuse trilogie légale qui datait de 1953 et de 1958 : à savoir l'interdiction des prix minima imposés et ses compléments naturels, l'interdiction du refus de vente et celle des majorations discriminatoires, était essentiellement destinée à neutraliser le pouvoir de domination des industriels sur les commerçants, elles ne pouvaient pas jouer en sens inverse. Il a fallu attendre l'avis rendu par la Commission de la concurrence le 14 mars 1985, à la demande du ministre de l'Économie, pour que les pratiques des centrales et super-centrales d'achat des grands distributeurs fassent l'objet d'une appréciation globale au regard de la législation des ententes, des positions dominantes et de la concentration (165).

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 devait tirer profit de cet avis. Certes, elle n'a pas consacré de disposition spécifique aux pratiques abusives dénoncées par la Commission. Elle n'a pas érigé les abus de puissance d'achat en catégorie juridique autonome ; pas plus que ne le font les législations étrangères. Mais elle a introduit dans notre droit une forme nouvelle de pratique anticoncurrentielle : l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, en songeant, sans le dire expressément, au renversement du rapport de force entre l'industrie et le commerce (166). Parallèlement elle a édicté diverses règles tendant à accroître la transparence tarifaire, notamment la transparence postcontractuelle dans les relations interprofessionnelles. Et elle a maintenu, au titre des pratiques restrictives sanctionnées pénalement, l'interdiction déjà ancienne des prix minima imposés, l'interdiction plus récente de la revente à perte, tandis qu'elle dépénalisait, pour les soumettre au régime (aménagé) de la responsabilité civile, le refus de vente et de services, ainsi que les pratiques discriminatoires.

Mais toute cette réglementation qui aurait pu servir à réprimer et à prévenir les abus de puissance d'achat n'a pas ramené la sérénité dans les rapports contractuels industrie-commerce (167). Le Conseil de la concurrence n'a pas saisi l'occasion de l'affaire Cora pour constater la dépendance économique de fournisseurs régionaux à l'égard d'un grand distributeur, non plus que pour sanctionner les avantages rétroactifs et la participation publi-

(165) *Rapport 1985*, p. 12 sq.

(166) M. Pédamon, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994, n<sup>os</sup> 477 sq.

(167) C. Villain, *op. cit.*, p. 80 sq.

promotionnelle que celui-ci avait exigés de ceux-là sous le prétexte du rachat de l'un de ses concurrents (168).

Les règles sur la transparence postcontractuelle, c'est-à-dire sur la facturation, sont devenues en quelques années, à la suite de diverses interprétations administratives, doctrinales et judiciaires, si complexes et imprécises qu'elles ont rendu très difficile la détermination du seuil de la revente à perte (169). Enfin, si les contrôles ont été nombreux en matière de pratiques restrictives, les sanctions sont demeurées très faibles eu égard aux intérêts qui étaient en jeu. Or, dans le même temps l'affaire des lessives révélait la concurrence acharnée que se livrent les grandes enseignes du commerce sur le terrain des prix et la surenchère croissante à laquelle elles recourent dans leurs demandes de rabais, remises ou ristournes et autres accords de coopération commerciale par crainte d'être moins bien traitées que leurs concurrentes (170).

Loin de s'atténuer, les tensions entre l'industrie et la grande distribution ont donc continué à s'aggraver à la faveur de la crise économique et de la stagnation de la consommation. On a pu observer qu'elles étaient plus fortes en France qu'à l'étranger. C'est la raison essentielle – non pas la seule – pour laquelle le législateur a entrepris de réformer et de compléter l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 avec le double souci de rééquilibrer les relations entre partenaires économiques et de restaurer, au sein de ces relations, une véritable loyauté. Tel est l'objet principal de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996.

Dans les rapports entre l'industrie et la grande distribution, ces préoccupations doivent se traduire – devraient se traduire – d'une double façon : d'abord par le renforcement du pouvoir de négociation des industriels (1.) ; ensuite par l'intensification de la lutte contre les pratiques de prix déloyales de certains grands distributeurs (2.).

## **I. – Le renforcement du pouvoir de négociation des industriels**

Dans l'esprit du législateur ce renforcement s'appuie sur la nouvelle rédaction de l'article 36 de l'ordonnance, qui d'une part s'appauvrit en ce qu'il supprime l'interdiction du refus de vente et son corollaire l'interdiction des ventes liées entre professionnels, d'autre part s'enrichit de trois nouveaux cas d'abus de dépendance économique qui constituent autant de nouvelles pratiques restrictives.

### ***A) La suppression de l'interdiction du refus de vente***

À la vérité, cette suppression n'était pas inscrite dans le projet de loi déposé par le gouvernement (171). Le projet se prononçait pour une demi-mesure ; il se contentait d'inverser les solutions résultant de l'article 36-2 dans sa formule initiale. Au lieu d'être en principe interdit et exceptionnellement licite, le refus de vente devait devenir en principe licite et exceptionnellement interdit, la charge de la preuve que sa demande ne présentait pas un caractère anormal incombant alors au client lui-même, c'est-à-dire au demandeur, et cette exception devait profiter selon le ministre aux PME du commerce désireuses d'entrer pour la

(168) Décis. 8 juin 1993 : *Rapport 1993*, p. 206.

(169) M. et J.-M. Mousseron, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, 1993, n<sup>os</sup> 395 sq.

(170) Décis. 13 déc. 1994 : *Rapport 1994*, p. 495.

(171) JO AN n<sup>o</sup> 2591.

première fois sur le marché (172). Mais cette inversion des solutions et de la charge de la preuve n'a pas convaincu les députés. Ils se sont prononcés pour l'abrogation pure et simple de l'article 36-2 et, après plusieurs navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat, c'est leur point de vue qui a triomphé.

Pour justifier cette abrogation, ils ont fait valoir que l'interdiction du refus de vente constituait une disposition anachronique, obsolète, qu'elle datait du temps de la pénurie et n'avait plus de raison d'être à une époque de surproduction, qu'elle n'avait pas d'équivalent dans les législations étrangères, qu'elle profitait aux grandes surfaces et déséquilibrait les relations entre les producteurs contraints de vendre et leurs clients dispensés de toute obligation d'achat (173). Cette libéralisation totale du refus de vente a été ainsi présentée comme un retour à la liberté contractuelle qui implique de part et d'autre la liberté de ne pas contracter, comme la restitution aux industriels du droit d'organiser leur système de distribution à leur guise, comme le renforcement de leur pouvoir de résistance et de négociation face à leurs interlocuteurs très puissants.

Il reste à se demander quelles vont être les conséquences de cette liberté retrouvée. Va-t-elle inciter les industriels et les fournisseurs à mettre en place de nouveaux réseaux de distribution sélective ou de concession exclusive, à réserver la diffusion de leurs produits à des commerçants spécialisés librement choisis par eux, mais attentifs à la qualité du service et au conseil ? Ne risque-t-elle pas de se retourner, par une sorte d'effet pervers, contre les PME du commerce qui pourraient être éliminées du marché à raison d'une exclusivité consentie à de grands distributeurs (174) ? Va-t-elle en définitive contribuer à rééquilibrer les rapports industrie-commerce ?

À ces questions le débat qui s'ouvrira dans un moment apportera sans nul doute des réponses. Dans l'immédiat, on peut se borner à trois observations. D'abord l'abrogation de l'article 36-2 ne débouche pas sur un vide juridique puisque les refus de vente abusifs pourront être sanctionnés : au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986 s'ils sont la manifestation d'une entente ou d'un abus de domination, au titre de l'article 36-1 s'ils révèlent une pratique discriminatoire injustifiée, au titre de l'article 1382 du Code civil si les conditions de la responsabilité délictuelle sont réunies. Toutefois – et c'est la deuxième observation – le recours à la théorie de la responsabilité délictuelle ne facilitera pas la tâche des commerçants petits et moyens, privés d'approvisionnement, car désormais l'Administration économique ne pourra plus venir à leur secours, non plus que les épauler dans leur action. Enfin, il est douteux que le droit de refuser la vente constitue un élément de dissuasion très efficace, un véritable contrepoids à la puissance d'achat des grands distributeurs car ceux-ci exercent une influence médiatique considérable et ils représentent un point de passage obligé pour les industriels qui veulent faire connaître leurs produits aux consommateurs (175). Quoique l'on en dise, il faut bien vendre, et pour vendre, il faut d'abord faire référencer ses produits et éviter qu'ils ne soient déréférencés.

C'est pourquoi le législateur a cherché à consolider la position des industriels engagés dans les négociations auxquelles donnent lieu ces opérations. Aussi bien a-t-il introduit dans

(172) Y. Galland, *JO déb. AN* 21 mars 1996, p. 1878.

(173) *JO déb. AN* 29 mars 1996, p. 2178 sq.

(174) M. Le Fur, *JO déb AN* 22 mars 1996, p. 1917 ; E. Petit, *Lamy droit économique* 1996, Mise à jour I, p. 4.

(175) C. Villain, *op. cit.*, p. 33.

l'article 36 trois nouveaux cas d'abus de dépendance économique prohibés *per se* et sanctionnés civilement (176).

### **B) Les nouveaux cas d'abus de dépendance économique**

Ces nouveaux cas d'abus se différencient de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique visée par l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986 en ce qu'ils n'impliquent pas une atteinte au marché et constituent de simples pratiques restrictives.

Le premier d'entre eux a été qualifié de « chantage au référencement ». Il consiste pour la centrale d'une grande enseigne commerciale à exiger des fournisseurs des primes parfois considérables, indépendamment de tout engagement de sa part sur un volume de commandes ; simplement pour accorder à ces fournisseurs la chance de voir leurs offres de produits et leurs conditions de vente transmises aux magasins de la grande enseigne (177). La loi récente entend éliminer définitivement cette pratique qui dans le passé aurait pu être sanctionnée sur le terrain des discriminations illicites (178). Désormais, l'article 36-3 prohibe expressément l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage, condition préalable à la passation de commandes, si son bénéficiaire – concrètement la centrale – ne s'engage pas par écrit à acheter un volume de produits proportionné au montant de cet avantage. Seul un tel engagement est de nature à légitimer le versement d'une prime de référencement ; des prestations de service demandées par le fournisseur ne peuvent, à elles seules, en justifier l'octroi (179).

Mais l'application de cette disposition risque de soulever des difficultés à raison de la complexité et de la variété des modes d'organisation de la grande distribution (180). Beaucoup de centrales existantes sont en effet des centrales de référencement qui se comportent en simples courtiers, non pas en véritables commissionnaires (181). Dès lors, une double question se pose : ces centrales vont-elles se transformer en centrales d'achat qui passent elles-mêmes des commandes pour le compte de leurs adhérents ou vont-elles obtenir de leurs affiliés l'autorisation de garantir des volumes d'achat ? On imagine mal que les primes de référencement disparaissent purement et simplement.

Le nouvel article 36-4, lui, vise « le chantage au déréférencement ». Il prohibe l'obtention ou la tentative d'obtention de prix, de délais de paiement, de modalités de vente, de conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales. Les éléments constitutifs de cette pratique restrictive seront assurément difficiles à réunir et à prouver. Il est vrai que le fournisseur pourra bénéficier du concours de l'Administration économique mais il devra démontrer successivement : l'existence de la menace portant sur la rupture brutale des relations qu'il entretenait avec son partenaire ; le lien existant entre cette menace le plus souvent implicite, en tout cas non écrite, et les avantages supplémentaires qu'il a dû consentir à

(176) L. et J. Vogel, *Les rapports producteurs/distributeurs : un nouvel équilibre ?* : *Dalloz Affaires* 1996/30, p. 941 sq.

(177) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2595, p. 186 sq. ; J.-J. Robert, *Rapport Sénat* n° 336, p. 83 sq.

(178) Art 36-1 ; D. Ferrier, *Les nouvelles règles du (dé)référencement* : *Cah. dr. entr.* 1996/5, p. 8 ; M. Pédamon, *Synthèse Journée d'étude : « Les nouvelles règles de concurrence 1996 »* : 19 juin 1996, *Ibid.* p. 29.

(179) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2801, p. 57 sq.

(180) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2595, p. 178.

(181) L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 941 sq.

ce partenaire ou que celui-ci exigeait de lui ; enfin le caractère manifestement dérogoire aux conditions générales de vente de ces avantages. Le texte suppose donc que l'intéressé possède des conditions générales de vente ; pour autant, il ne rend pas obligatoire l'établissement de telles conditions mais il encourage les fournisseurs à en adopter... de manière à renforcer leur position au cours des négociations (182).

Là encore on peut se demander si la prohibition nouvelle ne fait pas double emploi avec l'article 36-1 de l'ordonnance de 1986. Celui-ci, on le sait, demeure inchangé. Il continue d'interdire toutes les discriminations qui ne sont pas justifiées par des contreparties réelles et qui améliorent ou aggravent la capacité compétitive du cocontractant ; et ce, indépendamment de toute menace de déréférencement total ou partiel (183).

La troisième pratique restrictive introduite par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a pour objet essentiel de lutter contre les abus de déréférencement. Mais par souci de symétrie le nouvel article 36-5 adopte une formulation très générale qui s'inscrit dans le droit fil d'une jurisprudence traditionnelle (184) ; il vise « la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie » sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Ainsi pour qu'une rupture puisse être taxée de brutalité et tomber sous le coup de la prohibition légale, les conditions suivantes doivent être réunies. Il faut qu'il existe entre les parties des relations commerciales d'une durée suffisante ; le juge pouvant prendre en compte d'autres éléments tels que l'importance économique de ces relations et l'état de dépendance de l'un des partenaires (185). Il faut ensuite que la rupture intervienne sans qu'elle ait été précédée d'une lettre de préavis ou, en présence d'une telle lettre, sans qu'un délai raisonnable de préavis ait été respecté ; ce délai étant apprécié en fonction de la durée des relations antérieures ou en fonction d'accords interprofessionnels qui, il est vrai, dans la pratique sont très rares. L'article 36-5 précise que la rupture partielle n'exclut ni la brutalité ni l'abus. Comme l'a souligné le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale, il faut pouvoir sanctionner « la pratique des déréférencements partiels [qui] permet de graduer la pression sur le fournisseur » en s'attaquant à des produits dont la présence sur les rayons n'est pas nécessaire au revendeur mais dont la vente est indispensable pour le maintien du chiffre d'affaires de ce fournisseur (186). Ici, il s'agit manifestement d'éviter qu'en cours d'exercice la menace d'un déréférencement partiel ne provoque une renégociation à la baisse et n'entraîne ledit fournisseur à consentir sur certains articles des conditions plus avantageuses à son puissant partenaire (187).

Toutes ces dispositions, on le voit, privilégient l'écrit : écrit pour formaliser les accords de référencement (art. 36-3) ; écrit pour fixer les conditions générales de vente (art. 36-4) ; écrit pour satisfaire à l'obligation de préavis en cas de rupture des relations commerciales (art. 36-5). Le législateur espère ainsi renforcer le pouvoir de négociation des industriels, favoriser la stabilité de leurs rapports contractuels avec les grandes enseignes du commerce, rendre plus efficace le contrôle des abus (188).

(182) C. Babusiaux, Exposé CCI 8 oct. 1996, p. 5.

(183) D. Ferrier, *op. cit.*, p. 7 ; M. Pédamon, art. préc., *Cah. dr. ent.* 1996/5, p. 29.

(184) D. Ferrier, *op. cit.*, p. 7.

(185) L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 942.

(186) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2595, p. 188.

(187) G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique* 1997, n° 1050, 1063.

(188) C. Babusiaux, *op. cit.*, p. 5.



Mais il est une autre catégorie d'abus contre lesquels la loi nouvelle entend lutter de manière plus intense : les pratiques de prix déloyales dont certains grands distributeurs peuvent se rendre coupables.

## **II. – L'intensification de la lutte contre les pratiques de prix déloyales de certains grands distributeurs**

Deux sortes de pratiques déloyales en matière de prix sont couramment reprochées à la grande distribution par les industriels et les autres commerçants : d'une part la revente à perte de produits en l'état, d'autre part la vente à des prix abusivement bas de produits fabriqués ou transformés sur place. La volonté du législateur d'intensifier la lutte contre ces pratiques se traduit d'une double façon dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 : d'abord par le durcissement du régime de la revente à perte qui reste une pratique restrictive sanctionnée pénalement, ensuite par la répression des prix abusivement bas qui constituent une nouvelle pratique anticoncurrentielle, soumise au Conseil de la concurrence.

### **A) Le durcissement du régime de la revente à perte**

À la vérité ce durcissement passait par un préalable : la clarification des règles de la facturation. On sait que l'article 31 de l'ordonnance de 1986 exigeait dans sa rédaction initiale la mention sur facture de « tous rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de service, quelle que soit leur date de règlement ». La formule avait fait l'objet d'une interprétation extensive de l'Administration économique. Toujours préoccupée de contrôler et de limiter la hausse des prix, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes cherchait à faire remonter dans la facture le maximum de rabais, remises ou ristournes, de manière à éviter que les fournisseurs n'imposent indirectement des marges minimales à leurs distributeurs. À ce titre, elle considérait comme déductibles les remises conditionnelles dès lors que la réalisation de la condition dépendait de la seule volonté du distributeur, telles les remises de gamme ou d'assortiment ; également les ristournes d'objectifs dès lors que le montant des commandes pouvait laisser penser que les résultats de l'exercice antérieur seraient atteints (189).

Cette interprétation était très contestée par la doctrine (190) et elle n'était pas suivie par la jurisprudence qui semblait n'admettre la déductibilité des remises conditionnelles que lorsque leur caractère aléatoire apparaissait très faible, voire inexistant (191). Pour mettre un terme à ces incertitudes et pour combattre plus efficacement la pratique de la revente à perte, le nouvel article 31, alinéa 3, dispose que la facture doit mentionner « toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services... ».

Désormais pour figurer sur la facture, une réduction de prix doit satisfaire à une double exigence. Il faut d'abord qu'elle soit acquise au jour de la vente, c'est-à-dire exigible immédiatement par l'acheteur, au motif qu'elle est inconditionnelle ou subordonnée à une

(189) P. Arhel, *La revente à perte*, Etudes DGCCRF, p. 17 sq., p. 21 sq. ; A. Targa, *Pratiques restrictives de concurrence* : *Rev. conc. consom.* 1994/78, p. 29 sq.

(190) M. et J.-M. Mousseron, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 346 sq. ; M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, n<sup>os</sup> 186 sq.

(191) Paris 9 mars 1993 : *Rev. conc. consom.* 1993/76, p. 61 sq.

condition déjà réalisée ; ce qui exclut les remises de gamme ou d'assortiment tant que le délai prévu n'est pas expiré, ce qui exclut également les ristournes d'objectifs tant que les objectifs convenus ne sont pas atteints (192). Il faut ensuite que la réduction de prix soit directement liée à la vente c'est-à-dire que sa cause réside dans l'acquisition même du ou des produits facturés. Cette seconde exigence légale a pour conséquence de faire obstacle, contrairement à ce qu'avait décidé parfois la jurisprudence (193), à la déduction des rémunérations dues au titre de la coopération commerciale (têtes de gondole par exemple), d'interdire comme par le passé la pratique dite de la cagnotte qui consiste pour un distributeur à capitaliser tout ou partie des remises auxquelles il peut prétendre sur ses achats courants puis à les concentrer sur une opération promotionnelle (194), d'exclure l'imputation sur le prix d'achat de produits faisant l'objet d'une commande nouvelle des ristournes antérieures « acquises » grâce à cette nouvelle commande : ristourne de volume de commandes par exemple (195) ; ces ristournes antérieures doivent, à notre avis, faire l'objet d'un avoir séparé.

En dépit de ces précisions, le nouvel article 31, alinéa 3, soulève toute une série de questions. Des questions d'interprétation d'abord ; que signifie par exemple la formule finale de ce texte : « à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture » ? L'expression est assez mystérieuse. Signifie-t-elle que des escomptes convenus antérieurement à la vente dans une convention spéciale pourront être considérés comme acquis à la date de celle-ci ? La réponse est douteuse. Des questions générales ensuite : que vont devenir les anciennes remises conditionnelles, les anciennes ristournes hors facture ? Vont-elles disparaître au risque de provoquer une hausse des prix ou vont-elles, à la faveur de négociations entre les industriels et les grands distributeurs, remonter dans la facture afin de reconstituer le prix de marché antérieur ? Quel va être le sort des rémunérations de coopération commerciale ?

Quelles que soient les réponses qui seront apportées à ces questions, il n'est pas douteux que le législateur de 1996 a voulu simplifier la facture pour en faire le pivot de la lutte contre la pratique de la revente à perte et qu'il a durci par la même occasion le régime de cette pratique.

Le durcissement se manifeste d'abord au niveau de la définition de l'infraction. Elle n'est plus seulement le fait pour tout commerçant de revendre mais aussi le fait d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. L'offre directe de revente tout comme l'annonce publicitaire qui en est faite tombent sous le coup de l'incrimination au même titre que la revente elle-même (art. 32-I, al. 1<sup>er</sup>).

Et surtout le prix d'achat effectif n'est plus seulement « présumé » être le prix porté sur la facture comme autrefois ; il est désormais le prix unitaire effectivement facturé, majoré de diverses taxes et du prix du transport. Le revendeur ne peut plus démontrer qu'il a bénéficié de réductions complémentaires qui ont abaissé de manière régulière son montant (196). Le prix d'achat, en d'autres termes, est un *point fixe* révélé par la facture qui détermine, sans variation possible, le seuil de la revente à perte.

Parallèlement, la loi de 1996 aggrave et élargit les sanctions de l'infraction. L'amende qu'encourt le commerçant coupable de revente à perte passe de 100 000 à 500 000 F, voire à

(192) G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 920.

(193) P. Arhel, *op. cit.*, p. 32 ; G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 924 ; L. et J. Vogel, *op. cit.*, p. 943.

(194) F. Delbarre, La nouvelle (?) facture : *Cah. dr. entr.* 1996/5, p. 4.

(195) J.-P. Charié, *JO déb. AN 22 mars 1996*, p. 1246 ; *contra*, G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 924.

(196) M. Pédamon, *Droit commercial préc.*, n° 539.

la moitié des dépenses de publicité « dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif » ; la juridiction saisie peut au surplus ordonner d'office ou sur réquisition du ministère public la cessation de l'annonce litigieuse (art. 32-I, al. 5). Les personnes morales engagent désormais leur responsabilité pénale et les peines qu'elles encourent sont sévères : amende de 2 500 000 F et, en cas de récidive depuis moins de deux ans, amende pouvant atteindre 10 000 000 F, sans préjudice de l'affichage de la condamnation ou de sa diffusion par voie de presse ou par voie audiovisuelle (art. 32-I, al. 3 et 4).

Le durcissement légal se manifeste enfin au niveau des exceptions au principe d'interdiction de la revente à perte. Trois d'entre elles subissent en effet une réduction de leur champ d'application (art. 32-II). Ainsi de l'exception fondée sur la baisse des cours : elle ne s'applique plus qu'aux produits présentant des caractéristiques identiques dont le réapprovisionnement s'est réellement effectué et non pas comme autrefois « pourrait s'effectuer » à la baisse.

L'exception relative aux produits périssables menacés d'altération rapide ne justifie plus, quant à elle, la licéité de la revente à perte qu'à la condition que « l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente ». L'opération, en d'autres termes, ne doit pas sortir des limites de l'établissement. Enfin, l'exception d'alignement, celle qui permet à un revendeur de reproduire le prix légalement pratiqué par un autre distributeur dans la même zone d'activité, ne peut plus jouer qu'au profit des commerçants disposant d'une surface de vente de moins de 300 m<sup>2</sup> s'il s'agit de produits alimentaires, et de moins de 1 000 m<sup>2</sup> s'il s'agit de produits non alimentaires. L'idée est en effet d'empêcher que la concurrence entre grandes surfaces n'entraîne autour de la frontière que constitue le seuil de la revente à perte un effet de spirale à la baisse qui nuit aux industriels dont les produits risquent d'être dévalorisés et qui ne peut être suivi par les PME du commerce. Seules celles-ci sont désormais autorisées à s'aligner, fût-ce au-dessous de leur prix d'achat, sur un puissant concurrent. Mais on doute qu'elles disposent des ressources nécessaires pour user durablement de ce moyen de défense (197). Peut-on spéculer, a dit plaisamment un parlementaire, « sur la capacité de la chèvre à encorner le loup » ? (198).

Tel est le régime de la revente à perte des produits en l'état issu de la réforme récente. Il va de soi que ce régime ne peut être étendu à la vente à très bas prix portant sur des produits fabriqués ou transformés par ceux qui les distribuent. C'est pourquoi la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a institué une nouvelle pratique anticoncurrentielle : les offres de prix ou pratiques de prix abusivement bas dont elle a confié la répression au Conseil de la concurrence.

### **B) La répression des prix abusivement bas**

Cette répression fait l'objet du nouvel article 10-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Elle concerne tous les opérateurs qui fabriquent ou transforment des produits qu'ils diffusent eux-mêmes auprès des consommateurs finals. Elle peut donc s'appliquer aux industriels et aux artisans qui procèdent à des ventes directes à la sortie de leur usine ou dans leur atelier ; mais dans l'esprit du législateur elle vise essentiellement les grands distributeurs qui se font fabricants ou transformateurs de produits de consommation très courante qu'ils vendent à des

(197) E. Petit, *op. cit.*, p. 4.

(198) J.-P. Philibert : *JO déb.* AN 22 mars 1996, p. 1966.

prix très faibles, manifestement inférieurs à leur coût réel et qui risquent ainsi d'éliminer d'autres entreprises du marché. Le texte, on l'a dit à juste titre, est la réponse du législateur aux opérations « baguette à un franc », « steak haché à 16,50 F le kilo », « rosbif à 40 au lieu de 80 F le kilo » (199). Mais il est applicable aussi aux opérations qui donnent lieu au montage de matériels divers, au conditionnement de produits alimentaires (200), voire aux prestations de service comme l'affirmation en a été faite à plusieurs reprises par le Ministre au cours des débats parlementaires.

La mise en œuvre de cet article 10-1 est subordonnée à trois conditions qui s'apparentent à celles de la responsabilité civile (201). Il faut d'abord qu'il y ait offre ou pratique de prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation ; ce qui implique une comparaison entre le prix proposé ou pratiqué et les coûts de revient. Mais ces coûts de revient sont-ils ceux de l'opérateur incriminé ou ceux du marché en général ? La loi ne donne pas de réponse expresse et les documents parlementaires ne tranchent pas entre les deux branches de l'alternative (202). Il semble logique à notre avis de prendre en considération les coûts de revient de l'opérateur mis en cause, tels que les révèlent ses factures d'achat et sa comptabilité. Le Conseil de la concurrence sera alors amené, ainsi qu'il l'a d'ailleurs annoncé (203), à situer son interprétation « dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur (le) prix de prédation » ; celui-ci étant défini comme le prix inférieur aux coûts moyens variables de l'entreprise (204). Mais ici, pour être abusivement bas, le prix devra être notablement inférieur aux coûts moyens variables.

La deuxième condition consiste dans l'atteinte que l'offre ou la pratique litigieuse porte ou risque de porter à la concurrence ; il faut qu'elle ait pour objet ou qu'elle puisse avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise concurrente de l'opérateur incriminé ou l'un de ses produits. Il y aura donc lieu de délimiter le marché pertinent qui pourra, il est vrai, être très local (205).

Enfin, dernière exigence, il faudra que soit démontré le lien de causalité entre l'offre ou la pratique de prix abusivement bas et l'effet d'éviction ou d'entrave qu'il engendre sur le marché.

Toutes ces conditions seront évidemment difficiles à réunir et à prouver. Mais, s'agissant d'une pratique anticoncurrentielle, le Conseil de la concurrence disposera, pour les établir, de tous les pouvoirs d'enquête et d'instruction qu'il possède en matière d'ententes illicites et d'abus de domination. Et il aura les mêmes pouvoirs qu'en ces domaines pour prononcer les sanctions.

Très logiquement l'article 10-1, alinéa 3, précise que ses dispositions ne sont pas applicables aux reventes en l'état, puisque celles-ci relèvent de l'article 32. Il prévoit cependant

(199) Y. Galland : *JO déb. AN* 21 mars 1996, p. 1876.

(200) *JO déb. AN* 30 mai 1996, p. 3559.

(201) C. Lucas de Leyssac, Exposé CCI 8 oct. 1996, p. 5.

(202) J.-P. Charié, *Rapport AN* n° 2595, p. 147 ; J.-J. Robert, *Rapport Sénat* n° 336, p. 51 ; V. également, G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n° 849.

(203) Conseil de la concurrence, Avis 2 mai 1996.

(204) Décis. 14 sept. 1994, Secteur du béton prêt à l'emploi : *Rec. Lamy*, n° 603, Comm. V. Sélinsky ; M. Malaurie-Vignal, Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 : *D.* 1996 chron. 364.

(205) Conseil de la concurrence, Avis 2 mai 1996 préc.

une dérogation en faveur des disques, qualifiés d'enregistrements sonores sur supports matériels ; c'est l'exception culturelle (206). En revanche, malgré de fortes pressions, le législateur n'a pas accepté qu'il soit dérogé à la règle au profit des carburants, des produits alimentaires, des produits parapharmaceutiques (207). Même si les prix pratiqués par les grandes surfaces sur ces produits-là, qui sont revendus en l'état, peuvent paraître prédateurs (au sens large du terme), c'est-à-dire abusivement bas, ils ne sont pas justiciables de l'article 10-1 ; ils ne sont répréhensibles qu'au titre de l'article 32 pour autant que la revente a lieu à perte, c'est-à-dire au-dessous de leur prix d'achat effectif. On peut se demander toutefois si la jurisprudence française ne sera pas encouragée par l'innovation récente à sanctionner ces pratiques sur le terrain de la concurrence déloyale, au moins lorsqu'elles tendent à éliminer des concurrents, ainsi que l'admet la jurisprudence allemande (208).

\*  
\* \*

Comme on a pu le constater, plusieurs dispositions de la loi nouvelle soulèvent des questions difficiles d'interprétation et de preuve. Mais la loi elle-même, considérée dans son ensemble, suscite des interrogations générales. Va-t-elle, comme l'ont annoncé ses détracteurs, entraîner une hausse des prix ? Une délocalisation des opérations de facturation ? un accroissement des achats aux producteurs étrangers ? Une perte de compétitivité des entreprises françaises par rapport à leurs concurrents étrangers ? Ou bien va-t-elle, comme ses promoteurs en ont exprimé l'espoir, apaiser les tensions entre industriels et grands distributeurs ? rééquilibrer leurs rapports et contribuer à l'établissement d'un partenariat durable entre eux ? Protéger plus efficacement les PME du commerce contre les prix prédateurs ? Restaurer la loyauté dans la compétition entre distributeurs ?

Ce sont ces questions et ces interrogations que je vous livre, comme j'en avais reçu mission, en laissant aux membres de la table ronde le soin de conclure. Pour ma part je me bornerai à formuler le vœu qu'à travers l'application qui en sera faite la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 permette au droit français de la concurrence de franchir un pas supplémentaire vers « l'âge adulte » de l'économie de marché.

### **Table ronde** animée par **M. le Bâtonnier Georges Flécheux**, *Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de la concurrence*

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– En écoutant le Professeur Pédamon, je me demandais si nous ne nous trouvions pas à un tournant important du droit de la concurrence. Laissant de côté le problème des ententes qui a toujours davantage ressemblé à un droit répressif des déviations de concurrence, et pour ne parler que de règles objectives et matérielles des prix, on peut se demander si l'on ne se trouve pas là en présence d'un droit beaucoup plus objectif, moins subjectif, qui pourrait être plus facilement appréhendé par les acteurs de la vie économique. Car ils sont aptes à savoir si les normes fixées par la loi ont été respectées ou pas.

Il y a peut-être là une évolution en train de s'amorcer qui devrait rendre plus de liberté aux juges de droit commun dans ce domaine. On a peut-être moins besoin d'une autorité

(206) *JO déb. Sénat* 10 mai 1996, p. 2439 sq.

(207) *Ibid.*

(208) C. Villain, *op. cit.*, p. 38.

spécialisée sur le droit de la concurrence pour ce type de problème, sauf à imaginer que ce droit ne puisse prospérer, pour échapper au corporatisme, qu'à travers des contrôles qui seraient faits par l'autorité nationale.

Dans les décisions rendues ce matin même par le tribunal de Luxembourg confirmant l'exemption individuelle des contrats Givenchy Parfums et Yves Saint-Laurent Parfums, une page et demie est consacrée au rééquilibrage des relations entre les juridictions et autorités nationales et les autorités communautaires. L'aspect procédural, évoqué ici, me paraît, à la réflexion, marquer une évolution dans la conception du droit de la concurrence.

**M. Claude LUCAS de LEYSSAC**, *Professeur à l'Université de Paris I, Avocat à la Cour de Paris.* – M. le Bâtonnier, je partage l'opinion que vous venez d'exprimer. Mais je suis obligé de constater qu'on a fait le contraire dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, puisqu'on élargit la compétence du Conseil de la concurrence en lui confiant le contentieux du nouvel article 10-1 – les prix abusivement bas –, alors qu'on aurait très bien pu imaginer que le juge judiciaire connaisse d'une pratique qui peut être appréhendée en droit commun, dès lors que la loi a brisé le tabou selon lequel on ne peut pas analyser les coûts. À l'inverse, on confie assez curieusement au juge de droit commun l'application des alinéas nouveaux de l'article 36, c'est-à-dire des comportements

– M. Pédamon l'a bien souligné – qui sont des abus de domination. Je crois comme vous qu'après un stade d'éducation par la Commission de Bruxelles, puis par le Conseil de la concurrence, l'*opinio communis* des juristes serait assez mûre pour appliquer le droit de la concurrence, même s'il a un caractère économique marqué.

**M. Jacques AZÉMA**, *Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III), Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de la concurrence.* – Au-delà de la répartition des compétences entre les autorités, il y a peut-être le problème de principe de cette intervention. Le titre de la loi me laisse un peu perplexe : « loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ». La loyauté des relations commerciales relève assurément du droit – législateur, tribunaux ou instances compétentes –, mais je ne suis pas certain que l'équilibre relève du législateur. De deux choses l'une : ou un équilibre est naturel, et il se réalise naturellement, il devient stable, et il n'y a plus besoin de loi ; ou bien cet équilibre n'est pas naturel, et alors on a un peu l'impression – celle que me laisse cette loi de 1996 – que le législateur est un funambule avec un immense balancier qui, pour tenir en équilibre sur le fil, donne un petit coup de balancier à droite, puis à gauche. Quel est le résultat ? Je suis convaincu que ce texte sera remis en chantier dans quelques années parce que les équilibres se seront modifiés çà et là, ce qui n'est pas de bonne méthode législative.

En revanche, les dispositions visant la loyauté de la concurrence me paraissent légitimes, notamment la simplification des règles de facturation pour déterminer, une bonne fois pour toutes, le seuil de la revente à perte, mais aussi la revente à des prix abusivement bas : ce fameux problème des prix prédateurs. Je suis beaucoup plus réservé sur l'article 36 nouveau, concernant les menaces de déréférencement, car tout cela est très théorique. N'est-ce pas plutôt une sorte de texte factice qui donne satisfaction à tel ou tel groupe de pression sans pour autant véritablement régler les problèmes ? Tous ces problèmes de référencement et de déréférencement relèvent du titre III de l'ordonnance : c'est l'abus de domination. Que le texte de l'article 8, § 2, sur lequel je fondais un certain nombre d'espairs quand il a été introduit, mérite d'être aménagé pour éviter justement des affaires que vous avez évoquées, c'est fort probable. Pour autant, était-il nécessaire de le laisser de côté pour bâtir autre chose ? Je n'en suis pas convaincu.



**M. LUCAS de LEYSSAC.**— Une précision pour dire tout le mal que je pense de la place de l'article 10-1 dans le titre III. S'il s'agit de protéger le boulanger du coin, victime de la pratique de la baguette à 1 franc de la part de la grande surface, l'ambition risque d'être déçue, parce qu'on va avoir une belle décision du Conseil de la concurrence qui va constater que cela porte atteinte à la concurrence, même si c'est sur un micro-marché. Mais pour ce qui est de la réparation, il lui sera répondu : « Ce n'est pas ici qu'on donne de l'argent, voyons ! Ici, on s'occupe de choses sérieuses : on s'occupe de la concurrence, de la santé de l'économie française et pas du tout des vulgaires intérêts particuliers des opérateurs qui s'estiment lésés ! Non, allez au tribunal ». Mais cela risque d'être long. À partir de là, le boulanger, victime, pourrait se fonder sur l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Mais je trouverais paradoxal qu'il faille en passer par là pour faire modifier les règles de fond du droit français de la concurrence. Les opérateurs ont droit aussi à la réparation du préjudice concurrentiel. Voilà le mal que je pense de la place de cet article. En revanche, l'article 10-1 est en lui-même une très bonne disposition parce qu'il a brisé le mythe selon lequel l'analyse des prix pratiqués sur le marché serait impossible.

**M. Jean-Marie FÉKÉTÉ,** *Président de Chambre honoraire au Tribunal de commerce de Paris.*— Les commentaires faits sur l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, et la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 qui l'a réformée, sont évidemment extrêmement intéressants. Mais je me pose la question de l'efficacité de ces dispositions. C'est ainsi qu'en 1995, j'ai questionné la DGCCRF pour connaître le nombre de procédures qu'elle avait introduites auprès des tribunaux de commerce de France en vertu de l'article 36 : treize affaires entre le 1<sup>er</sup> décembre 1986 et le 1<sup>er</sup> janvier 1995, pour l'essentiel des actions en référé, reposant sur ce qui n'existe plus aujourd'hui, le refus de vente, et concernant la distribution sélective ou, plus exactement, des parfumeurs refusant de livrer des revendeurs non agréés, ainsi qu'une intéressante affaire de distribution cinématographique.

Le 25 novembre 1996, la première chambre du Tribunal de commerce de Paris a prononcé une décision importante, en ce qu'elle pose le problème de l'efficacité des décisions en droit de la concurrence. La DGCCRF avait assigné le groupe Intermarché, le 28 février 1992, devant le TGI de Paris. Le défendeur a soulevé l'incompétence du TGI au profit du Tribunal de commerce de Paris. Le 19 mai 1993, le TGI fait droit à cette exception et déclare le Tribunal de commerce de Paris compétent. Sur appel de la DGCCRF, la Cour de Paris confirme, le 4 octobre 1994, la compétence du Tribunal de commerce. L'administration française, on le sait, est têtue. Elle se pourvoit en cassation. Le 25 juillet 1995, la Cour suprême tranche en disant que, dans un litige concernant les rapports contractuels entre deux sociétés commerciales, seul le Tribunal de commerce est compétent. C'est ainsi qu'une affaire introduite le 28 février 1992 devant le TGI de Paris n'est venue pour la première fois à l'audience du Tribunal de commerce de Paris que le 25 mars 1996.

Se fondant sur la motivation de la Cour d'appel, le Tribunal de commerce a relevé que l'action de la DGCCRF tendait, dans un but de sauvegarde de l'ordre public économique, à mettre fin à des pratiques discriminatoires et à voir réparer le préjudice subi par la partie lésée, ce qui conduisait la DGCCRF à se substituer à cette dernière et à intervenir dans les rapports contractuels. Le problème fondamental est que la DGCCRF avait constaté un abus manifeste. Et comme il existe un principe selon lequel nul ne plaide par procureur, nous nous trouvions en l'occurrence devoir éventuellement décider du contraire. Ce que le Tribunal de commerce de Paris a fait en condamnant Intermarché à rembourser à ses fournisseurs les sommes indûment perçues. Et là je reviens à l'efficacité : premièrement, qui va signifier cette décision à la société Intermarché ? Deuxièmement, quels fournisseurs – et il s'agit de grands noms du marché

français – oseront frapper à la porte d'Intermarché pour réclamer la restitution des commissions ?

**M. François DEBRUYNE**, *Directeur juridique d'Auchan.* – C'est une excellente décision, car elle va dans le sens de la moralisation des relations entre les industriels et les distributeurs. Ce qui m'inquiète, c'est qu'elle est due à l'initiative de la DGCCRF qui vient s'immiscer dans des relations d'affaires. Je préférerais que ce soient les industriels concernés qui saisissent les tribunaux. Hier, M<sup>me</sup> Frison-Roche n'a pas hésité à dire qu'il faudrait utiliser la force pour régler les problèmes de rapports de force. C'est juste. Qu'il faille faire intervenir la Commission de Bruxelles dans un règlement d'exemption pour régler les problèmes de concession automobile, est regrettable. D'autant plus que nous avons une volonté affichée de remettre à leur juste place les critères d'équité et de loyauté dans les relations contractuelles.

Pour régler tous les problèmes, il suffirait sans doute de nommer tous les directeurs juridiques directeurs généraux : on appliquerait le droit. La difficulté réside dans le fait que ce sont des commerciaux et qu'ils ont beaucoup de mal à comprendre les règles, parce qu'elles ne sont pas simples. La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a apporté un certain nombre de précisions, notamment en matière de facturation, et c'est une excellente chose. En revanche, sur les prix abusivement bas, il aurait été préférable de s'en tenir à la définition des coûts de production, de transformation et de commercialisation, sans y ajouter : « dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits », parce qu'on va toujours se poser la question : mon prix anormalement bas peut-il avoir pour effet ou a-t-il pour objet d'éliminer ou pas ? C'est essentiellement un problème de concurrence. On a toujours privilégié le consommateur, sans se rendre compte qu'on entrait dans un cycle infernal, générateur d'effets pervers : à force de faire des prix bas, cela risque de se retourner contre la société. Pour autant, je ne pense pas que les prix augmenteront au 1<sup>er</sup> janvier 1997, parce que tous les industriels sont en train de revoir complètement leurs barèmes de prix, leurs tarifications, leurs conditions commerciales, de telle sorte que les prix facturés en 1997 correspondront *grosso modo* aux prix actuels en mettant un peu plus de remises sur les factures.

**M. Benoît TRESKA**, *Directeur marketing-distribution du groupe Pernod-Ricard.* – Je ne vais pas donner un point de vue très différent. En tant qu'industriel, je rejoins l'idée qui prédomine ici : la loi va probablement renforcer la sécurité juridique en ce qui concerne les règles de facturation et la revente à perte. J'ai observé depuis deux ou trois ans l'alourdissement des factures d'honoraires de nos conseils juridiques, tant les négociateurs – qui ne sont pas des juristes – se sentaient insécurisés et obligés de prendre des garanties pour se couvrir face au risque réel de condamnation conjointe d'eux-mêmes et de leur client en cas d'infraction.

Deuxième point, indépendamment de l'insécurité juridique, les relations industrie-commerce étaient entrées dans un système pervers marqué par une sorte de renversement de la problématique concurrentielle ; ainsi avait-on davantage le sentiment d'être en concurrence avec nos clients distributeurs qu'avec les autres industriels opérant sur nos marchés, tant les conflits d'intérêt semblaient se développer. Sur ce point, je crois que la réforme des règles de facturation et de calcul des prix, en redonnant aux industriels des moyens pour maîtriser la revente à perte, va contribuer à assainir la logique concurrentielle.

Par ailleurs, les « cathédrales tarifaires » élaborées de façon défensive face aux pressions des acheteurs ont plutôt favorisé une organisation des approvisionnements en « flux poussés », la prime au stockage devenant un élément clé de la constitution des prix de vente ; les règles

de facturation d'une part et la problématique concurrentielle des enseignes sur les prix d'autre part, ont constitué un frein à la modernisation de la filière industrie-commerce en pérennisant un système assez éloigné de la logique économique. Là encore, la clarification des règles de facturation est de nature à faire sauter des verrous et permettre de s'attaquer aux gisements de rentabilité que recèle l'organisation logistique actuelle. En cela d'ailleurs, ce texte est potentiellement plus favorable au commerce qu'à l'industrie.

Pour ce qui concerne la notion de dépendance économique, aucune loi ne pouvant revenir sur la taille des entreprises nées des concentrations, l'article 36 n'apportera probablement pas de grands changements ; peut-être la loi aurait-elle pu modifier le cours des choses si elle avait été promulguée il y a vingt ans. Le rapport de force lié à la puissance d'achat restera donc défavorable à l'industrie, mais celle-ci, et c'est le cas depuis longtemps, peut le contrebalancer en s'appuyant sur la puissance de ses marques : le rapport de force s'établit alors entre le pouvoir de prescription du commerce d'une part, qui oriente la consommation sur les produits qu'il juge plus rentables, et l'industrie d'autre part, qui, via le marketing, l'innovation, la publicité..., sur ses marques, entretient la fidélité de ses consommateurs. Sur ce type de rapport de force, la loi nouvelle ne modifie pas non plus la donne.

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**— S'agissant de l'abus de dépendance économique, une maison de commerce comme la vôtre qui vend un produit très connu sur le marché français n'est-elle pas en fait dans une situation de force, tant il est difficile d'imaginer qu'il existe des rayons de grandes surfaces desquels vos produits soient absents ? De sorte que le besoin de rééquilibrage des rapports marqués par le pouvoir de l'acheteur ne s'impose pas dans tous les cas.

**M. TRESCA.**— Le rapport de force est en effet, dans ce cas, un rapport entre la puissance d'une marque – c'est-à-dire sa capacité à créer de la demande et à fidéliser sur son nom – et la puissance d'achat d'un client diminuée de son niveau de dépendance à cette marque.

À présent, il faut envisager l'avenir à l'aune de la loi nouvelle en tenant compte de l'expérience de ces dernières années : beaucoup d'enquêtes montrent que le prix est maintenant acquis et qu'il ne détermine plus, en gros, qu'un tiers des motivations de fréquentation d'un point de vente, le reste étant lié à la « praticité », au service, au choix... Industriels et commerçants se sont mutuellement appuyés les uns sur les autres pendant vingt ans pour répondre à l'évolution de la consommation et la satisfaire ; cela ne s'est pas fait sans friction, mais a correspondu à la phase la plus prospère dans l'histoire de la filière. L'apparition d'oppositions brutales, liée en particulier à la revente à perte et aux enjeux croissants de concurrence du fait de la taille des entreprises, a conduit à polariser les relations industrie-commerce sur le seul rapport ventes-achats, en laissant loin derrière les nouvelles exigences du consommateur. Comment s'étonner dès lors que le *hard-discount* ait connu un certain succès ? Et ce relatif succès sanctionne la dégradation des relations industrie-commerce. Ceci montre l'urgence de rétablir des relations plus constructives, et c'est principalement ce que l'on doit attendre de cette réforme.

**M. FÉKÉTÉ.**— La réalité des marchés n'est, en soi, ni juridique ni procédurale. La notoriété de marque, le marché, ce n'est pas la grande distribution qui les fait, ce sont les efforts que les industriels ont faits pour la prospection, ce sont leurs campagnes publicitaires, ce sont les consommateurs qui font leur richesse. Or, je relève que le directeur général d'une maison de produits frais indiquait dans une réunion publique que la société Promodès avait augmenté ses profits de 28,4 % en 1994 pour un chiffre d'affaires en hausse de 6,5 % ; que Carrefour avait

connu, la même année, une progression de résultats de 29,6 % pour une croissance de chiffre d'affaires de 9,5 %, alors que Danone, dans le même temps, améliorerait son résultat net de 3 % pour un chiffre d'affaires en hausse de 3,8 %. C'est là qu'est le problème : aussi longtemps que les fournisseurs ne seront pas représentés par des organisations professionnelles – ce qui cachera un peu leur identité à l'égard de la grande distribution –, ils ne sortiront pas de cette situation conflictuelle, et ni le législateur ni le juge, fût-il juge du commerce, ne résoudre leurs problèmes.

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– Pour revenir sur le cas cité par le Président Fékété il est évident que six ans de procédure est déraisonnable ; cela ne sert plus à rien. La seule autorité qui puisse, à mon avis, jouer un rôle important – et je ne crois pas que le nouveau texte l'empêche –, c'est le juge des référés, car il s'agit de règles matérielles assez simples. Il n'est nul besoin de passer des mois de réflexion pour considérer que telle ou telle règle de prix a été respectée ou que la facture est ou non conforme. Le juge des référés pourrait très bien rendre lui-même des décisions exécutoires immédiatement, mais encore faut-il que quelqu'un le demande.

**M. LUCAS de LEYSSAC.**– Je vais, là encore, dans votre sens : il est certain que, en matière de concurrence, le juge des référés juge le fond au moins en partie – on l'a constaté depuis très longtemps. Et le vrai juge du fond devrait juger beaucoup plus vite, parce qu'il est inadmissible que cela prenne six ans pour que mon boulanger obtienne son indemnisation.

**M. FÉKÉTÉ.**– M. le Professeur, le délai de six ans n'est imputable ni au tribunal de commerce ni à aucune juridiction, il est imputable à une des parties qui a persévéré dans ses exceptions et ses recours !

**M. LUCAS de LEYSSAC.**– La Cour de Strasbourg ne condamne pas nommément un tribunal, elle condamne un système !

**M. AZÉMA.**– Sur la compétence du juge des référés, je suis un peu plus réservé. En ce qui concerne les problèmes de loyauté et de facturation, cela peut aller assez vite ; mais je vois mal comment le juge des référés va appliquer l'article 36, dans sa nouvelle rédaction, qui est d'une grande complexité. Obtenir rapidement une décision est une chose, obtenir une décision de qualité en sera une autre.

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– L'article 36 a été une *class action* à la française. En réalité, le parquet n'est peut-être pas si bien placé que cela pour agir car, s'il peut demander des sanctions, il ne peut pas faire exécuter des condamnations au profit d'un tiers. C'est pour cela qu'il eût mieux valu carrément aller vers une évolution de type américain où les gens qui interviennent – ce n'est peut-être pas aussi noble – ont un intérêt personnel à faire exécuter.

Je voudrais défendre le juge des référés. Certes, la plupart des affaires de concurrence sont complexes, car la connaissance des données économiques est difficile à appréhender, et on voit bien, à travers la procédure qui est suivie, soit à Paris au Conseil de la concurrence, soit à Bruxelles, qu'il est assez long de se faire une opinion et de s'informer, ne serait-ce que pour réunir les matériaux. Par contre, qu'y a-t-il de tellement compliqué dans les problèmes traités par la loi, notamment l'article 10-1 ? Du reste, le juge des référés peut prendre la journée s'il le veut ; il peut aussi statuer de façon collégiale. Le travers français est de faire compliqué quand on peut faire simple. Mais un effort de simplicité a été fait dans ce texte. On peut donc quand même opérer une simplification pour mettre fin à des perversions exposées tout à l'heure par le Professeur Pédamon.

**M. DEBRUYNE.**– Vous avez raison, M. le Bâtonnier, il faudrait avoir des procédures rapides, voire des chambres spécialisées, pour que tous les opérateurs puissent utiliser ces outils et ces instruments. M. Blanchot dit qu'il y a beaucoup de plaintes mais finalement peu de plaintes. On ne peut pas se fâcher à chaque fois qu'il existe un désaccord avec un client – surtout lorsqu'il s'agit d'un client important. N'oublions pas que les moyens d'accès au marché sont aujourd'hui concentrés entre les mains d'une dizaine de distributeurs. Alors, il est vrai qu'il y a eu des abus de domination, qu'il y a eu des déséquilibres dans la relation commerciale. Et je ne dirais pas qu'Auchan est blanc car il n'y a pas des bons et des méchants : il y a des difficultés qui proviennent de règles peu claires jusqu'à présent – elles le sont maintenant un peu plus. La relation doit être loyale et équitable, mais ce sont des notions très élastiques.

Je prêche depuis dix ans pour le partenariat. J'ai même écrit des contrats de partenariat. Mais, cette année, j'ai décidé d'y renoncer et de rayer ce mot de mon vocabulaire, parce que j'ai constaté que les acheteurs qui m'avaient suivi dans cette voie en mettant en place un vrai partenariat industriel se sont quelquefois aperçus, en rachetant un magasin ou, lors d'une opération quelconque, en ayant accès à d'autres conditions d'achat, que le petit copain d'à côté achetait des quantités moindres à 10 % moins cher ! Que se passe-t-il à ce moment-là, à votre avis, du point de vue de l'acheteur qui a suivi mes bons conseils de partenariat et d'équilibre dans la relation commerciale ? Les choses iront certainement beaucoup mieux dans les relations commerciales le jour où les industriels adopteront une politique extrêmement ferme et qu'ils ne céderont plus aux pressions de Pierre, Paul, Jacques ou... Michel. C'est beaucoup plus intéressant intellectuellement d'essayer de construire quelque chose. Mais il y a aujourd'hui des déséquilibres, un climat très violent, et c'est pour cela que je suis inquiet pour l'avenir. Pour les prix que nous verrons à partir de 1997, quels seront les éléments qui figureront sur facture des industriels ? Il y aura de grandes tensions s'il existe des discriminations.

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– Est-on en présence d'un phénomène de rééquilibrage de l'ensemble du réseau commercial français ou sommes-nous sur des données qui ont une certaine permanence ? Il ne faut pas non plus bâtir un système légal et juridique uniquement en considération de situations ponctuelles. Qui est capable de dire aujourd'hui ce qui se passera simplement dans cinq ou dix ans et comment évolueront les rapports de force ?

**M. LUCAS de LEYSSAC.**– On le verra assez facilement par la persistance ou non des « cathédrales tarifaires », ces « usines à gaz » aux risques d'explosion. Si elles venaient à disparaître, cela voudrait dire que le rééquilibrage entraîne le reflux d'une certaine opacité.

**M. TRESCA.**– Ce n'est pas uniquement une volonté d'opacité.

**M<sup>me</sup> de VAREILLES-SOMMIÈRES.**– Je dois réagir en tant qu'industriel puisque je travaille pour Thomson multimedia, aujourd'hui sous les feux de la rampe : la loi ne viendrait là que pour restaurer un équilibre qui, apparemment, existe déjà. M. Debruyne, je suis désolée, mais je dois vous contredire.

**M. DEBRUYNE.**– Je trouvais que M. Tresca était très gentil et je l'en remercie.

**M. TRESCA.**– Il existe de nombreux rapports sur les dysfonctionnements de la concurrence – ceux de Claude Villain, de Jean-Paul Charié, dont les révélations n'ont été démenties par personne –, mais ils décrivent le passé et l'objectif maintenant est de se projeter dans l'avenir en recherchant ce qui, dans cette nouvelle loi, pourra contribuer à améliorer l'état



des relations au sein de la filière pour parfaire la qualité de notre réponse aux consommateurs, qui doit passer autant par la qualité de nos marques que par celles des magasins.

**M<sup>me</sup> de VAREILLES-SOMMIÈRES.**– M. Debruyne a dit, en résumant la situation, que le marché se cantonne à une dizaine de plates-formes par lesquelles doit nécessairement passer le fabricant. En effet, ce que veut le consommateur, c'est un franchisé, c'est une enseigne, c'est un nom qui le rassure. Et ces dix distributeurs imposent les conditions qu'ils veulent. J'ai tourné, quand j'étais directeur juridique d'une filiale, avec le commercial qui va négocier ce contrat. L'acheteur lui demandait un prix et pas un produit avec tel ou tel gadget, etc. Et le prix demandé était forcément moins cher que celui de son voisin. Ce que réclame le distributeur, c'est justement de la discrimination à son profit. Est-ce éthique pour l'industriel de faire un prix moins cher à celui-ci qu'à un autre, sachant qu'il ne faut pas discriminer, mais alors au risque de ne pas vendre ? Rapport de force il y a. Le nouveau texte va-t-il nous permettre, nous, pauvres chèvres, d'encorner le loup que représente aujourd'hui la grande distribution ? J'en doute dans la mesure où je ne vois pas tellement de différence. Je vois un flou qui pourra éventuellement, d'après les différentes interprétations jurisprudentielles ou d'après les avis qu'émettra le Conseil de la concurrence, jouer un peu plus en faveur de l'ancien méchant que nous sommes. On était fort hier, on est faible aujourd'hui, que sera-t-on demain ? Cela dit, un prix très bas équivaut finalement, pour le consommateur, à perdre des employeurs, donc de l'argent, et on n'aura même plus le franc pour acheter la baguette. 1 franc, c'est d'ailleurs aujourd'hui le prix de Thomson multimedia !

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– Il est vrai que le droit de la concurrence n'a pas pour seule raison d'être de faire baisser les prix. La loi ne veut pas tant moraliser que créer un équilibre économique. Or, Thomson multimedia dispose bien de techniques de vente fondées sur la qualité des produits. Les gens n'achètent pas n'importe quoi ! Vous n'êtes pas sans défense, sans quoi il n'y a qu'à mettre de la Volvic dans les bouteilles de Guerlain et les vendre ! Le recours au juge doit normalement être exceptionnel, c'est le recours à la loi qui est normal. Le droit de la concurrence se ramène finalement à des correctifs des comportements. Mais le fond de l'affaire, c'est que c'est un rapport économique.

**M. PÉDAMON.**– Je voudrais rappeler que le rapport Villain, qui est consacré aux relations entre grande distribution et industrie, avait envisagé trois solutions dans sa conclusion : ou bien abroger purement et simplement le titre IV ; on faisait alors disparaître au fond la réglementation des pratiques restrictives, excroissance du droit de la concurrence qui n'existe pas dans les législations étrangères – en tout cas pas dans les mêmes termes ; ou bien réformer la loi sur un certain nombre de points – ce qu'a fait notre législateur de 1996 ; ou bien ne rien toucher à ce qui existait avant la réforme. En entendant certains d'entre vous, j'avais le sentiment qu'il aurait mieux valu adopter la troisième branche de l'option plutôt que de se lancer dans une réforme du titre IV et, plus généralement, de l'ordonnance de 1986.

Comme l'ont dit M. Debruyne et M<sup>me</sup> de Vareilles-Sommières, la grande distribution reste un point de passage obligé. C'est par elle qu'on pénètre sur le marché ; c'est grâce au fait que les produits sont installés dans ses rayons que des industriels peuvent accéder au marché ; et la situation va perdurer ; on ne reviendra pas au petit commerce de jadis. Et on peut même dire que les grands distributeurs vont sortir renforcés de la loi nouvelle et de la loi du 5 juillet 1996 – dont on a dit qu'elles étaient dirigées contre les magasins de *hard-discount* –, puisque désormais l'exception d'alignement ne peut plus jouer que pour les petites surfaces, et surtout parce que l'implantation de nouvelles grandes surfaces est très limitée.



On peut avoir une conception un peu angélique des relations établies avec les industriels mais il est probable qu'à travers ces bonnes relations resurgiront quand même les rapports de force et les tendances de telle ou telle grande surface à imposer ses propres conditions. Je suis assez d'accord avec ce qui a été dit concernant la disparition progressive de certaines « cathédrales » ou « usines à gaz » tarifaires. Il est bien certain qu'un progrès aura été fait si les facturations deviennent plus simples, plus lisibles et plus transparentes, et la revente à perte pourra, par conséquent, être sanctionnée plus facilement. La réforme me paraît indiscutablement présenter des aspects positifs sur ce terrain.

Je suis beaucoup plus sceptique sur les abus de dépendance économique. Et je regrette, pour ma part, que le Conseil de la concurrence, voire la Cour d'appel de Paris, ne se soient pas montrés beaucoup plus déterminés – par exemple dans l'affaire CORA. J'ai récemment relu la décision du Conseil de la concurrence dans cette affaire et la décision du même Conseil dans l'affaire CARAT à propos de centrales d'achat d'espaces publicitaires. Il a estimé que la société de TF1, chargée de la publicité, était dépendante de la société CARAT. En revanche, ce même Conseil hésitait à considérer que l'entreprise Lapins Meyer, l'entreprise Singelé et d'autres entreprises de l'Est de la France qui vendaient quelques volailles, lapins et autres à CORA, étaient dépendantes de cette grande entreprise de distribution. Il est regrettable qu'il n'ait pas saisi l'occasion pour sanctionner les avantages rétroactifs qui avaient été exigés de ces petits fournisseurs régionaux sous prétexte que CORA avait racheté la société Européenne de supermarché de l'Est de la France. Je n'arrive pas à croire que des fournisseurs, quels que soient les bons rapports qu'ils entretiennent avec leurs partenaires du commerce, versent spontanément des avantages rétroactifs ou une participation publicitaire dans la corbeille de la mariée. On a beau m'expliquer que cela ne répond pas à des pressions sur ces fournisseurs, j'ai tout de même des scrupules et des hésitations à le penser. Enfin, on a dit que l'article 8, § 2, sur l'exploitation abusive de dépendance économique, ne pouvait pas être appliqué en l'espèce parce qu'il n'y avait pas d'atteinte au marché. Je constate d'abord que le Conseil de la concurrence n'admet pas la théorie du seuil de sensibilité. Il peut sanctionner et il sanctionne dès lors qu'il y a une petite atteinte au marché, fût-il très localisé. Et je constate aussi que le Conseil a considéré, dans l'avis de mai 1996 qui a été rendu à la demande de la Commission de la production de l'Assemblée nationale, que, dans les rapports entre une grande surface et une boulangerie installée à ses côtés, il y avait là un marché local – très local – qui pouvait être perturbé par les pratiques de la grande surface. Pourquoi, dans l'affaire CORA, en tout point exemplaire, n'a-t-il pas agi avec beaucoup plus de détermination pour stopper ces pratiques abusives, qui sont le fait de quelques grandes enseignes parfaitement identifiées ?

Quoi qu'il en soit, il faut constater que les industriels se sont tout de même beaucoup exprimés à travers les voix de parlementaires pour réclamer cette loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996. Elle n'est pas née de l'imagination de quelques bureaux ministériels. S'il y a des aspects positifs dans la loi, certaines dispositions ne joueront certainement pas un très grand rôle pour le rééquilibrage de l'industrie et de la grande distribution.

**M<sup>e</sup> FLÉCHEUX.**– Dans les travaux préparatoires, j'ai été très frappé de la confusion faite entre la concurrence déloyale, qui ressortit au droit commun, et le droit de la concurrence. Or, le manque de loyauté, c'est cela qui relève vraiment du droit commun depuis très longtemps et ça n'a rien à voir avec l'équilibrage des rapports économiques.

## DÉBAT

**M. Alain BLANCHOT**, *Premier Substitut, chef de la Section économique et sociale du Parquet de Paris.*— Permettez-moi de faire deux observations. S'il faut que les procédures aboutissent rapidement, il est parfois nécessaire d'interpréter le texte et cela peut demander du temps. Cela a été le cas dans l'affaire à laquelle M. le Président Fékété a fait allusion. L'article 36 de l'ordonnance de 1986 accorde au Ministre le droit d'engager la procédure devant le Tribunal de grande instance ou le Tribunal de commerce. N'étant pas commerçant, le Ministre avait engagé la procédure devant le TGI. Le tribunal, la Cour d'appel, puis la Cour de cassation, ont exclu cette possibilité, au motif que, le contrat litigieux étant commercial, il fallait saisir le tribunal de commerce. Une seconde question était posée : le Ministre pouvait-il intervenir sans l'assistance d'un avocat ? Il a été répondu par l'affirmative, mais encore fallait-il soumettre l'interprétation du texte à la Cour de cassation, d'où le délai, certes trop long mais nécessaire en l'espèce, pour que l'affaire soit jugée.

Dans une autre affaire, la question suivante était posée : compte tenu de la rédaction du texte, le Ministre pouvait-il venir en référé avant de saisir le juge du fond, comme il est d'usage ? La réponse a été négative. Il fallait, là aussi, connaître l'interprétation de la Cour de cassation. La jurisprudence étant maintenant établie, la durée des procédures devrait être dorénavant réduite.

Seconde observation, M. le Professeur Pédamon, j'ai cru comprendre que vous aviez dit que la revente à perte était un pivot essentiel.

**M. PÉDAMON.**— La facture.

**M. BLANCHOT.**— En tout état de cause, il est exact que la revente à perte est un pivot essentiel, mais comme moyen d'obtenir la transparence, et non la revente à perte en soi, qui n'est qu'une forme de concurrence déloyale. En France, les partenaires économiques ne veulent pas que les remises apparaissent sur les factures. Ils veulent qu'elles restent confidentielles, car le producteur ne pourrait les accorder à tous les distributeurs, ainsi que cela m'a été confirmé récemment. Pourquoi le producteur français, aussi performant techniquement que le producteur étranger, ne pourrait-il vendre au même prix ? S'il y a une distorsion, n'est-ce pas en raison de charges différentes ? Il faut alors le dire et ne pas le cacher. C'est une des raisons de la transparence.

Il n'y a pratiquement pas de revente à perte économique, mais des reventes à perte juridique, qui résultent de ce que le prix figurant sur la facture est majoré fictivement par rapport aux prix réels. Comme il n'est pas possible de retenir dans le calcul du seuil de revente à perte des réductions de prix ne figurant pas sur la facture, ni la coopération commerciale, il faudra choisir entre la transparence ou la poursuite pour revente à perte. Je pose la question à M. Debruyne : comme allez-vous faire ? Les distributeurs vont-ils comprendre qu'on ne peut rechercher le profit pour le profit et qu'une certaine éthique professionnelle est nécessaire ?

**M. DEBRUYNE.**— Il y a effectivement toujours une lutte entre l'éthique et le « fric ». Il n'y a pas longtemps, j'ai eu un petit problème : je n'étais pas content d'un fournisseur ; celui-ci est venu s'excuser ; l'acheteur jouait le méchant, tandis que j'entendais le fournisseur nous dire : « ne prenez pas cette décision de déréférencer quelques-uns de mes produits car je devrais fermer deux usines ». Il est incroyable qu'un seul acheteur dispose ainsi du droit de vie ou de

mort sur des ouvriers et leur famille. Il faudrait ouvrir le champ de conscience des gens pour qu'ils puissent ne plus seulement voir les petits problèmes de leur compte d'exploitation et des prix auxquels ils vendent.

**M<sup>e</sup> Christine VILMART**, *Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine, FIDAL.*— Dans le catalogue de toutes les ambiguïtés de cette réforme du droit de la concurrence, le Professeur Pédamon a longuement exposé la question du refus de vente. La question demeure malgré tout d'actualité, si j'en crois vos propos : vous avez dit que, dans le cadre des exceptions où il pourrait continuer à être appréhendé, le refus de vente pourrait l'être sous l'angle de l'article 36-1, c'est-à-dire sous l'angle de la discrimination. Je suis un peu étonnée, parce qu'à mon sens, l'article 36-1 n'emporte pas interdiction de toutes les discriminations ; il vise d'abord l'interdiction des pratiques discriminatoires. Et je ne suis pas convaincue que le refus de vente soit une pratique : c'est quand même plus un acte. L'article 36-1 concerne, par ailleurs, l'interdiction des pratiques discriminatoires à l'égard de partenaires économiques. Et tant qu'on n'a pas été livré, on n'est pas un partenaire économique ; on aspire seulement à le devenir. En plus, l'article 36-1 exige que la discrimination crée « un désavantage ou un avantage dans la concurrence ». Il me semble que le refus de vente continuera effectivement à pouvoir être appréhendé, lorsqu'il est abusif, sous l'angle de l'article 1382, c'est-à-dire si la faute peut être prouvée. Mais je ne crois pas que l'on puisse voir perdurer le référé-concurrence et l'intervention de la DGCCRF sous l'angle de l'article 36-1. Si c'était le cas, à la limite, il n'y aurait pas eu du tout de libéralisation du refus de vente.

Dans le cadre du rapport pour avis de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, les propos du député Jean-Pierre Philibert – qui a été à l'initiative de la libéralisation de l'interdiction du refus de vente – sont clairs : il s'agissait de supprimer l'interdiction *per se*. La rétablir sous l'angle de l'article 36-1 me paraît limiter considérablement la portée de la réforme. J'avais au contraire eu l'impression qu'avec la suppression de cette interdiction, on continuerait bien sûr à sanctionner les abus, et on verrait peut-être une plus grande application de l'article 8-2 – dont je sais qu'il vous est cher – pour justement appréhender des refus de vente qui auraient pour effet d'éliminer les distributeurs qui n'ont pas la possibilité de trouver des produits substituables sur le marché de référence. Il serait dangereux de limiter la réforme en considérant que l'article 36-2 est supprimé et remplacé par un article 36-1 qui permettrait à la DGCCRF de mener des actions, dont je dois dire qu'elles ont été beaucoup plus nombreuses que les statistiques évoquées par M. Fékété ne le suggèrent, car dans la plupart des cas, la simple menace de contentieux suffit à faire livrer les distributeurs.

**M. Jean-Michel LALÉ.**— Ma question est pour M. le Professeur Pédamon : si les sénateurs se sont intéressés au problème de carburants comme à certains autres secteurs, ils n'ont pas véritablement subi de pressions à ce sujet ; c'était un lobbying tout à fait classique. Et, c'est avec un certain plaisir que je vous ai entendu dire que les prix abusivement bas des carburants pourraient être traités par les tribunaux de commerce dans le cadre de la concurrence déloyale.

On a parlé d'efficience, et M. le Président Fékété a souhaité que les organisations professionnelles puissent intervenir. C'est, d'une certaine façon, déjà prévu par l'ordonnance de 1986 qui dit qu'elles peuvent le faire pour toute question qui intéresse la concurrence. Mais, une organisation professionnelle pourrait-elle intervenir devant le tribunal de commerce pour agir en concurrence déloyale sur la base de l'article 1382, alors qu'il ne s'agit pas d'un principe de concurrence contenu dans l'ordonnance de 1986 ?

**M. FÉKÉTÉ.**— Nous ne sommes pas saisis d'actions dans ce domaine et je crains que de nombreuses générations de juges passent avant que les sociétés Perrier, Danone, ou Pernod-Ricard ici présente, ne viennent demander aux tribunaux de condamner Intermarché, CORA, voire notre ami Auchan. Par contre, j'ai le souvenir d'avoir vu quelques affaires, tant au fond qu'en référé, dans lesquelles le syndicat professionnel était dans la cause en même temps que le demandeur principal. Et notamment, d'un référé dans lequel on demandait d'interdire la poursuite de soldes hors-période licite, et le syndicat professionnel s'était joint à la demande pour pouvoir faire valoir la décision auprès de tous ses adhérents. Je crois donc que ce serait possible dans cet esprit.

Il est remarquable que ces conflits permanents entre industriels et grande distribution soient un phénomène typiquement gaulois. On n'entend pas parler de cela en Allemagne ni dans aucun des pays de l'Union européenne. La cause en est que, lorsque le Gouvernement a libéré les prix en 1986, sa seule terreur était l'inflation. Les dispositions et le développement de la grande distribution ont permis d'éviter ce phénomène. À quel prix ? Au prix d'efforts de productivité considérables des petites et moyennes industries françaises, c'est-à-dire au prix de licenciements massifs, quand ce n'est pas purement et simplement de la délocalisation. Je crois que ce problème est d'autant plus grave qu'on assiste à une énorme concentration de cette grande distribution. C'est aujourd'hui Carrefour qui va mettre la main sur CORA. Alors je dis que, si les producteurs et les distributeurs n'arrivent pas à s'entendre par voie de négociation, et non par voie judiciaire, les grands distributeurs survivront mais auront essentiellement à vendre des produits étrangers.

**M<sup>e</sup> Harro GURLAND**, *Avocat à la Cour de Paris et à la Cour de Cologne.*— Contrairement à ce qui vient d'être dit, nous sommes tous logés à la même enseigne – les Allemands aussi bien que les Français –, c'est-à-dire que les problèmes évoqués peuvent finalement se résumer d'une façon très simpliste en un rapport de forces entre la grande distribution – qui devient de plus en plus puissante du fait des concentrations – et l'industrie. Et, nous connaissons, en Allemagne, exactement le même problème que vous : premièrement, qui ose plaider et devant quelle juridiction ? deuxièmement, trouve-t-on des juges – de référé de préférence – très qualifiés, spécialisés, capables de rendre la justice dans un temps relativement court ? Je crois que les deux solutions sont illusoires. C'est pour cela que la seule possibilité qui nous reste est peut-être de renforcer le Conseil de la concurrence et le *Bundeskartellamt*, c'est-à-dire les autorités qui veillent sur la concurrence – et non pas sur la concurrence déloyale comme l'a très bien dit M. le Bâtonnier. C'est peut-être par ce biais que l'industrie pourra être un peu mieux protégée. Car nous nous rendons compte, aussi bien en Allemagne qu'en France, à quel point la grande distribution est forte. Et encore, lorsque l'on s'appelle Pernod-Ricard ou Thomson, on représente évidemment un poids important, mais les milliers de petits producteurs, eux, ne pèsent absolument rien face à la grande distribution. Au point que des grands distributeurs se permettent de changer des prix fixés dans des contrats d'application. On conclut d'abord le contrat de référencement, il y a ensuite des contrats d'application et, bien que les prix soient fixés pour l'année, on les change unilatéralement trois ou quatre mois après. Et si vous dites : « vous ne pouvez pas le faire, je vais porter plainte », on vous rit au nez et on vous répond : « allez-y, pas de problème, votre client sera déréféré dès l'année prochaine ».

**M. PÉDAMON.**— Je vais d'abord user de mon droit de réponse et contredire, même si nous ne sommes pas en justice, M. le Substitut Blanchot. J'ai vérifié mon texte et, à moins d'avoir commis un lapsus, j'ai bien dit que c'était la facture qui était le pivot de la revente à perte.

Je répondrai à M<sup>me</sup> Vilmart que l'application possible de l'article 36-1 sur les pratiques discriminatoires a été évoquée à plusieurs reprises au cours des débats parlementaires et n'a pas été exclue ; je crois même me souvenir que le ministre a énuméré à la fois l'application des articles 7 et 8, l'application de l'article 36-1 et l'application de l'article 1382 du Code civil. On peut observer que l'article 36-1 n'est pas un texte pénal, et l'interprétation que vous donnez du partenaire – celui qui est déjà en relation avec le fournisseur – ne s'impose pas nécessairement. Il est possible que l'article 36-1 connaisse une interprétation assez large et qu'il soit considéré comme le candidat à établir une relation. La question que vous posez rejoint une des interrogations que j'ai moi-même soulevées : est-il possible pour les fournisseurs et les industriels, depuis la disparition de l'interdiction du refus de vente, de développer leur réseau de distribution sélective ou de concession exclusive en faisant le choix de distributeurs qu'ils estimeront plus qualifiés que d'autres, sans appliquer les mêmes critères de sélection ? Je verrais assez volontiers satisfaite l'hypothèse de la pratique discriminatoire dans le cas où le fournisseur n'appliquerait pas les mêmes règles de sélection à tous ses distributeurs. Je ne crois pas que la disparition de l'interdiction du refus de vente laisse, comme certains l'ont prétendu, une entière liberté aux fournisseurs et aux industriels pour organiser la diffusion de leurs produits. Je crois qu'ils seront tenus, même au regard de l'article 36-1, d'appliquer les mêmes critères à l'égard de l'ensemble des distributeurs. Mais je ne pense pas pour autant que l'article 36-1 soit un substitut à l'article 36-2. Il faudra que le client, qui n'aura pas été sélectionné pour diffuser les produits de qualité, démontre qu'il y a bien une discrimination et la charge de la preuve pèsera sur lui.

En ce qui concerne les carburants, je suis convaincu – et je suis d'ailleurs étonné que le problème n'ait pas été soulevé plus souvent – que la théorie de la concurrence déloyale doit pouvoir s'appliquer contre les prix abusivement bas, indépendamment de l'article 10-1. Je crois vraiment que le législateur a eu raison de ne pas étendre le jeu de l'article 10-1 à des produits qui ne sont pas fabriqués ou transformés par les distributeurs. Mais chacun sait ici que la théorie de la concurrence déloyale est subordonnée aux mêmes conditions que la théorie de la responsabilité délictuelle. Il me semble qu'il y a bien une faute à vendre à un prix abusivement bas dans l'intention d'éliminer un concurrent – c'est quand même l'une des hypothèses visées par l'article 10-1 – ou d'une manière imprudente qui pourrait entraîner l'élimination d'un concurrent. Le préjudice est réel ; il est, en tout cas, certain, dans la mesure où il y a une élimination effective ou une menace d'élimination effective, et le lien de causalité peut être établi. Je ne prétends pas que la preuve sera facile à rapporter, mais je crois que la jurisprudence pourrait être amenée à faire jouer la concurrence déloyale dans ces hypothèses – comme elle le fait en Allemagne sur le fondement du § 1<sup>er</sup> de la loi de 1909 relative à la concurrence déloyale.

## EN GUISE DE CONCLUSION

### **M. Jean-Marc MOUSSERON,**

*Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, Président fondateur de la Fédération nationale pour le droit de l'entreprise (FNDE)*

Je placerai mon propos sous l'évocation de deux visages et de deux noms. Alain Seube a consacré, en 1970, sa thèse de doctorat au « contrat de fourniture » ; il fut l'un des premiers juristes français à acclimater dans notre droit positif les concepts de contrat-cadre et de contrats d'application ; il devait mourir, quelques années plus tard, à quarante-cinq ans. Des souvenirs encore plus lointains me rattachent à Alain Sayag puisqu'ils ont la saveur, les



couleurs et le soleil d'Alger ; nous lui devons un ouvrage, notre réunion, ce colloque sur « Le contrat-cadre de distribution ». Entre ces deux grands corps de pensée se sont développées, au cours de vingt-cinq années, une pratique intense et diversifiée et une réflexion tout aussi intense et tout aussi diversifiée. Citons en dernier lieu, l'étude de Frédéric Pollaud-Dulian et Alain Ronzano (209) et, bien entendu, la thèse de Jean Gatsi (210). Ces deux journées en témoignent.

M<sup>me</sup> Frison-Roche s'installa, tout d'abord, dans le rôle de composition, d'actualité, d'une (charmante) grand-mère de Noël. Elle nous raconta comment la préhistoire économique-juridique rangeait, en premier, les relations d'affaires sous le signe du marché et, par conséquent, de l'immédiat. L'homme se défia, plus tard, de cet instantané naturel et lui préféra le durable artificiel du contrat.

Cette gestion des relations durables va, alors, passer par plusieurs phases.

Apparaît, en premier, le contrat à exécution successive dont, chaque exécution, chaque livraison reproduit l'équilibre conçu et voulu au temps infinitésimal de sa formation.

La rigidité de ce système appelait, cependant, un desserrement à l'origine de ce que nous appelons aujourd'hui le contrat-cadre.

Il s'agit, au départ, d'une simple dissociation d'un élément chronologiquement premier – préfiguration du contrat-cadre – et de nombreux éléments chronologiquement seconds – préfiguration des contrats d'application. Pendant longtemps, on estima, cependant, qu'il n'y avait qu'une seule figure contractuelle, sans savoir exactement où elle était : pour les uns, le contrat était dans l'accord de départ dont les contrats d'application auraient seulement assuré la perfection ; pour d'autres, au contraire, les contrats se trouvaient dans les accords d'application, l'élément initial étant, peut-être, le premier élément d'une *punctatio* dont le nom n'était pas encore prononcé. La doctrine italienne que nous a rappelée M. Bortolotti, les travaux d'Alain Seube à la fin des années soixante en étaient encore à ce stade.

La dissociation s'est achevée et la nature, pareillement contractuelle, de l'accord de base et de chacun des accords d'application s'est établie, en France, au début des années soixante-dix, avec la jurisprudence des stations-service. La construction en a été lumineusement rappelée par Jacques Ghestin. La technique du contrat de base, préparant et encadrant des centaines, des milliers de contrats d'application, était alors disponible.

Le rappel et la comparaison des droits étrangers, menés sous la houlette de M. Tallon, avec le concours de MM. Habermeier et Bortolotti ont montré que, sous des variantes, ces développements pouvait être retrouvés dans les expériences voisines.

La multiplicité et la diversité des applications allaient, cependant, poser toutes sortes de questions relatives au régime juridique – système de conditions (I) et d'effets (II) – applicable.

(209) F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre par delà les paradoxes* : *RTD com.* 1996, p. 179.

(210) J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, *Bibl. dr. privé*, n° 273, LGDJ, 1996.



## I. – Les conditions, présentes ou absentes, de ces contrats-cadres sont multiples.

Nous les chercherons, d'abord, dans le droit des contrats... qui va faire profiter la formule de son esprit de liberté.

S'agissant de la forme, nulle exigence générale ne l'affecte, mais des flots de formalisme prennent naissance : concernant la préparation du contrat-cadre, j'évoque la loi Doubin ; concernant la formation de cet accord, Elie Alfandari a évoqué certaines conventions financières ; concernant même son extinction, Michel Pédamon a rappelé l'article 36-5 nouveau de l'ordonnance de 1986.

S'agissant du fond surtout, la construction des contrats-cadres a été polluée par le grand débat sur la détermination et la déterminabilité du prix... des contrats d'application. Car il est exceptionnel que le contrat-cadre ait un prix – le droit d'entrée dans certaines franchises, par exemple ; le problème ordinairement posé n'est, donc, pas celui de ce prix qui existe une fois sur cent, mais celui de la détermination ou de la déterminabilité du prix des contrats à venir.

Pour le présent, nous avons bénéficié de l'exposé, très clarifiant, de Laurent Aynès et des compléments que Patrick de Fontbressin lui a apportés. Pour le futur, nous avons eu les prémonitions conquérantes et, à mon avis, redoutables de Françoise Kamara.

Ceci étant, les grands arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ont, heureusement, libéré le contrat-cadre d'exigences qui ne le concernaient pas. Les textes sur la vente ne s'appliquent pas aux contrats « intéressant la vente ». Ces arrêts représentent une libération des contrats-cadres et vont donner à leurs constructeurs plus de liberté, plus de force et plus de place aux innovations et à la créativité. À moins que...

À moins que le droit des contrats, dont nous pouvions penser qu'il était seul sollicité, ne se trouve remplacé par une fée bien moins souriante, aux allures de Carabosse, qui serait le droit de la concurrence. Car, si le droit des contrats fait profiter la formule et le mécanisme du contrat-cadre d'un principe de liberté, c'est sous le signe de l'interventionnisme que le droit de la concurrence se développe. En globalisant de multiples relations, le contrat-cadre les fragilise en les exposant plus aisément et plus simplement à une intervention publique qui obtient, de ce fait, des effets démultipliés.

Une différence très forte doit, alors, être notée entre les techniques des interventions nationales françaises et celles des interventions communautaires, en termes de concurrence. L'intervention française – malgré ce qu'on a pu dire sur les multiples ramifications des textes les plus récents dans le secteur tout à fait particulier de la transparence tarifaire – se fait en principe *a posteriori*, par des mesures individuelles, et se limite à la police de la concurrence. L'intervention communautaire recourt, de façon plus large et plus fréquente, à une intervention *a priori*, à base d'exemptions collectives mais, progressivement, le catalogue des clauses – blanches, grises, noires, oranges, vertes, rouges... – glisse vers de véritables contrats-types. M. Goyer l'a noté en reprochant, peut-être, le phénomène au suivisme des rédacteurs de contrats. Mais, lorsque le modèle est si beau et ses zéloteurs si attentifs, on a quelque difficulté à ne point le reproduire...

Et il est alors extrêmement grave... mais significatif que ce soit à travers le prisme, à mes yeux déformant, de ces règlements que bon nombre des contrats-cadres de distribution aient été étudiés tout au long de ces deux journées.

Je comprends naturellement très bien l'intérêt que les constructeurs de ces contrats attendent de la condamnation ou de l'absolution de la formule que les autorités communautaires – quelles que soient les instances sollicitées – peuvent donner, mais ce n'est pas seulement de l'existence, voire du traitement d'un certain nombre de leurs questions qu'il s'agit ; il s'agit également de toute leur économie et, parfois, même de tous leurs détails.

Sur ce point, les discussions sur le règlement « automobile » avaient été particulièrement représentatives. L'après-midi fut somptueuse : lancers de balles parfois liftées par Louis Vogel, passes longues et appuyées, du fond du court, par Christian Bourgeon et Paul Cocchiello, balles plus courtes et plus sèches de Maria Luisa de Contes et de Roland Gardin, montées au filet brutales de René Goyer, arbitrage conclusif et de temps en temps désinvolte du Conseiller Léonnet qui, avec une sorte de bonhomie condescendante, se tournait vers M. Goyer pour lui dire que ses textes étaient très intéressants mais ne l'intéressaient guère. Rien ne manquait, et le public point davantage puisque, dix-neuf heures ayant déjà sonné, on voyait brusquement le terrain quasiment envahi par les spectateurs : M<sup>e</sup> Fourgoux, M<sup>e</sup> de Séchelles, quelques autres venaient participer au débat et l'enrichir encore.

Somptueuse, l'après-midi fut tout aussi horrifique pour l'homme de liberté contractuelle que je suis. Bien que fidèle au souvenir de Jean Thérard que j'avais accompagné dans quelques réflexions sur la distribution automobile, je n'avais guère réfléchi sur les règlements d'exemption. Je n'imaginai pas que les relevés de clauses prohibées se fussent transformés en véritables contrats-types, allant très avant dans le détail de leurs dispositions. Et je m'apprêtais à mettre en doute ce principe fondamental de la technique contractuelle dont je me crois le serviteur : les relations des entreprises sont le sanctuaire de la liberté contractuelle. Je me demandais si le sanctuaire ne s'était point effondré.

Et l'observation des règlements concernant la bière, avec Bernard Gross, les carburants avec Jean-Michel Lalé, le régime des exemptions individuelles en matière de parfums avec Xavier Derville... révélèrent, plus tard, la même pression – peut-être moins accentuée – du droit communautaire – toujours dit de la concurrence – sur le régime des contrats-cadres.

Et je lisais, alors, avec inquiétude le sous-titre de notre après-midi d'hier : « *La réglementation européenne de la distribution : vers un régime commun du droit de la distribution* ».

Mon sommeil dit réparateur fut perturbé par un puzzle monstrueux qui vint emplir mon esprit affaibli. Bredouillant les premières lignes de la loi Doubin, parsemé des exigences griffues de la transparence tarifaire et de la facturologie, boursoufflé, clause après clause, par l'addition des articles multicolores des règlements communautaires, le corsage déchiré mais, malgré tout, rapiécé par la validation des accords Givenchy et Yves Saint-Laurent, un contrat-cadre de distribution vêtu comme la Folle de Chaillot des oripeaux multiples des interventionnismes publics tendait une main caprice vers les jeunes contrats-cadres qui naissaient d'une rosée printanière. Un geste de recul me fit heurter le chambranle du lit, me réveilla et me fit gagner la page seconde de notre programme : « *Diversité des secteurs, pluralité des pratiques contractuelles* ». Je respirais mieux.

Pour les contrats de franchise – grâce en soient rendues à tous les intervenants sous la houlette de Jean-Marie Leloup –, les problèmes de concurrence se posèrent bien entendu, mais eux-mêmes et leurs solutions parurent moins pressants que les problèmes contractuels tenant à la répartition des charges et des risques de réitération de la réussite d'un franchiseur.

Jean-Marie Leloup favorisait la présentation et la discussion de multiples questions que les conseils des opérateurs se voyaient poser. Olivier Badot, Dominique Baschet, Jean-Paul Betch, Jean-Paul Clément, M<sup>me</sup> Frybourg, Jean-Louis Lacroix, Jean-Dominique Sarcelet intervenaient, tour à tour, pour apporter de la clarté où il y avait, au départ, quelques possibilités de confusion.

La glissade amorcée vers des relations tout aussi dures mais moins maîtrisées, dans l'intimité de leur solution, par les pouvoirs publics parut s'accroître avec l'observation des relations de l'industrie et de la grande distribution. Nous avons donc encore à l'esprit l'exposé magistral de Michel Pédamon et les interventions de tous ses assesseurs, de la droite extrême, de la tribune, où Pernod-Ricard était représenté jusqu'à la gauche non moins totale où se développait le propos de François Debruyne. Au cours de la discussion, il sembla que l'on s'écartait du contrat-cadre pour lequel nous nous étions cependant réunis. En vérité, nous ne nous en étions, peut-être, jamais rapprochés d'aussi près. Certes, il est, sans doute, de tradition que les deux matières de la distribution intégrée et de la transparence tarifaire ou des relations industrie-grande distribution soient quelque peu dissociées ! Et, du même coup, les contrats de la grande distribution ne paraissaient pas faire appel à la technique du contrat-cadre. On les avait associés à la fête d'aujourd'hui parce qu'ils étaient des parents un peu éloignés... mais dont on parlait dans la presse. En vérité – et c'est peut-être un avantage de notre rencontre d'aujourd'hui et un résultat de ces fiançailles établies par le document que nous avons sous les yeux —, le contrat-cadre est en train de devenir le grand contrat organisant les relations entre la grande distribution et l'industrie.

Depuis vingt ans, l'organisation de la grande distribution en moyennes unités aux interventions coagulées par ces inventions juridiques remarquables que sont les contrats d'affiliation et les contrats de référencement, construisait les rapports Producteur-Distributeur en opérations triangulaires. La pièce maîtresse en était le contrat de référencement par lequel la centrale reçoit une offre qu'elle n'accepte jamais elle-même, puisqu'elle n'a rien à acheter, et qu'elle transmet seulement à des affiliés qui vont ou non directement contracter avec le fournisseur référencé. Nous avons là bien place pour un mécanisme juridique de type nouveau, même si empruntant largement au courtage.

Mais que devient le contrat de référencement lorsque l'intégration de l'appareil de distribution se développe et où, à côté, sans doute, d'une grande distribution associée et pratiquant toujours l'intervention de centrales, les structures succursalistes se développent où la discussion est menée, côté distributeur, non pas par l'« acheteur » – entre guillemets – d'une centrale de référencement, mais par l'acheteur – sans guillemets – du département d'achat d'une société succursaliste ? L'acheteur de Casino ne va pas s'engager à faire son possible pour se convaincre d'acheter à son partenaire et la loi lui demande, d'ailleurs, aujourd'hui de prendre lui-même des engagements d'achat.

La formule triangulaire demeure mais elle laisse de plus en plus de place à une relation immédiate du fournisseur et du fournisseur qui fusionne, d'ailleurs, les contrats de coopération commerciale et les contrats de référencement dans un contrat-cadre de fourniture qui est désormais la relation essentielle – qu'on lui donne ou non ce nom – entre un grand groupe succursaliste de distribution et ses fournisseurs.

Dès lors, on voyait que ce phénomène du contrat-cadre ne s'identifiait pas au seul contrat-cadre de la distribution intégrée, mais qu'il était également le mécanisme fondamental des relations entre la grande distribution et l'industrie qui la fournit.

**II. – S'agissant des effets du contrat-cadre**, je dirais qu'il est un bloc-moteur sur lequel on va pouvoir greffer toutes sortes d'accessoires. Il y a tout d'abord l'ensemble des effets essentiels, caractéristiques de cet accord ; il s'agit de toutes sortes d'obligations relatives aux contrats d'application, dont la conclusion est sa finalité. Lorsque le contrat préparatoire commence à englober les contrats d'application – je pense aux formules à base de promesses –, on n'est plus en présence d'un contrat-cadre parce que l'autonomie respective du contrat-cadre et du contrat d'application ne se retrouve plus.

Il s'agit d'obligations relatives à l'existence des contrats d'application ; l'obligation de contracter n'est pas de l'essence du contrat-cadre ; elle en est souvent la conséquence ; elle en est toujours la finalité.

Les obligations relatives aux modalités de formation des contrats d'application sont tout aussi importantes.

Les obligations relatives au contenu des contrats d'application le sont probablement davantage. Il faut bien, en effet, revenir à la raison, aux causes et aux motifs qui ont amené les praticiens à créer et à imaginer cette formule des contrats-cadres. L'une des premières finalités est d'éviter la discussion et la négociation lors de la passation des contrats d'application. Une fois pour toutes, est fixé le contenu des multiples contrats d'application qu'on pourra conclure dans le futur par fax, télex et courrier électronique. À défaut, ce serait un autre système d'adhésion ; au lieu d'adhérer au contrat proposé par un vendeur, les deux parties adhèreraient au contrat supplétif imaginé par le législateur. Et là on décide de négocier un contrat-cadre qui va donner un contenu à des contrats d'application, très probables mais éventuels : c'est l'objet majeur de ces contrats-cadres.

Mais, au-delà de ce bloc-moteur, le contrat-cadre peut avoir des effets accessoires. Entendons-nous bien sur ce dernier mot : il ne s'agit pas de dire qualitativement inférieurs et secondaires, mais d'évoquer des effets non caractéristiques du genre mais qui peuvent utiliser le contrat-cadre comme support et permettre de nouvelles constructions. Et ces effets accessoires consistent en toutes sortes d'obligations irréductibles aux contrats d'application attendu. Et leur assemblage va permettre la construction de multiples contrats de fourniture et d'approvisionnement qui, se dissociant à leur tour par un phénomène de différenciation qui est de l'ordre même de la vie, vont donner les contrats de distribution exclusive, sélective, de franchise et les grands rapports organisant les relations avec la grande distribution. Ayant satisfait aux exigences communes de tout contrat-cadre, ces sous-ensembles vont, à leur tour, satisfaire aux nouvelles « nappes » de règles qui leur sont propres et, notamment, aux règles en matière de concurrence que nous avons longuement étudiées.

\*  
\* \*

Voilà, les principales observations conclusives générales que j'étais en charge de vous apporter ; mais même des conclusions appellent des conclusions.

Le propos de Xavier Derville, ce matin, s'intitulait : *paradoxes et perspectives*. Pour ne pas le contrefaire, j'ai prévu d'inverser les deux formules et d'envisager tour à tour des perspectives et des paradoxes.

Les *perspectives* pour le contrat-cadre en tant que mécanisme juridique, objet de notre attention de ces deux jours, sont excellentes, en raison même de l'unité que le CREDA, son

ouvrage, ce colloque, vos réflexions, vos travaux lui ont donnée. Désormais, le contrat-cadre ne nous apparaît plus comme une sorte de formule un peu à l'écart, dont on parlerait de temps en temps, mais qui aurait peu d'intérêt par rapport aux concessions commerciales, aux accords de la grande distribution, aux accords de distribution sélective, à la franchise, seuls objets intéressants de la réflexion. Lorsque nous parlons de concession commerciale, nous parlons contrat-cadre ; lorsque nous parlons d'accord producteur-distributeur, nous parlons de contrat-cadre ; lorsque nous parlons de franchise, neuf fois sur dix, nous parlons de contrat-cadre. Et il faut d'abord savoir ce qu'est le noyau central de ces contrats avant de voir comment ils se sont développés.

Nous pouvons, donc, non seulement constater, mais augurer du développement de ces contrats-cadres dans tous les secteurs de la distribution... mais aussi dans de multiples secteurs correspondant aux activités de recherche-développement, de production, de commerce extérieur avec ce qu'on appelle, la plupart du temps à tort, activités de sous-traitance... mais aussi dans les prestations de services : que sont les contrats d'abonnement que passent les avocats, sinon des contrats-cadres ?

Le contrat-cadre est né de la liberté contractuelle. Le contrat-cadre n'a pas été imaginé par les universitaires, par les administrations, par les magistrats. Le contrat-cadre est né de la liberté contractuelle des praticiens. Mon inquiétude est, alors, la suivante : la liberté contractuelle va-t-elle mourir du contrat-cadre, dans la mesure où le contrat-cadre, par la globalisation des relations qu'il réalise, devient une cible de choix pour l'intervention de l'administration sans doute mais aussi pour l'intervention du juge ?

Halte à l'intervention de l'administration ! Même si l'administration n'intervient plus, dit-elle, comme autorité mais comme médiateur dans des sortes de négociations collectives ! C'est encore un drôle d'animal, ce règlement d'exemption qui, sous la houlette des personnes investies par l'autorité communautaire, vient organiser la négociation collective menée entre ceux qui représentent des intérêts différents. Je préfère, toutefois, cette négociation collective à la décision imposée par l'autorité administrative, mais je m'en inquiète.

Halte à l'intervention du juge ! Hier, j'ai beaucoup souffert ; j'ai souffert, dans l'après-midi, de cette prolifération de règles construites par le système administratif communautaire. Mais j'avais souffert aussi, le matin, durant toutes ces allusions, voire ces appréhensions – marmelade, confiture, apparemment sucrées, un peu cul-béni –, de la critique des abus, et du transfert au juge de tout ce qui peut être suspicion d'abus. « *Travaillons largement, le juge est là pour sanctionner nos abus* » disaient les pénitents. Et les juges étaient prêts à les accueillir en leur sein : « *Péchez mes frères, la pénitence passe par nous* ».

Au nom de la République – mon employeur –, j'enseigne, en effet, que le juge n'est ni le censeur ni le sauveur du contrat mais bien son serviteur. Notre organisation juridique elle-même – l'article 1134 du Code civil qui est une pièce maîtresse, constitutionnelle en quelque sorte, de notre système social – a confié aux contrats des particuliers l'organisation de leurs relations. Et il n'y a pas de quoi s'extasier en s'inquiétant de ce que le contrat-cadre joue aujourd'hui le rôle de la loi. Il est la loi ! il tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. Si nous ne sommes pas d'accord, changeons le Code civil. Je ne crois pas au Droit naturel ; je suis un homme de droit positif. Et, dans le droit positif, il y a l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>. Je veux bien lire ensemble 1134, alinéa 3, mais je lis aussi l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Ce contrat-cadre que la liberté contractuelle a conçu et a construit, ne le laissons pas trop polluer par des interventions d'organismes publics, si respectables et si respectés soient-ils. Entre la liberté contractuelle et le juridiquement correct, j'ai, pour ma part, choisi mon camp.