

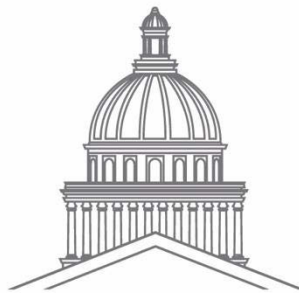
Université Paris II- Panthéon-Assas

École doctorale de Droit Privé

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 29 novembre 2018

**LA CESSATION DU CONTRAT DE
DISTRIBUTION EN DROIT COLOMBIEN
L'apport du droit français**

Thèse de Doctorat / Novembre 2018



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Jorge HERRERA

Sous la direction de M. **Alain GHOZI**, Professeur émérite de
l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

Mme **Hélène AUBRY**, Professeur à l'Université Paris-Sud Paris-Saclay

Mme **Emmanuelle CLAUDEL**, Professeur à l'Université Paris II
Panthéon-Assas

M. **Cyril GRIMALDI**, Professeur à l'Université Paris XIII

AVERTISSEMENT

L'Université Paris 2 Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma mère, mon père et ma sœur pour leur soutien indéfectible.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon directeur, Monsieur le Professeur Ghozi, pour sa disponibilité, ses relectures, ses conseils et pour la liberté qu'il m'a accordée.

Mes remerciements vont également à l'Université Externado de Colombie, au regretté M. Fernando Hinestrosa et à M. Juan Carlos Henao, pour leur soutien durant la réalisation de cette thèse.

Merci spécialement à Sairi pour sa compagnie inconditionnelle, le chemin parcouru ensemble et sa joie de vivre. À Vivi pour son amitié sans réserve.

Ma gratitude profonde également à toutes les personnes qui avec leur compagnie, leurs sourires, leurs conseils, leur présence, ont enrichi ma vie pendant cette aventure : Natalia, Anabel, Alejandra, Daniel R., Fernanda, Ivano, Cielito, Luisa, Andrés, Juliana, Lyda et Daniel, Philip et Adriana.

Toute ma reconnaissance également aux personnes qui ont relu tout ou certains passages de cette thèse : Nahema, Anne-Sophie et Virginie.

Un grand merci empreint d'admiration aux professeurs dont j'ai eu le privilège d'être l'élève en France parce qu'ils ont confirmé une suspicion suscitée pendant mes années d'études en Colombie... en France, le droit est une passion qui se vit à l'Université. Merci notamment à M. Y. Lequette, directeur du Master de droit privé général à l'époque où je l'ai suivi.

À Pascal Rennes pour sa générosité.

Merci également aux personnes des bibliothèques fréquentées pendant ces années, spécialement à celles de la Salle de droit commercial, la Salle de droit civil, la BNF et la Bulac.

RÉSUMÉ

En droit colombien, il existe différents régimes qui régissent la cessation des contrats de distribution. En particulier, le régime de cessation du contrat d'agence commerciale se distingue du régime des autres contrats de distribution, tels que le contrat de concession et de franchise. Cette différence tire son origine de la consécration, par le législateur, de règles de protection en faveur de l'agent commercial dans un contexte politico-économique particulier, alors qu'il ne s'est pas soucié jusqu'à ce jour du régime de cessation des autres contrats de distribution. Ce traitement différencié est cependant fort contestable. En outre, l'application du droit commun des contrats se révèle inadaptée, à plusieurs égards, aux particularités de la cessation des contrats de distribution. Afin de pallier ces défauts, un régime commun spécial de cessation des contrats de distribution est envisageable, lequel prend assise sur l'unité de leurs prestations caractéristiques et leurs caractères structurels communs. Spécial, il permet d'appréhender la nature particulière de ces contrats. Commun, il permet de remédier aux différences injustifiées de régime. Une proposition de règles qui composent ce régime commun est nécessaire.

ABSTRACT :

Under Colombian law, there are different legal regimes governing the termination of distribution contracts. In particular, the rules of the termination of the commercial agency contract differs from the rules of other distribution contracts, such as the concession and franchise contracts. This difference stems the fact that the legislator established rules of protection in favor of the commercial agent in a particular political-economic context whereas he did not worry until now about the regime of termination of the other distribution contracts. This differentiated treatment is, however, highly questionable. In addition, the application of the general contract law is revealed to be unsuited in many respects to the peculiarities of the termination of distribution contracts. In order to overcome these issues, a special common regime for the termination of distribution contracts is possible, which is based on the unity of their characteristic performance and on their common structural characteristics. Special regime, it allows to understand the special nature of these contracts. Common regime, it allows to remedy unjustified differences in legal regime. A proposal of the rules which make up this common regime is necessary.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires.
<i>AJDI</i>	Actualité juridique droit immobilier.
al.	Alinéa.
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	Archives de philosophie du droit.
Art	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière.
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
C. civ. col.	Code civil colombien
C. civ. fr.	Code civil français
C. com. col.	Code de commerce colombien
C. com. fr.	Code de commerce français
C. const. col.	Cour constitutionnelle colombienne
C. tr. col.	Code du travail colombien
CA	Cour d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation française
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. com.	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. req.	Arrêt d'une chambre des requêtes de la Cour de cassation française
CCC	Contrats, concurrence, consommation
C. const.	Cour constitutionnelle colombienne
CE	Conseil d'État colombien
Chr.	Chronique
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
Civ.	Une chambre mixte de la Cour de cassation française
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Comp.	Comparer
CSJ	Cour suprême de justice colombienne
D.	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Revue Dalloz affaires
<i>Défrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Droit des sociétés
éd.	Édition
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>GAJC</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>HGB</i>	<i>Handelsgesetzbuch</i>
<i>ibid.</i>	Ibidem
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition entreprises et affaires

<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal Officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
M.R.	Magistrat rapporteur
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
ord.	Ordonnance
préc.	Précité
préf.	Préface
PUF	Presses Universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire commercial Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. int. aff.</i>	Revue de droit international des affaires
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés (Dalloz)</i>
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJ. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale, ancien Journal des agrées
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
S.	Sirey
s.	Suivants
<i>Supra</i>	ci-dessus
t.	Tome
vol.	Volume
v.	Voir
<i>V°</i>	<i>Verbo</i>

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse)

PREMIÈRE PARTIE : UNE CONCEPTION A RENOUVELER

Titre 1 : Des régimes inadéquats

Chapitre 1 : La critique de la diversité de régimes

Chapitre 2 : L'inadaptation du droit commun des contrats

Titre 2 : Un régime commun adapté à instaurer

Chapitre 1 : Les fondements d'un régime commun

Chapitre 2 : L'instauration d'un régime de cessation adapté

SECONDE PARTIE : ESSAI D'UN REGIME COMMUN DE CESSATION

Titre 1 : La liberté contrôlée de la sortie du contrat

Chapitre 1 : La liberté de sortir

Chapitre 2 : Le contrôle de la liberté de sortir du contrat

Titre 2 : Les effets du contrat à la sortie

Chapitre 1 : La liquidation de l'opération de distribution

Chapitre 2 : L'application d'une interdiction post-contractuelle de concurrence

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les jumeaux Pedro et Pablo s'installent dans une boutique située en face de la maison de Santiago Nasar. Ils annoncent l'intention de le tuer, « il sait pourquoi », disent-ils, mais personne ne les croit. Malgré leur annonce pour qu'on les empêche de le faire, ils mettent fin à la vie de Santiago. La chronique de cette mort annoncée se passe dans un village quelconque de la Colombie¹. Non loin de cet endroit, une vache, un beau jour, a fait son apparition au balcon d'un palais délabré. Un palais où se passe l'autonomie de la vie d'un vieux dictateur d'un pays des Caraïbes². Comme dans ces récits, la fin de vie de notre personnage principal, le contrat, est parfois inévitable. Il ne s'agit pas ici d'une chronique mais d'une étude sur la fin de vie d'un contrat qui n'est jamais heureuse quand il s'agit de contrats de distribution. En effet, ceux-ci ont vocation à produire des richesses pour les contractants, lesquels voudraient continuer à retirer indéfiniment des profits de son exploitation. En pratique, il est ainsi possible de trouver des contrats de distribution qui ont duré plusieurs décennies. Cependant, il se peut que le succès attendu ne n'ait pas lieu, que l'un des contractants veuille changer de cocontractant ou ne se conforme pas à la loi du contrat.

2. Or, il est sans doute impossible de comprendre le sens et les implications de la cessation du contrat de distribution sans faire référence à son existence. Comme l'a écrit García Márquez, « La vie n'est pas ce que l'on a vécu, mais ce dont on se souvient et comment on s'en souvient »³. Or, retracer la vie du droit de la distribution signifie avant tout mettre l'accent sur la diversification des contrats qu'il régit. En effet, la nécessité de la distribution de produits fabriqués en masse, grâce au progrès de l'industrie, a donné lieu à la naissance d'une multiplicité de formes de distribution. Le marketing correspond à un premier cycle de capitalisme de consommation, identifié par une triple invention : la marque, le *packaging* et la publicité. Il se caractérise par des consommateurs qui ne se fient plus aux vendeurs mais à la marque⁴. C'est dans ce contexte qu'est né le droit de la distribution, traitant de l'ensemble des opérations par lesquelles un producteur insère ses produits sur un marché en vue de son

¹ G. García Márquez, *Chronique d'une mort annoncée*, trad. Claude Couffon, Ed. Grasset, Paris, 1981.

² G. García Márquez, *L'automne du Patriarche*, trad. Claude Couffon, Ed. Grasset, Paris, 1977.

³ G. García Márquez, *Vivre pour la raconter*, trad. Annie Morvan, Ed. Grasset, Paris, 2003.

⁴ A. Martinet et M. Payaud, « Régénérer les formes et les rythmes de la politique d'entreprise », in *Gouvernance et stratégies des groupes*, Lavoisier, 2011, p. 291.

acquisition par des clients⁵. Le rapprochement de l'offre et de la demande sur un marché constitue ainsi la finalité de toute opération de distribution.

3. Plan. La présentation d'une typologie des contrats de distribution est alors pertinente dans la mesure où elle permet une présentation de l'évolution et de la multiplication de ces contrats en pratique (A). Le champ d'étude du droit de la distribution étant vaste, nous devons ensuite circonscrire le domaine spécifique sur lequel porte notre étude (B), ainsi qu'expliquer le choix du titre de notre thèse, précisément ce que l'on entend par cessation du contrat (C). Un bref aperçu du droit colombien et des sources de ce travail sera également nécessaire (D). Cela nous permettra, enfin, de présenter l'approche retenue, l'intérêt pratique de notre sujet et le plan d'étude à suivre (E).

A. Typologie des contrats de distribution

4. La vente et le mandat sont les opérations élémentaires qui ont traditionnellement permis la distribution des produits d'un fabricant. Cependant, au fil du temps, des revendeurs et des intermédiaires ont été chargés de manière stable de la distribution des produits d'un fournisseur. Ils ont ainsi établi une relation étroite de collaboration avec celui-ci et ont focalisé leur activité sur la mise sur un marché de leurs produits. Le XX^e siècle a ainsi vu l'émergence de nouvelles formes de distribution plus complexes. L'individualisation du contrat d'agence commerciale, dans la première moitié de ce siècle, dans les législations européennes⁶ a permis d'appréhender les rapports stables par lesquels un intermédiaire était chargé de la diffusion des produits d'un fournisseur.

⁵ *Le Petit Robert de la langue française*, 2018 : V^o. « Distribution » : « Comm. Ensemble d'opérations et de circuits permettant de mettre un bien déjà produit à la disposition de l'acheteur. Canal, circuit, réseau de distribution. Société de distribution. La grande distribution : la vente en grandes surfaces », in Th. Albertini, J-P. Helfer, J. Orsoni, *Dictionnaire du marketing*, 3^e éd., 2008, V^o. « Distribution » : « Ensemble des opérations par lesquels un bien est mis à la disposition d'un consommateur ou de l'utilisateur. La distribution a pour fonction de rapprocher l'offre et la demande. Elle permet aux consommateurs de se procurer aisément les biens dont ils ont besoin, en organisant les circuits qui les mettent à leur disposition ».

⁶ Le Code de commerce allemand de 1897 a été le premier à consacrer le contrat d'agent commercial (*Handlungsagenten*). Il a été postérieurement introduit en Autriche (loi du 24 juin 1921), en Italie (Code civil de 1942), en Suisse (loi du 4 février 1949) et en France (décret du 23 décembre 1958).

Les législations postérieures ont également posé des règles spéciales relatives à la cessation du contrat d'agence commerciale : le Code civil italien de 1942, le droit suisse en 1949 et la réforme du HBG en droit allemand de 1953⁶. En droit français, le statut d'agent commercial a été introduit par un décret du 23 décembre 1958, modifié ultérieurement par la loi du 25 janvier 1991 qui a transposé la Directive 86/653/CEE.

5. Contrat d'agence commerciale. En Colombie, le contrat d'agence commerciale a été consacré par le Code de commerce de 1971, qui a considéré que son élément essentiel est l'obligation de l'agent commercial de promouvoir et d'exploiter de manière stable les affaires⁷ du mandant dans une branche d'activité spécifique et dans une zone déterminée⁸. En droit colombien, l'agent commercial est un commerçant, titulaire de son fonds de commerce⁹, qui agit pour le compte du mandant en son propre nom ou au nom de celui-ci. Si à l'origine les agents commerciaux étaient des personnes physiques à faible capital, aujourd'hui leur profil est plus divers. La plupart d'entre eux sont désormais des personnes morales détenant des patrimoines plus ou moins importants. Un agent commercial peut être lié à un ou à plusieurs mandants concurrents, sauf interdiction expresse¹⁰. De même, il peut assumer des risques plus ou moins importants de son activité et des opérations conclues pour le compte du mandant¹¹. En pratique, un fournisseur peut créer un réseau d'agents commerciaux ayant différentes finalités ; soit pour que ceux-ci commercialisent ses produits, soit pour que ceux-ci réitèrent son succès commercial à travers l'application d'un savoir-faire. L'agence commerciale peut ainsi être composée d'éléments différents selon la finalité poursuivie, sans qu'une sous-typologie légale ne soit discernée. Le Code de commerce colombien de 1971 a également consacré le contrat de fourniture¹², qui est défini comme le contrat par lequel « *une partie s'oblige, en échange d'une contreprestation, à réaliser, en faveur d'une autre, de façon*

⁷ L'article indique la « promoción de negocios ». Les mots *negocio* en espagnol, *negozio* en italien et le mot négoce en français viennent du latin *negotium* (mot composé *nec* (non) et *otium* (loisir) : « choses à faire », affaire, occupation. En français, *négoce* désigne l'affaire ou l'occupation et l'activité d'échange ou de commerce. (Trésor de la Langue Française informatisé - <http://www.atilf.fr/tlfi>). C'est un terme vieilli, tombé en désuétude (Le Petit Robert de la langue française, 2017). Pour désigner l'occupation ou l'activité économique d'une personne, il est désormais plus exact d'utiliser le mot *affaire*.

⁸ C. com. col., art. 1317.

⁹ C'est une différence importante avec le droit français, où l'agent commercial n'est pas un commerçant et n'est pas titulaire d'un fonds de commerce. Les critiques de la doctrine française à cet égard sont importantes. V. N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, 2017, n° 1066 ; J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 997.

¹⁰ À la différence d'autres pays, le régime de l'agence commerciale en droit colombien ne consacre pas comme élément naturel le devoir de non-concurrence contractuelle. Au contraire, l'article 1319 C. com. col. dispose que l'interdiction de distributeurs des produits de plusieurs mandants, qui sont concurrents sur un marché, doit être exprès. Cet article indique : « *Dans les contrats d'agence commerciale peut être convenue l'interdiction pour l'agent de promouvoir ou d'exploiter, dans la même zone et dans la même branche, les affaires de deux ou de plusieurs entreprises concurrentes* ». Cet article contraste avec ce qui est prévu à l'article L. 134-13 C. com. fr. et l'article 1743 C. civ. it.

¹¹ P. ex., l'agent peut assumer la réalisation d'investissements spécifiques, le coût de conservation des stocks dans son magasin ou le risque de non-paiement du prix par le client (clause de ducroire).

¹² En espagnol, « contrato de suministro » tire son origine du « contratto di somministrazione » consacré par le Code civil italien (art. 1559 C. civ. it.), qui vient du latin *subministrāre*, qui signifie fournir, procurer, apporter.

indépendante, des prestations périodiques ou continues de choses ou de services »¹³. S'il a particulièrement été conçu pour la fourniture de choses en vue de leur consommation ou de leur transformation dans le cadre d'un processus de production d'autres produits¹⁴, il est utilisé en pratique en vue de la revente de produits et donc pour encadrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs.

6. Parallèlement au développement du contrat d'agence commerciale, la seconde moitié du XX^e siècle a vu l'émergence en pratique de nouvelles figures de contrats de distribution pour compte propre. Il ne s'agit plus de simples contrats en vue de la revente de produits, mais de contrats complexes qui permettent d'assurer la commercialisation d'un produit ou d'un service conçu par le fournisseur. Ces contrats assurent ainsi l'externalisation des risques de commercialisation des produits du fournisseur, tout en lui permettant un certain contrôle sur l'activité du distributeur. Ces contrats ont donné lieu à une typologie commune dans les pays du droit continental¹⁵, qui a également été adoptée en droit colombien¹⁶. Il s'agit, en particulier, des contrats de concession, de franchise et de distribution agréée.

7. **Contrat de concession commerciale.** L'élément essentiel de ce contrat réside dans la position privilégiée dans laquelle est placé un concessionnaire, qui lui confère un avantage concurrentiel pour la commercialisation des produits d'un fournisseur sur un marché¹⁷. Plus précisément, selon la définition classique, le contrat de concession est une « convention par laquelle un commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé »¹⁸. Il est généralement accompagné d'un

¹³ C. com. col., art. 968.

¹⁴ E. Rengifo, « El contrato de concesión comercial », in *Derecho de la distribución comercial, Homenaje a Hernán Vallejo Mejía*, El navegante editores, Bogotá, 1995, p. 99.

¹⁵ V. Cl. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451 et s. ; J. Le Calvez, *Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, thèse, Paris, 1979 ; P. Ulmer, *Der Vertragshändler* ; C.H. Beck, Munich, 1969 ; T. Puentes Muñoz, *El contrato de concesión comercial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976 ; R. Pardolessi, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979. Le premier manuel du droit de la distribution en droit français est : J.-M. Mousseron et J. Hémar, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1975.

¹⁶ Les expressions en droit colombien sont : *contrato de concesión* et *contrato de franquicia*.

¹⁷ S. Bortolotti et G. Florida, « I contratti con i rivenditori » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti s. dir.), Wolters Kluwer, 2016, p. 739.

¹⁸ Cl. Champaud, « La concession commerciale », *op.cit.*, n° 24, p. 451. C'est une définition citée par la doctrine colombienne, v. E. Rengifo, « El contrato de concesión comercial », *op. cit.*, p. 92.

contrat de licence de marque ou d'enseigne. Le privilège concédé au distributeur naît donc de l'attribution d'un territoire exclusif, ou quasi-exclusif, de l'utilisation de signes distinctifs du fournisseur ainsi que de l'application de certaines normes de commercialisation des produits. En contrepartie, le concessionnaire s'engage généralement à n'acheter que les produits du concédant et à assurer leur commercialisation sur le territoire assigné en respectant la politique commerciale définie par celui-ci¹⁹. La concession exclusive *stricto sensu* se caractérise par un double lien d'exclusivité.²⁰

8. Contrat de franchise. Pour sa part, le contrat de franchise est un contrat plus sophistiqué dans lequel le distributeur bénéficie également d'un avantage concurrentiel qui repose, dans ce cas, sur la transmission des éléments qui composent la formule du succès du franchiseur. En Colombie, après les premières franchises instaurées dans les années quatre-vingt, celles-ci ont connu une croissance importante ces quinze dernières années²¹. Le contrat de franchise a été défini comme « le contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à lui procurer la jouissance d'une marque et éventuellement à le fournir en marchandises, le franchisé s'engageant, en retour, à exploiter le savoir-faire, à utiliser la marque et, éventuellement, à

¹⁹ Cl. Champaud, « La concession commerciale », *op. cit.*, n° 40, p. 482 : « L'exclusivité d'achat consiste dans l'engagement pris par le concessionnaire de ne pas acheter à des concurrents du concédant, et par conséquent de ne pas revendre de produits semblables à ceux qui font l'objet de la concession. Contrairement à l'exclusivité de revente dont bénéficie le concessionnaire, l'exclusivité d'achat n'est pas de l'essence de la concession. Certains contrats n'en comportent pas et le concessionnaire peut vendre des produits concurrents, voire devenir le concessionnaire de concurrents du concédant. Toutefois, il est probable que l'exclusivité d'achat tendra à devenir une clause essentielle du contrat pour les raisons précédemment exposées ». V. égal., J. Azema, *Le droit français de la concurrence*, PUF, Thémis, 2^e éd., 1989, n° 266 : « Si l'exclusivité de revente au profit du concessionnaire est un élément caractéristique du contrat, l'exclusivité d'approvisionnement n'est pas une ; ... il est parfaitement possible le concessionnaire conserve sa liberté d'approvisionnement, voire cumule plusieurs concessions ».

²⁰ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 26, p. 11. J. Guyénot, *Les contrats de concession commerciale*, Bibliothèque de droit commercial, T. XVI, Sirey, 1968, n° 62, p. 81 : « Celle-ci peut être définie comme étant l'engagement du concédant d'approvisionner exclusivement un concessionnaire dans une zone territoriale dont les limites sont fixées dans le contrat. Cet engagement est généralement complété par l'engagement réciproque du concessionnaire d'acheter exclusivement au concédant les produits qu'il revend à la clientèle. On se trouve alors en présence d'un double lien d'exclusivité. Il donne naissance au véritable contrat de concession commerciale ».

²¹ La première franchise ouverte en Colombie a été celle de Burger King en 1983. En 2005, les réseaux de franchises en Colombie s'élevaient à 103. Aujourd'hui, 506 franchises opèrent (294 nationales et 212 étrangères), générant plus de 50.000 emplois directs. La Colombie occupe la quatrième place après le Brésil, le Mexique et l'Argentine (www.franquiciascolombia.co). En France, en 2017 ont été recensés 1976 réseaux de franchise qui génèrent plus de 670.000 emplois directs et indirects (<https://www.franchise-fff.com>).

s’approvisionner auprès du fournisseur »²². Il peut surprendre que l’existence d’un savoir-faire ne fasse pas partie de la définition de la franchise aux États-Unis, pays de sa création et de son développement²³. En réalité, le contrat de franchise vise avant tout la réitération d’un concept ou d’un modèle commercial réussi du franchiseur, qui repose sur la réputation de ses éléments distinctifs et sur une méthode commerciale éprouvée qui constitue un savoir-faire, qui a pu être défini comme « un ensemble secret et identifié d’informations pratiques non brevetées, résultant de l’expérience du fournisseur et testée par celui-ci »²⁴. Nous traiterons ici du contrat de franchise qui a pour objet la distribution de produits ou la prestation d’un service²⁵.

9. Distribution agréée. Toujours sur le plan de la typologie, entre la distribution libre et les contrats de concession et de franchise, nous trouvons le contrat de distribution agréée²⁶ qui implique un moindre degré de spécialisation du distributeur. Par ce contrat, le fournisseur labellise comme « distributeurs agréés » ceux qui remplissent certaines conditions relatives à la commercialisation des produits et leur accorde des conditions privilégiées en échange de certaines exigences qui permettent une meilleure qualité de commercialisation des produits,

²² F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 969, p. 984.

²³ Selon la *Franchise Rule* de la *Federal Trade Commissions (Code of Federal Regulations, §436.1, h)*, les éléments caractéristiques du contrat de franchise sont : 1) le franchisé obtient le droit d’exploiter une opération identifiée ou associée aux signes distinctifs du franchiseur, ou le droit de vendre ou distribuer des produits ou des services associés aux signes distinctifs du franchiseur, 2) le franchiseur exerce un contrôle important à l’égard de l’opération du franchisé ou lui apporte une assistance significative, et 3) comme condition d’obtention du droit ou pour commencer l’opération de franchise, le franchisé doit réaliser un paiement au franchiseur ou s’engager à le réaliser.

²⁴ Règlement européen (UE) 330/2010 d’exemption sur les accords verticaux.

²⁵ La franchise connaît plusieurs variantes que l’on ne traitera pas. Mentionnons ainsi la franchise industrielle par laquelle un fabricant de produits accorde au franchisé la possibilité de fabriquer et de commercialiser des produits qu’il a mis au point. V. à ce propos, Ph. Le Tourneau, *Les contrats de franchise*, 2^e éd. Litec, 2007, n° 172 et s.

²⁶ En Colombie, le nom courant est celui de « *distribución autorizada* » (distribution autorisée). La qualification de contrat de distribution sélective est méconnue du droit colombien. Ce contrat « repose sur la section des distributeurs qui assureront la revente de ses produits de manière adéquate grâce à leur compétence et à leurs installations » (Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession, op. cit.*, n° 22, p. 9). Il s’agit d’une catégorie proprement concurrentielle qui tire son origine du droit communautaire (européen), dans laquelle le fournisseur peut refuser de vendre ses produits aux revendeurs qui ne respectent pas les critères qu’il avait fixés et le distributeur s’engage à ne revendre les produits contractuels à des revendeurs qui ne font pas partie du réseau. Aucune exclusivité ne pèse sur le distributeur. Les auteurs remarquent que si, à l’origine, il été possible de distinguer la distribution agréée de la distribution sélective, aujourd’hui il est difficile de distinguer l’une de l’autre (Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession, ibidem*, n° 21, p. 9). Cependant, en théorie, l’agrégation serait plus souple, car elle n’empêche pas le fournisseur de vendre à des distributeurs non agréés (F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 65, p. 64. V. égal., J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution, op. cit.*, n° 1053, p. 593).

mais sans que d'autres types de revendeurs soient exclus²⁷. Aucune exclusivité ne pèse dans ce cas sur le distributeur. La désignation de la distribution agréée permet de la différencier de la distribution libre dans laquelle le distributeur commercialise les produits de plusieurs fournisseurs sans consacrer ses efforts à la diffusion des produits de l'un d'eux en particulier.

B. Objet de notre étude. « Contrat de distribution » - « Contrats d'intermédiation »

10. À partir de ces observations, force est de constater qu'alors que la définition du contrat d'agence commerciale permet de recouvrir des combinaisons diverses, peu importe la finalité du contrat (p. ex., commercialisation d'un produit, réitération d'un savoir-faire) ou l'intensité du lien tissé avec le fournisseur (agent exclusif, agent mono-mandataire ou agent pluri-mandataire²⁸), lorsque le distributeur agit pour son propre compte, la doctrine a discerné une typologie reposant sur l'élément sur lequel gravite le contrat (savoir-faire, exclusivité territoriale, sélection des distributeurs) ou le degré de spécialisation du distributeur (distribution intégrée ou spécialisée, distribution agréée et distribution libre). À ce propos, la distinction entre distribution pour le compte d'autrui et distribution pour son propre compte est importante dans notre matière dans la mesure où elle engendre des différences quant au transfert de la propriété des produits et la prise en charge des risques de leur commercialisation. De même, puisque le droit des pratiques anticoncurrentielles a lieu à s'appliquer lorsque fournisseur et distributeur sont considérés comme des entités économiques différentes, indépendamment de la qualification donnée par les parties au contrat, il en résulte une liberté de principe du fournisseur de fixer les prix de vente lorsque le distributeur agit pour le compte de ce dernier. En les opposant aux « contrats d'intermédiation »²⁹, la doctrine tend ainsi à utiliser l'expression de

²⁷ V. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 567, p. 337. En droit français, ces réseaux sont qualifiés d'« ouverts ».

²⁸ La doctrine italienne distingue nettement entre l'agent mono-mandataire, qui réalise son activité pour le compte d'un seul mandant, l'agent commercial exclusif, qui s'interdit de réaliser son activité pour le compte d'autres mandants concurrents mais qui peut distribuer des produits non-concurrents, et l'agent commercial pluri-mandataire qui réalise son activité pour le compte de plusieurs mandataires. V. M. Priotti, « Diritti ed obblighi delle parti », in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti sous dir.), Ipsoa, Milan, 2016, p. 322.

²⁹ V. p. ex., A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999. En droit français, N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007.

« contrats de distribution »³⁰ pour désigner les contrats dans lesquels le distributeur agit pour son propre compte. Toutefois, nous emploierons ici le terme de « contrat de distribution » dans son acception large, qui englobe tant les contrats dans lesquels le distributeur agit pour son propre compte que ceux dans lesquels le distributeur agit pour le compte du fournisseur. Comme nous le verrons, si cette distinction est importante à certains égards, il n'en va pas autant lorsqu'il s'agit de justifier les différences de régimes de cessation de ces contrats. Le terme « distributeur » désignera alors le distributeur qui agit pour son propre compte comme celui qui agit pour le compte d'autrui. Pour sa part, le terme « fournisseur » désignera celui qui fabrique ou a conçu le produit ou qui procure la marchandise ou les services à celui qui les utilise ; qu'il soit un mandant, un concessionnaire ou un franchiseur.

11. La distribution intégrée, contrôlée ou spécialisée. La typologie esquissée permet de mettre en évidence, non seulement la multiplicité d'éléments qui composent les contrats de distribution³¹, mais surtout le degré de concentration ou de spécialisation de l'activité d'un distributeur relative à la commercialisation des produits d'un fournisseur. Différentes expressions sont utilisées pour rendre compte de cette spécialisation ainsi que pour la différencier de la distribution libre dans laquelle le distributeur commercialise les produits de plusieurs fournisseurs sans focaliser son activité dans la diffusion de l'un d'entre eux. La doctrine française emploie ainsi les termes de distribution contrôlée³², distribution distinctive³³ ou distribution intégrée pour mettre l'accent sur l'un ou l'autre aspect particulier du contrat ; la plus commune étant la dernière. Si l'agent commercial ne peut pas toujours être considéré un distributeur intégré - il en va ainsi lorsqu'il agit pour le compte de plusieurs mandants de produits concurrents -, force est de reconnaître que « le contrat d'agence commerciale constitue

³⁰ P. ex., P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.*, 1980, n° 476 ; R. Pardolessi, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, p. 173.

³¹ P. ex., exclusivité ou quasi-exclusivité territorial ou d'approvisionnement, transmission d'un savoir-faire, utilisation de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque du fournisseur, application des normes de commercialisation des produits. Lorsque le distributeur agit pour le compte du fournisseur, il peut agir en son nom ou au nom du fournisseur. À ce dernier égard, l'article 833, al. 1^{er}, C. com. col., dispose que les « actes juridiques proposés ou conclus par le représentant au nom du représentant, dans les limites de ses pouvoirs, produisent directement des effets à l'égard de ce dernier ».

³² J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, *op. cit.*, n° 1039, p. 585.

³³ Certains auteurs évoquent la distribution distinctive pour mettre l'accent sur l'utilisation des signes distinctifs du fournisseur par le distributeur V. G. Amédée-Manesme, « Plaidoyer pour la reconnaissance du concept de distribution distinctive », *RJ com.*, 1995, p. 173 et s.

de par sa fonction et de par son ancienneté la figure primordiale de distributeur intégré »³⁴. Or, si la distribution intégrée est utilisée pour marquer l'intégration du distributeur à l'activité du producteur, l'expression est plus imagée que réelle dans la mesure où l'intégration n'est pas complète, de la production à la distribution, et les distributeurs conservent toujours une certaine autonomie³⁵. Ainsi, certains auteurs parlent de quasi-intégration ou d'intégration partielle³⁶.

12. Réseaux de distribution intégrée. L'expression de « distribution intégrée » peut également faire référence à la mise en place, par le fabricant, d'un réseau dans lequel il réunit un ensemble de commerçants indépendants³⁷. En effet, puisque le fournisseur a pour objectif la diffusion massive de ses produits, il a recours la plupart du temps à plusieurs distributeurs donnant ainsi naissance à un réseau de distribution. Grâce à ce réseau, un fournisseur peut couvrir un vaste territoire de points de distribution de ses produits ou services à l'échelle locale, nationale ou internationale³⁸. Il peut ainsi être à la tête d'un réseau de vente ou de revente³⁹. Pour les membres du réseau, « de façon complémentaire, toute agrégation à un réseau augmente la puissance d'action de l'adhérent, lui donne des moyens accrus, lui fait bénéficier de la synergie de l'ensemble, et en même temps le libère de certaines tâches »⁴⁰. Le réseau de distribution est donc constitué par un ensemble de contrats, similaires ou homogènes, établis entre un fournisseur et ses distributeurs qui visent en commun la diffusion de manière stable de produits ou services conçus par le fournisseur et qui, par agrégation, permettent de créer un effet de synergie favorisant tous les membres de ce réseau⁴¹. Certainement, les réseaux de

³⁴ V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 14. V. égal. P. Didier, *Droit commercial I, Introduction, Les entreprises*, PUF, 1970, p. 717 : « Les réseaux sont des ensembles d'entreprises liés à l'une d'entre elles par des contrats dits d'intégration. Ainsi parle-t-on de réseaux de distribution pour désigner l'ensemble des distributeurs, concessionnaires ou agents d'une même entreprise de production ».

³⁵ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 14, p. 7. V. égal., D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 557, p. 330 : Cette forme de distribution en « réseau » est parfois dénommée « distribution intégrée », pour exprimer que l'activité des distributeurs se trouve ordonnée à celle du fournisseur, mais la formule est trop accueillante pour être juridiquement signifiante. Elles en outre équivoque car elle désigne parfois le succursalisme ».

³⁶ S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, préf. M. Pédamon, Litec, 2002, n° 18.

³⁷ J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, *op. cit.*, n° 1039, p. 593.

³⁸ Ph. Le Tourneau, « Ouverture », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 152.

³⁹ J.-M. Leloup, « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, n° 4, p. 933 et s.

⁴⁰ Rapp. Ph. Le Tourneau, « Ouverture », *op. cit.*, p. 152.

⁴¹ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 332, p. 169 : « Le réseau est composé d'un ensemble de distributeurs, animés par un intérêt commun (celui du réseau) au sein d'une organisation

distribution ont un effet sur les rapports bilatéraux fournisseur-distributeur. Si les réseaux de distribution en eux-mêmes ne seront pas l'objet principal de notre étude⁴², l'allusion aux effets que l'insertion du distributeur dans un réseau de distribution entraîne sera pertinente.

13. Exclusion de la grande distribution et du droit de la consommation. Outre la distribution intégrée, l'expression « contrat de distribution » peut faire référence aux contrats de la grande distribution. Toutefois, nous n'analyserons pas cette dernière, qui correspond à l'installation d'un commerce de détail en grande surface dans laquelle le distributeur maîtrise l'organisation de la distribution⁴³. À la différence de la distribution spécialisée, dans la grande distribution, le rapport de forces est inversé en faveur du distributeur. Pour cette raison, l'application des règles destinées à éviter l'abus de puissance d'achat des distributeurs est nécessaire. En guise d'illustration, alors que l'obligation de reprise de stocks invendus qui pèse sur le fournisseur peut être considérée comme abusive dans le cadre de la grande distribution, dans le droit de la distribution intégrée, elle peut constituer une mesure de protection en faveur du distributeur lors de la cessation du contrat. Il est nécessaire, toutefois, de relativiser ces différences. D'une part, il existe des règles - par exemple celles qui entraînent des exigences de loyauté et d'équilibre - qui sont communes à tout type de distribution mais qui demandent une application différente selon le type de distribution⁴⁴. Il s'agit alors d'une application différente de ces règles selon le type de distribution concernée. D'autre part, la frontière entre grande distribution et distribution intégrée n'est pas absolue. Il en va ainsi notamment des grandes sociétés de distribution, en particulier dans le secteur alimentaire, qui ont eu recours à la franchise de distribution⁴⁵. Notre travail concernera toutefois spécifiquement la distribution

homogène, d'un système dirigé par le concédant ». L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, p. 8 : « le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final ».

⁴² L. Amiel-Cosme, *ibidem*.

⁴³ V., en droit français, M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution*, préf. J. Mousseron, Litec, 1991.

⁴⁴ En droit français, un important nombre de règles relatives ont été promulguées visant notamment la préservation de la liberté de négociation et la sanction des abus de la grande distribution, en particulier dans le secteur alimentaire (p. ex., art. L. 442-6, 341-1 et 341-2 C. com. fr.). Cependant, puisque son champ d'application n'a pas été circonscrit à la grande distribution, la distribution spécialisée a pu également invoquer l'application de certaines de ces règles

⁴⁵ En Colombie, les groupes de la grande distribution se sont traditionnellement répandus par la voie du succursalisme. L'utilisation de la franchise dans le secteur alimentaire est balbutiante. Un groupe important

spécialisée ou intégrée. De même, nous traiterons la relation fournisseur-distributeur mais non pas celle du fournisseur ou du distributeur avec les clients ou les consommateurs ; ce qui nous conduit à exclure d'emblée de notre étude le droit de la consommation.

14. Exclusion du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les contrats de distribution intéressent non seulement le droit des contrats mais également le droit de la concurrence, en particulier le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, l'importance de ce dernier est croissante dans notre matière⁴⁶. Or, le contrat de distribution n'intéresse pas le droit des pratiques anticoncurrentielles en lui-même, au regard de la relation bilatérale qu'il crée, mais dans la mesure où il est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur un marché, c'est-à-dire à ses effets anticoncurrentiels. Certes, le droit de la concurrence, dans le cadre de la poursuite de son objectif de préserver le libre jeu de la concurrence, peut avoir une influence indirecte sur l'équilibre contractuel ou le renforcement de la loyauté dans les rapports entre distributeurs et fournisseurs⁴⁷. Cependant, d'une part, ceux-ci ne sont pas les finalités premières du droit de la concurrence, qui cherche avant tout la préservation de la liberté des entreprises de participer à un marché, le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique⁴⁸. D'autre part, plus substantiellement, les règles du droit de la concurrence n'ont vocation à s'appliquer que lorsque les parts de marché de l'une ou des deux parties sont importantes, de sorte qu'il est possible d'identifier l'existence d'une position dominante ou une affectation sensible du marché⁴⁹. Enfin, observons que le droit des restrictions verticales en Colombie passe par une étape de transition. En effet, le développement du droit des ententes horizontales contraste avec le maigre bilan relatif aux décisions importantes en matière de droit des restrictions verticales.

de la grande distribution, dont l'actionnaire majoritaire est le groupe français Casino, a ainsi introduit deux enseignes alimentaires de proximité sous franchise à la fin de l'année 2017. Puisqu'il s'agit de points pilotes (5 ou 6), les franchisés doivent payer une redevance calculée en fonction du chiffre d'affaires réalisé mais ne sont pas tenus de payer un droit d'entrée. (<http://www.masfranquicias.com/las-franquicias-del-grupo-exito-estaran-listas-este-ano>, 23 février 2018 [Consulté le 7 septembre 2018])

⁴⁶ L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats. États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Droit global », 2011.

⁴⁷ Sur ce point, v. en droit français, E. Claudel, « La protection du contractant vulnérable en droit de la concurrence : une approche pragmatique », in *Les droits du contractant vulnérable* (S. Le Gac-Pech), Larcier, 2016, p. 83 et s.

⁴⁸ Art. 3, loi 1340 de 2009 relative à la protection de la libre concurrence.

⁴⁹ L'autorité de la concurrence colombienne peut se dispenser de poursuivre une pratique lorsqu'elle n'affecte pas de manière significative la concurrence (art. 3, loi 1340 de 2009). Selon elle, le degré d'importance de la pratique implique de tenir compte, entre autres, des parts de marché des parties, l'effet cumulatif de la pratique, voire une politique publique particulière sur le marché concerné. *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de concurrence colombienne], *Résolution n° 71540, 71539, 71537 et 71542* de 2017.

Si la doctrine a pu remarquer depuis 2012 une tendance de l’Autorité de la concurrence à une application de la règle de raison, elle relève également la manque de règles d’analyse claires pour son application ; en même temps qu’elle exprime le souhait de la publication de lignes directrices⁵⁰. Le choix a ainsi été pris de focaliser notre étude sur le droit des contrats malgré l’importance indiscutable, mais encore difficile à discerner en droit colombien, du droit des pratiques anticoncurrentielles dans notre domaine. Concernant l’autre branche du droit de la concurrence, le droit de la concurrence déloyale, elle nous intéresse en particulier dans la mesure où elle a vocation à régir les relations post-contractuelles des parties au contrat de distribution⁵¹.

C. La « cessation »

15. Il existe une multiplicité de termes relatifs aux modes d’extinction du contrat : résiliation, résolution, révocation, rupture, rescision, dissolution, dénonciation, anéantissement, etc. Cette diversité est parfois source de confusion dans l’utilisation de ces termes. Tantôt certains d’entre eux peuvent être utilisés en tant que synonymes ; tantôt ils peuvent revêtir des acceptions spécifiques selon la cause d’extinction du contrat ou les effets engendrés par celle-ci. Il existe en outre d’autres termes qui n’ont pas de signification juridique précise : extinction, fin ou cessation. Le terme extinction est appliqué particulièrement aux obligations⁵². Pour sa part, le terme « cessation » appliqué à un contrat est imprécis dans la mesure où il ne fait référence à aucun mode d’extinction du contrat en particulier, ni revêt un sens technique spécifique. Il n’est utilisé ni défini par la loi colombienne⁵³. Il ne fait en effet l’objet d’aucune définition dans

⁵⁰ A. Miranda Londoño, « La regla de la razón y la regla *per se* en el derecho colombiano », in *¿Regla per se y regla de la razón ? Interpretación de las normas de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 185. L’auteur prône la réforme de la loi ou la publication de lignes directrices sur les restrictions verticales.

⁵¹ En Colombie, il n’existe pas un droit des pratiques restrictives de la concurrence - à l’instar de celui du droit français contenu principalement dans l’article 442-6 C. com. fr.- compris comme celui destiné à sanctionner les pratiques ou les clauses qui portent atteinte à la loyauté ou à l’équilibre des relations commerciales, sanctionnées en elles-mêmes, c’est-à-dire, sans nécessité d’établir une atteinte au jeu de la concurrence sur le marché.

⁵² V. G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l’Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Extinction de l’obligation ».

⁵³ En revanche, en droit français, le régime de l’agence commercial utilise le mot « cessation » dans les articles L. 134-7, 134-12 et 134-13 C. com. fr. L’article L. 134-12, al. 1^{er} indique : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l’agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ». Malgré les discussions sur la portée de l’expression « cessation des relations » (V. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 235), la Cour de cassation française a retenu une interprétation large de la « cessation ». Elle signifie tant la résiliation d’un contrat à durée indéterminée que l’échéance du terme du contrat à durée déterminée. V. Cass. com., 23 avr. 2003 : D. 2003, p. 1362,

aucun des lexiques de termes juridiques⁵⁴. Pour sa part, *Le Petit Robert* définit la cessation comme le fait de prendre fin ou de mettre fin à quelque chose⁵⁵. Loin d'être un défaut pour notre travail, le caractère large et imprécis du terme cessation le rend intéressant dans le cadre de notre démarche d'étude. En effet, l'utilisation de ce terme permet de recouvrir tous les modes d'extinction du contrat de distribution. Il peut ainsi s'agir d'une cessation ordinaire ou naturelle qui résulte de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ou de l'expiration d'un contrat à durée déterminée. Il peut également s'agir d'une cessation extraordinaire, également appelée accidentelle ou pathologique, telles la résolution pour inexécution ou la résiliation pour imprévision.

16. Exclusion de certains modes de cessation. Parmi la diversité de causes de cessation du contrat de distribution, nous concentrons notre étude sur celles qui présentent le plus d'intérêt sur le plan pratique. La révocation amiable ne présente pas de difficultés particulières qui seraient différentes de celle relatives à l'exécution des obligations convenues dans une convention révocatoire⁵⁶. La nullité comme cause de cessation du contrat de distribution ne présente pas non plus d'intérêt pratique dans notre matière en droit colombien dans lequel il n'existe ni d'obligation précontractuelle d'information spéciale à la charge du fournisseur ni de discussions autour de la portée d'un éventuel devoir d'information précontractuelle fondée sur le droit commun des contrats. Le contentieux à cet égard est donc inexistant. De même, les demandes de nullité en raison de l'absence d'un élément essentiel du contrat ou au motif d'un objet ou d'une cause illicites sont également absentes en droit colombien. La cessation du contrat de distribution pour cause de force majeure sera également exclue.

17. « La cessation du contrat ». Lorsqu'on parle de cessation du contrat de distribution, s'agit-il de la cessation de l'exécution du contrat, de l'extinction des obligations nées du contrat ou de la force obligatoire du contrat ? S'il s'agit de l'extinction des obligations nées du contrat,

obs. E. Chevrier, p. 2883, note D. Ferrier ; CCC 2013, n° 121, obs. L. Leveneur ; *RTD com.* 2003, p. 804, obs. B. Bouloc.

⁵⁴ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, op. cit.*, V° « Extinction de l'obligation », p. 264 : « Cessation des hostilités », « Cessation des paiements » ; R. Cabrillac (sous dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9^e éd., LexisNexis, 2018, p. 85 : « Cessation des paiements » ; S. Guinchard et Th. Debard (sous dir.), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Dalloz, p. 181 : « Cessation de l'illicite », « Cessation des paiements ».

⁵⁵ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2018, V° « Cessation ».

⁵⁶ V. en droit français, E. Putman, « La révocation amiable » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125 et s.

nous devons admettre que « les parties ne sont libérées qu'autant qu'aucun effet de droit ne peut plus être mis en œuvre sur le fondement du contrat, ce qui peut se produire bien après l'extinction des obligations principales »⁵⁷. Cependant, du moins dans le langage courant, il pourrait surprendre de considérer l'affirmation selon laquelle un contrat existe encore alors que l'activité de distribution a pris fin et que le distributeur est le seul obligé par une clause de non-concurrence ou de confidentialité post-contractuelle. En réalité, l'expression « cessation du contrat de distribution » doit prendre en compte ce qui constitue l'essentiel du contrat. De ce fait, il est nécessaire de distinguer l'extinction des obligations principales, qui marque la fin de l'opération économique de distribution, et les obligations qui peuvent subsister après la fin de l'opération de distribution. Il s'agit ainsi d'une distinction entre exécution du contrat et période dite de l'après-contrat. Cette dernière débute après l'extinction des obligations essentielles⁵⁸, lorsque l'opération économique à l'origine du contrat n'existe plus. Cependant, la notion de « cessation du contrat » ne s'identifie pas avec la notion d'après-contrat. La notion de cessation du contrat permet effectivement d'englober tant la période antérieure à l'extinction des obligations principales comme la période de l'après-contrat. En effet, à l'image de la formation successive du contrat, dénommée par certains « punctuation »⁵⁹, la cessation du contrat de distribution n'opère pas d'un coup. Indépendamment de la cause de la cessation, le contrat de distribution a transformé la réalité par l'activité réalisée par les parties. La cessation couvre ainsi tant la période antérieure à la fin du contrat que les obligations qui pèsent sur les parties à ce moment, ainsi que celles qui prennent naissance lorsque le contrat s'éteint.

18. « En droit colombien – L'apport du droit français ». Enfin, précisons que notre thèse vise principalement le droit colombien. En effet, puisque l'absence d'études doctrinales en droit colombien contraste avec l'abondance des études en droit français⁶⁰, nous avons décidé de

⁵⁷ A. Etienney, « Extinction du contrat – Les causes », *op. cit.*, 2011.

⁵⁸ M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 2, p. 24 ; G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 3, p. 19 : « l'après-contrat désigne alors la période qui suit à l'extinction de la convention et qui subit encore l'influence de la convention éteinte ».

⁵⁹ A. Rieg, « "La punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 351 et s.

⁶⁰ Les plus récents : Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.-M. Mousseron, Litec, 2000 ; F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002 ; N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007 ; A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, préf. Y. Picod, Institut Universitaire Varenne, 2014 ; C. Dias, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, préf. I. Urban-Parleani, PUAM, 2014 ; M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016.

focaliser notre étude sur le premier. Certes, une approche comparée du sujet aurait pu avoir été menée. Cependant, si une autre voie a été choisie, cela ne veut pas dire que le droit français soit absent de notre étude. Bien au contraire, si ce n'est pas à travers le prisme d'une approche comparée, le sous-titre de notre étude - « L'apport du droit français » - sous-entend que ce travail a puisé sa richesse sur le plan théorique dans le droit français. Bien entendu, au-delà d'approuver ou de critiquer certaines solutions du droit français, l'apport de celui-ci consiste avant tout à examiner ces solutions d'une manière réfléchie et à étudier les discussions qui se sont tenues autour d'elles. Il s'agit de profiter de la richesse doctrinale sur différentes notions et principes du droit des contrats, exprimée principalement par la voie de manuels, thèses, articles et commentaires d'arrêt ; sans négliger, évidemment, de mettre en lumière d'éventuelles différences avec le droit colombien.

19. Un aperçu du droit de la distribution en droit colombien est d'autre part nécessaire pour mieux situer le lecteur, notamment quant à ses sources : la loi, la jurisprudence et la doctrine.

D. Aperçu du droit colombien

20. À l'instar du droit français, les contrats de distribution en Colombie sont régis par un ensemble de règles tirées de différents domaines du droit : droit civil, droit commercial, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle, droit du travail. Les contrats de distribution sont principalement assujettis au droit commun des contrats contenu dans le Code civil colombien qui a été adopté en droit colombien le 26 mai 1873⁶¹. Il constitue une transposition,

⁶¹ Fondé par la couronne d'Espagne, le royaume de Nouvelle-Grenade, composé par les actuels États de la Colombie, l'Équateur, le Panama et le Venezuela, a été régi pendant la période coloniale par le Code dit des sept parties (*Siete partidas*), les Lois des Indes et les compilations des lois de Castille. Après l'indépendance de la Colombie (1810-1819), une assemblée constituante en 1821, qui a donné naissance à la Grande Colombie, composée par la Colombie (dont faisait alors partie le Panama), l'Équateur et le Venezuela, a disposé l'application des lois en vigueur à cette date et le vice-président a ordonné la création d'une commission destinée à la rédaction d'une législation propre mais qui n'a jamais été concrétisée. Après la dissolution de la Grande Colombie en 1830, deux Constitutions se sont suivies (1832, 1843) et une réforme constitutionnelle a introduit le fédéralisme en 1853. Les Constitutions postérieures (1858, 1863) ont adopté également un système fédéraliste permettant à chaque État l'adoption de leurs propres codes civils. En 1873, la Colombie a adopté comme Code civil fédéral (*Código civil de la Nación*) le Code civil chilien de 1855. Postérieurement, la Constitution de 1886 a adopté l'organisation en un État unitaire, ce qui impliquait l'adoption d'une législation unique. Pour ce faire, la loi 57 de 1887 a adopté comme Code civil le *Code civil de la Nación* qui avait déjà adopté en 1873. Les modifications introduites relevaient du droit de la famille et du droit des successions. Les règles relatives au droit des contrats et des obligations n'ont pas été modifiées. V. F. Hinestrosa, « El Código de Bello en Colombia », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 9, 2005, p. 5 et s.

sans aucune modification substantielle⁶², du Code civil chilien de 1855 rédigé par Andrés Bello, qui a eu recours à une multitude de sources ; les principales étant les *Institutes* de Justinien, le droit canonique, les *Siete Partidas* espagnols, le Code autrichien de 1797, le Code civil de Napoléon de 1804 et à la doctrine française de l'époque. À l'égard de cette dernière, un auteur remarque que le recours aux auteurs français a servi à Bello « à expliquer les mécanismes juridiques en général, notamment parce que la doctrine française a désormais intégré les qualités et les défauts du code français »⁶³.

21. Après son adoption, le Code civil colombien n'a pas reçu de modifications dans sa partie relative au droit des contrats. Cependant, le droit commun des contrats a été enrichi postérieurement par quelques règles introduites par le Code de commerce de 1971⁶⁴, qui a été largement inspiré du livre IV du Code civil italien de 1942. Le Code de commerce prévoit un article qui renvoie au Code civil quant aux règles relatives à la formation, l'interprétation, les effets et l'extinction des contrats⁶⁵. Il a également introduit des modifications importantes au droit commun des contrats qui sont applicables aux contrats civils et commerciaux⁶⁶. Concrètement, il a prévu des règles relatives à la période précontractuelle, particulièrement quant à l'offre et l'acceptation du contrat, mais portant aussi sur son adaptation judiciaire en cas d'imprévision et sa cession. Il a également consacré de nouveaux contrats : les contrats d'agence commerciale et de fourniture, pour ne mentionner que ceux qui nous intéressent ici⁶⁷.

⁶² F. Mantilla, « La influencia del *Code civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano », *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, Chile, 2005, II, p. 81.

⁶³ S. Soleil, « Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIX^e siècle face au modèle juridique français », *Historia et Ius*, 2013, p. 11. *Add, ibid.*, : « Dans les notes qui accompagnent chaque article, Bello cite les auteurs qui l'ont amené à choisir tel mécanisme, telle formulation plutôt que tels autres. Ce sont essentiellement des Français : Pothier, Delvincourt, Rogron, Portalis, Maleville, Merlin, Favard de l'Anglade. Puis, lors de la phase de révision du code : Troplong, Duvergier, Toullier, Delangle, Durantou ».

⁶⁴ Art. 2033, C. com. col. La même année, le Code de commerce terrestre a été promulgué. Les contrats d'intermédiation étaient soumis aux règles du contrat de mandat. Selon l'article 332 du Code de commerce terrestre, il y avait quatre modalités du contrat de mandat : la commission, la proposition, le courtage et l'agence d'échange. La distribution pour compte d'autrui s'exécutait à travers ces modalités du contrat de mandat. La distribution pour compte d'autrui s'exécutait à travers le contrat de vente. Ce code de commerce terrestre a été dérogé par le nouveau Code de commerce qui est entré en vigueur en 1972.

⁶⁵ Art. 822 C. com. col. : « *Les principes qui régissent la formation des actes, des contrats et des obligations en droit civil, leurs effets, leur interprétation, leurs modes d'extinction, leur annulation ou leur rescision, sont applicables aux obligations et actes juridiques commerciaux, sauf si la loi en dispose autrement. La preuve en droit commercial est régie par les règles prévues par le Code de la procédure civile, à l'exception des règles spéciales prévues par la loi* ».

⁶⁶ F. Mantilla, « La influencia del Code civil y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano », *op. cit.*, p. 83.

⁶⁷ Il a également introduit le contrat de fiducie (art. 1226 C. com. col.) et les contrats bancaires (art. 1382 et s.).

Ainsi qu'il l'a été observé, « le droit privé colombien a deux sources bien différentes, la première source est française et vient nourrir le Code civil, l'autre source est italienne et nourrit le Code de commerce, si bien que toutes les deux montrent leur tradition romaniste, laquelle se conserve inchangée, nonobstant des disparités que je qualifie d'accidentelles, notamment si l'on compare avec ce qui se passe dans d'autres systèmes »⁶⁸.

22. Jurisprudence. En ce qui concerne la jurisprudence, les arrêts de la Chambre de cassation civile de la Cour Suprême de Justice⁶⁹ colombienne représentent également une source importante de cette étude. Elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction mais sa fonction est de garantir le respect de l'égalité et assurer la bonne application de la loi. Le pourvoi en cassation n'est toutefois admis qu'à de strictes conditions, ce qui explique son caractère exceptionnel en pratique⁷⁰. Les arrêts de la Chambre de cassation civile en matière de distribution sont ainsi peu nombreux en comparaison avec la jurisprudence française, ce qui explique l'absence de réponse de sa part à de nombreuses questions portant sur notre matière. Sur le plan pratique, en raison de la lenteur de la juridiction judiciaire⁷¹, les entreprises se sont en effet tournées vers la justice arbitrale. Les affaires les plus importantes en matière de distribution ont ainsi été traitées dans le cadre d'arbitrages. D'où la nécessité de la prise en compte de certaines sentences d'importance rendues dans notre domaine.

23. Doctrine. S'agissant de la doctrine, les premières études ont porté sur le contrat d'agence commerciale après la promulgation du Code de commerce de 1971⁷². Elles datent surtout des années 1980, après les premiers arrêts de la Cour de cassation colombienne relatifs à ce

⁶⁸ F. Hinestrosa, « Le Code civil de Napoléon, un modèle utilisé en Colombie », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle* (Th. Revet, sous dir.), Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, T. VI, 2005, p. 474.

⁶⁹ Cette qualification ne doit pas prêter à confusion. Il ne s'agit pas d'une Cour Suprême au sens de seule juridiction supérieure dans le système judiciaire de la Colombie, comme c'est le cas aux États-Unis. En effet, à l'instar du droit français, il existe en Colombie une distinction entre les fonctions judiciaire, administrative et constitutionnelle. Ainsi, au sommet de l'organisation judiciaire, on trouve la Cour Suprême de Justice, le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle. La Cour Suprême de Justice se trouve au sommet des tribunaux et des cours d'appel de l'ordre judiciaire. Elle est composée d'une Chambre de cassation civile, une Chambre de cassation pénale et une Chambre de cassation sociale ou du travail. Ainsi, elle peut être rapprochée de la Cour de cassation française, expression que nous emploierons également au sujet de la Cour suprême de justice colombienne.

⁷⁰ Le pourvoi en cassation n'est admis que pour des causes spécifiques et lorsque le montant des prétentions de la partie qui se pourvoit en cassation dépasse un montant équivalent à mille salaires minimums mensuels (arts. 336 et s. Code général de la procédure).

⁷¹ Le délai moyen de traitement des pourvois en cassation est de 3-4 ans.

⁷² Avant cette date, il existait naturellement de travaux relatifs aux contrats élémentaires qui accomplissaient la fonction de distribution des produits, tels que la vente, le mandat ou la commission.

contrat⁷³. Concernant les contrats de concession et de franchise, les premières études doctrinales datent des années 1990⁷⁴. Les analyses relatives aux contrats de distribution se trouvent surtout dans les manuels de contrats spéciaux⁷⁵. Il existe quelques ouvrages spécialisés portant sur le contrat d'agence commerciale, le contrat de franchise⁷⁶ ou les contrats d'intermédiation⁷⁷, mais à ce jour il n'existe pas de manuels de droit de la distribution. À notre connaissance, il n'existe pas non plus de thèses de doctorat spécifiques à ce sujet. De plus, à la différence du droit français, les commentaires d'arrêt sont très rares en droit colombien. La longueur, le caractère doctrinal et le nombre limité des arrêts de la Cour de cassation colombienne à ce sujet, ainsi que l'existence de sentences arbitrales sur cette question expliquent probablement, à tout le moins en partie, le peu d'études doctrinales spécifiques existantes en matière de distribution⁷⁸.

24. Utilité du droit français. En conséquence, il est utile et pertinent de faire appel à la doctrine française qui propose, au contraire, des études abondantes. Elle est d'abord utile parce que le droit français et le droit colombien sont non seulement des droits de racine romaine, mais encore parce que l'une des sources plus importantes du Code civil rédigé par Andrés Bello, qui a été adopté en droit colombien, a été le Code civil français de 1804. Si la réforme du droit français par l'ordonnance 2016-131, ratifiée par la loi n° 2018-237, a introduit des changements importants, l'identité de certaines règles, tout comme la similitude de principes qui gouvernent

⁷³ Par ordre chronologique : H. Cardozo Luna, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 30 ; J.A. Gómez Mejía, *Contratos comerciales*, Editorial Kelly, Bogotá, 1980 ; F. Hinestrosa, « La agencia comercial y figuras afines », in *Escritos varios*, Universidad Externado de Colombia, p. 755 et s. ; J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984 ; E. Gutiérrez Gaviria, « El contrato de agencia mercantil », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 10 ; G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales, negocios de sustitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, T. I., 1985, p. 325-380.

⁷⁴ M. Velilla, « El contrato de franquicia », in *Derecho de la distribución comercial, Homenaje a Hernán Vallejo Mejía*, El navegante editores, Bogotá, 1995, p. 37 et s. ; E. Rengifo, « El contrato de concesión comercial », *op. cit.*, p. 85 et s.

⁷⁵ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 14^e éd., Legis, Bogotá, 2015, p. 5 ; L. Peña, *De los contratos mercantiles nacionales et internacionales*, 5^e éd., Ecoe ediciones, 2014.

⁷⁶ A. Vanegas Santoro, *El contrato de franquicia*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999.

⁷⁷ J. Bonivento Jiménez, *Contratos mercantiles de intermediación*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999.

⁷⁸ À la différence des arrêts de la Cour de cassation française, les arrêts de la Cour colombienne sont longs (ils peuvent comporter facilement une quarantaine de pages et jusqu'à plus de cent pages) et revêtent une forte composante doctrinale dans la mesure où ils mentionnent des explications détaillées des sujets traités, des définitions, des aspects historiques, des explications ou théories esquissées par la doctrine à l'égard de l'institution en cause ainsi que des citations d'auteurs nationaux et étrangers. Ils contiennent également une exposition détaillée des faits de l'espèce, ainsi que des arguments de la décision du tribunal d'appel. Il en va de même des sentences arbitrales qui peuvent comporter facilement une centaine de pages et jusqu'à trois cent pages.

le droit des contrats en France et en Colombie subsistent⁷⁹. Elle est ensuite utile parce qu'il existe des ressemblances importantes dans les deux ordres juridiques concernant le droit de la distribution. À l'instar du droit français, en droit colombien le contrat d'agence commerciale est un contrat nommé, alors que les contrats de concession commerciale et de franchise sont des contrats innommés. En outre, dans aucun des deux pays, il n'existe un chapitre de code ou un code ayant pour objet l'encadrement juridique des contrats de distribution⁸⁰. L'influence du droit français se manifeste également par l'importance accordée à la doctrine française en Colombie, tant en matière de droit des contrats que s'agissant du droit de la distribution. Cette présence française est évidente dès les premières études relatives au contrat d'agence commerciale. Comme nous le verrons, il en va ainsi en particulier de l'affirmation du caractère d'intérêt commun de ce contrat, ainsi que plus généralement de la typologie des contrats de distribution. Également, dans un nombre important de sentences arbitrales, il est possible de trouver des références aux ouvrages de la doctrine française⁸¹. Les études du droit français sont donc fondamentales à l'analyse du droit de la distribution en droit colombien⁸². Pour cette raison, dans le cadre de la présente thèse, les citations de la doctrine française sont fréquentes, non seulement parce que les mêmes notions sont applicables au droit colombien, mais encore parce que la doctrine française a discuté d'aspects que la doctrine colombienne n'a pas encore étudiés. Naturellement, il existe également des différences entre les deux droits. Elles seront relevées lorsque cela est pertinent. Parfois, un regard vers des législations d'autres pays a

⁷⁹ F. Mantilla, « La influencia del *Code civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano », *op. cit.*, p. 81 et s.

⁸⁰ En France, en revanche, il existe des règles, issues de lois spéciales, qui intègrent le Code de commerce et qui sont applicables à certains aspects particuliers des contrats de distribution. En particulier, l'art. L. 330-3 C. com. fr., anciennement art 1^{er} de la loi du 31 de décembre 1989, dite « loi Doubin », qui instaure une obligation d'information précontractuelle. De même, les articles L. 341-1 et L. 341-2 C. com. fr., qui visent les accords au sein d'un réseau, traitent des aspects qui concernent directement la cessation des contrats de distribution (échéance commune des contrats conclus par la tête du réseau, interdiction des clauses de non-concurrence post-contractuelles sauf si elles remplissent certaines conditions) . En Colombie, il n'existe pas de règles portant sur ces aspects.

⁸¹ P. ex., Sent. arb., Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c/ Vecol S.A., 19 mars 1993, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. N. Gutiérrez Sandoval G. Gamboa et C. Vejarano ; Supercar Ltda. c/ Sofasa S.A., 31 mars 1998, Arb. C. Holguín, B. Leyva de Cheer et C. Marín Vélez ; Comcelulares F.M LTDA c/ Comcel S.A., 14 déc. 2006, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. M. Monroy, J.P. Cardénas et J.E. Narvaez.

⁸² La Cour de cassation colombienne, dans les années trente (surnommée alors « la Cour d'or »), s'est caractérisée par d'importantes créations prétoriennes, telles que l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la fraude à la loi et la théorie de l'imprévision. Certaines ont trouvé leur inspiration dans la jurisprudence française. V. J. Padilla, N. Rueda et M. Zafra, « Labor creadora de la jurisprudencia de la Corte de Oro. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas », *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 26, 2014, p. 105 et s. ; D. López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 2004, p. 311 et s.

également été utile ; spécialement le droit italien, le droit allemand, le droit espagnol et le droit argentin.

E. Approche

25. En droit français, la rupture des contrats de distribution a constitué le « cheval de bataille principal des solidaristes »⁸³. À cet égard, M. Mazeaud précise que le domaine d'application des idées solidaristes était celui des contrats, qui répondaient à un triple critère : la durée, l'intérêt commun et la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre. L'auteur ajoute que si une catégorie académique n'est pas discernable, ces critères correspondent à « une réalité contractuelle aisément identifiable, à savoir les contrats de distribution »⁸⁴. Ce courant n'a néanmoins pas pénétré le droit colombien, même si l'on a pu le rapprocher du néo-constitutionnalisme⁸⁵ qu'empreinte la Cour constitutionnelle colombienne qui peut connaître de la matière contractuelle lorsque les droits fondamentaux de l'un des contractants sont concernés⁸⁶. Toutefois, relevons dès à présent que notre travail ne se fonde ni sur une approche solidariste ni sur une approche de nature politique ou économique. Cependant, force est de constater les réflexions intéressantes suscitées par le courant solidariste dans notre domaine⁸⁷. Ces études ont notamment porté sur des aspects qui ont suscité des questions relatives à l'adaptation du droit commun des contrats à l'égard de nouvelles figures contractuelles, notamment celles apparues en droit de la distribution. Pour autant, si les propositions du courant

⁸³ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2013, n° 15, p. 918. V. égal. Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s. *Id.*, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905 et s. ; Ch. Jamin et D. Mazeaud (sous dir.), *La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque du 14 mai 2000 à l'Université de Lille II*, Dalloz, 2003.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ F. Mantilla, « El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia », *Revista chilena de derecho privado*, Santiago de Chile, n° 16, juillet 2011, p. 187 et s. ; M. Fandiño, « El solidarismo contractual - Especial referencia al derecho francés », *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n° 114, juill.-déc. 2007, p. 15 et s.

⁸⁶ La Constitution politique colombienne de 1991 (art. 86) consacre une sorte de procédure de référé constitutionnel (*acción de tutela*) qui permet à toute personne de demander aux juges la protection de ses droits fondamentaux lorsqu'ils ont été violés ou lorsqu'il existe une menace de violation. Dans ce cadre, des litiges en matière contractuelle peuvent éventuellement être connus par la juridiction constitutionnelle.

⁸⁷ À cet égard, V. N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas*, 2011-3, p. 53 : « Et si l'on peut parfois s'agacer de la mode consommée pour le solidarisme – sur lequel il faudra revenir –, il faut rendre à César ce qui lui revient : une formidable capacité d'entraîner et de stimuler la réflexion en droit des contrats, donnant à la matière une approche humaine et bien concrète, loin des terres arides et asséchées de la seule technique juridique », p. 129.

solidariste n'emportent pas la conviction, elles méritent tout de même d'être discutées⁸⁸. Enfin, observons que ce début de XXI^e siècle, riche en discussions doctrinales en France sur la diversification en droit des contrats, a également conduit à conforter l'importance de la technique juridique, mais sans nier les idées politiques que son application peut véhiculer. En effet, comme il l'a été justement relevé, toutes les idées doivent être « traduites avec la plus grande rigueur technique dans l'exposé, dans un souci de cohérence du système en proposant des instruments offrant toute garantie de prévisibilité et efficacité dans l'application »⁸⁹. L'étude de la cessation des contrats de distribution au regard de la technique juridique nous semble ainsi la meilleure voie pour traiter ce sujet.

26. Intérêt pratique du sujet. Une étude illustrant le régime des contrats de distribution aurait pu porter sur la formation⁹⁰, l'exécution et la cessation des contrats de distribution. Pourquoi alors restreindre notre étude à la cessation de ces derniers ? Si les contrats de distribution soulèvent des questions à toutes les étapes de leur existence, les difficultés les plus importantes concernent la fin du contrat. Ainsi, s'agissant de l'étape de leur formation, à la différence du droit français⁹¹, en droit colombien il n'existe pas d'obligation spéciale précontractuelle d'information qui oblige le fournisseur à transmettre certaines informations au distributeur. Au silence de la loi et de la jurisprudence s'ajoute celui de la doctrine, les débats étant inexistantes sur le sujet. Quant à la qualification donnée au contrat par les parties lors de sa conclusion, la question la plus importante qui s'est posée en pratique en droit colombien a été celle de savoir quels contrats pouvaient recevoir la qualification de contrat d'agence commerciale. En réalité, l'intérêt de la qualification ou requalification d'un contrat en contrat d'agence commerciale tenait au régime applicable au moment de la cessation du contrat.

⁸⁸ Pour une vision critique de la courant solidariste : v. not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s. *Id.*, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser*, *op. cit.*, 2012, p. 877 et s.

⁸⁹ Th. Genicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales Association Henri Capitant, T. XVI, Dalloz, 2012, p. 85.

⁹⁰ En droit colombien, à la différence du droit français (art. L. 330-3 C. com. fr.), il n'existe pas d'obligation spéciale précontractuelle d'information qui impose au fournisseur la transmission d'une certaine information au distributeur. Il s'agit d'un aspect qui reste à examiner en droit colombien. Sur ce point, il n'existe pas d'inégalité, mais une inadaptation du droit positif.

⁹¹ Art. L. 330-3 C. com. fr.

27. Sans aucun doute, c'est cette période qui a suscité les plus de difficultés en pratique. Celle-ci se rapporte notamment au régime spécial consacré pour l'agence commerciale, principalement l'attribution d'une indemnité de clientèle. Or, en raison de la définition ambiguë du contrat d'agence commerciale, un important contentieux a émergé impliquant des entreprises de grande renommée, nationales et internationales⁹². On peut en effet relever un nombre très important de litiges soumis à la justice judiciaire et surtout à la justice arbitrale⁹³. La cessation des contrats de distribution a ainsi constitué la période autour de laquelle toutes les discussions ont gravité. Cependant, le contrat d'agence commerciale connaît un déclin progressif depuis les années 1980. À cet égard, un auteur a pu affirmer qu'après la promulgation du Code de commerce de 1971, le mot « agence » est devenu un mot prohibé. Les fournisseurs ont évité l'utilisation de ce terme dans les contrats et différentes dénominations ont été utilisées pour le qualifier⁹⁴. Si la levée du caractère d'ordre public de l'indemnité de clientèle attribuée à l'agent commercial – par un arrêt de la Cour de cassation colombienne en 2011 – a contribué à réduire le contentieux sur cette question, non seulement cette solution peut être discutée, mais encore toutes les difficultés dans notre matière n'ont pas disparu.

28. Outre cette question de l'indemnité de clientèle, il existe d'autres aspects relatifs à la cessation de ces contrats qui revêtent des enjeux importants. Ainsi, que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur, le début de l'opération peut impliquer la réalisation d'investissements importants à la charge du premier ; tandis que le fournisseur est intéressé à la stipulation d'un terme de courte durée incitant le distributeur à obtenir de bons résultats dans l'espoir du renouvellement du contrat. De même, l'espoir des distributeurs de continuer à exécuter le contrat tant que leur activité est rentable peut se heurter aux plans de réorganisation du réseau de distribution envisagés par le fournisseur. En effet, ce que les distributeurs « peuvent craindre aujourd'hui, c'est plutôt la fin du contrat, à courte durée déterminée ou à durée indéterminée. Les pôles intégrateurs se réservent la maîtrise unilatérale de la durée des contrats. Ils peuvent jeter le citron après l'avoir pressé »⁹⁵. On peut en dire tout

⁹² P. ex., s'agissant d'entreprises françaises. Sent. arb., Preparaciones de Belleza S.A. (Prebel) c/ L'Oreal, 23 mai 1997, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján et Francisco Zuleta Holguín ; Supercar Ltda. c/ Sofasa S.A. [assembleur de voitures Renault], 31 mars 1998, Arb. C. Holguín, B. Leyva de Cheer et C. Marín Vélez.

⁹³ On peut compter au moins une cinquantaine de sentences arbitrales relatives à la qualification de contrats conclus entre les opérateurs de téléphonie mobile et leurs distributeurs. V. É. Gonzáles López (dir.) et Luz Mónica Zapata (coord.), *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 664 p.

⁹⁴ Rapp. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos, op. cit.*, p. 233.

⁹⁵ G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 97.

autant de la question des stocks invendus en fin de contrat, qui peuvent représenter une perte significative pour le distributeur. Force est donc de constater la multiplicité d'aspects que renferme cette période de la fin de contrat. Non moins important, la cessation des contrats de distribution est un sujet qui intéresse toute entreprise qui voudrait distribuer ses produits sur le marché colombien.

29. Mises à part les règles spéciales concernant le contrat d'agence commerciale, c'est naturellement le droit des contrats qui a vocation à régir tous les aspects de la cessation des contrats de distribution. Cependant, il peut se révéler, à certains égards, inapte à appréhender de manière satisfaisante les particularités de ces contrats à leur cessation. Naturellement, les juges ont un rôle important à jouer pour adapter l'application du droit commun aux spécificités de ces contrats et pour combler ses lacunes. Cependant, la jurisprudence colombienne fait la plupart du temps preuve de conformisme et ne peut en tout cas faire office de législateur s'agissant de certains aspects qui impliquent un choix de politique législative important. Il n'est pas étonnant alors que certaines législations encadrent quelques aspects ou consacrent des régimes détaillés pour ces contrats⁹⁶. Dans d'autres cas, l'absence d'intervention du législateur en matière de distribution peut être saluée, mais il n'est pas certain que l'absence d'intervention absolue soit heureuse. La question se pose par conséquent de savoir si le paysage du droit positif colombien actuel, composé de différents régimes qui gouvernent la cessation des contrats de distribution, est satisfaisant et, au-delà, si une autre alternative ne se révélerait pas plus opportune.

30. Plan. Puisque notre étude porte sur le régime de cessation des contrats de distribution en droit colombien, nous devons tout d'abord réaliser une exploration du droit positif. Cela nous permettra de mettre en évidence ses faiblesses et ses insuffisances. La balance du droit positif réalisée, nous devons rechercher une voie juridique pertinente qui permette de résoudre les défauts soulignés par un renouvellement de la conception adoptée par le droit positif à l'égard de la cessation des contrats de distribution. Nous devons ainsi exposer le fondement et les

⁹⁶ Si la plupart des pays prévoient le contrat d'agence commerciale, il n'en va pas de même des autres contrats de distribution. Rares sont les pays qui disposent d'une législation spéciale à l'égard des contrats de concession ou de franchise. V., p. ex., en Belgique, loi du 27 juillet 1961, modifiée en 1971, depuis le 31 mai 2014 intégrée dans le Livre X du Code de droit économique, relatif au contrat de concession de vente. V. plus récemment, en Italie, loi n° 129 du 6 mai 2004, relative au contrat d'affiliation commerciale (franchise) ; en droit argentin, Code civil et commercial entré en vigueur 2015, qui consacre les contrats d'agence commerciale, concession et franchise (arts. 1479 et s.). Aux États-Unis, il existe des lois fédérales (*Federal Trade Commission Franchise Rule*) et des lois des États qui régissent la franchise.

moyens qui permettent ce renouvellement (**Première partie**). Ces bases fixées, nous pourrons les mettre en œuvre afin de proposer des solutions qui permettent de construire un régime de la cessation des contrats de distribution (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE : UNE CONCEPTION À RENOUVELER

SECONDE PARTIE : ESSAI D'UN RÉGIME COMMUN DE CESSATION

PREMIÈRE PARTIE

UNE CONCEPTION À RENOUVELER

31. En droit colombien, l'évolution du droit de la distribution est marquée par une législation contrastée. D'une part, la loi colombienne ne réglemente que deux contrats qui s'inscrivent dans la durée et servent à la distribution de produits ou de services : le contrat de fourniture et le contrat d'agence commerciale. Leurs régimes établissent des règles spéciales relatives à l'étape de leur cessation. D'autre part, le législateur n'a cependant pas encadré les contrats de distribution pour compte propre qui se sont développés dans la pratique, à savoir les contrats de concession et de franchise. À partir de ce constat, il est possible d'identifier les traits saillants du droit de la distribution en Colombie. Tout d'abord, différents régimes gouvernent la cessation des contrats de distribution, selon qu'ils disposent d'un régime spécial dans la loi ou non. Dans ce dernier cas, le droit commun est applicable. Ces différences de régime à l'égard de certains aspects de la cessation est contestable à plusieurs égards. De plus, il existe des règles communes, par application du droit commun des contrats, lorsque le régime juridique des contrats reconnus par la loi ne prévoit pas de règles spécifiques à leur rencontre. Or, force est de constater que le droit commun n'est pas toujours adapté à la nature particulière du contrat de distribution. Tant l'application de régimes différents aux contrats de distribution que l'inadaptation du droit commun à certains égards sont contestables, à la fois sur le plan théorique et au regard de la pratique (Titre I). Le bilan de ces régimes de cessation étant peu satisfaisant, une solution doit être recherchée afin de remédier à ces défauts. L'élaboration d'un régime de cessation des contrats de distribution cohérent, visant à supprimer des traitements différenciés injustifiés ainsi que d'établir des règles adaptées à la nature de ces contrats, est en ce sens envisageable (Titre II).

TITRE I

DES RÉGIMES INADÉQUATS DE CESSATION EN DROIT POSITIF

32. En droit colombien, le traitement de la cessation des contrats de distribution n'est pas homogène. D'une part, le législateur a prévu des règles spéciales protectrices régissant les causes et les effets de la cessation du contrat d'agence commerciale. D'autre part, les autres contrats de distribution, tels que les contrats de concession et de franchise, ne trouvent pas de règles spéciales dans la loi. Cette situation manifeste une action différenciée du législateur : alors qu'il est intervenu pour protéger l'agent commercial, il s'est désintéressé des autres contrats de distribution pour lesquels la volonté des parties a donc libre cours. Ce contraste est à l'origine des différences de régime concernant la cessation des contrats de distribution en droit colombien (Chapitre 1). Il existe cependant d'autres aspects de la cessation qui ne font pas l'objet de règles spéciales dans le régime légal de l'agence commerciale. Le droit commun des contrats trouve alors à s'appliquer à l'égard de tous les contrats de distribution. Cependant, puisque ce droit commun est fondé sur la logique d'un contrat échange à durée instantanée, il peut se révéler inadapté pour appréhender les particularités des contrats de distribution, en particulier en ce qui concerne sa protection contre une rupture brusque et l'absence de réponse à la question des stocks invendus en fin de contrat. S'agissant du rôle du juge au regard de ces contrats, son caractère prépondérant en matière de traitement de l'imprévision et de la résolution pour inexécution peut être également discuté (Chapitre 2).

Chapitre 1

La critique de la diversité de régimes

33. Le droit de la distribution en Colombie, comme dans d'autres pays, a subi des transformations majeures pendant le XX^e siècle. Si ces mutations tirent leur origine des progrès techniques atteints durant la seconde moitié du XIX^e siècle, les phénomènes d'augmentation de la production et de la demande de biens de consommation ainsi que l'introduction de nouvelles formes de commercialisation des produits sont surtout palpables pendant la seconde moitié du XX^e siècle. Le passage d'une société d'économie agricole et artisanale à une société commerciale et industrielle s'est réalisé progressivement⁹⁷. Sans doute, les opérations de distribution se sont développées à travers les contrats classiques du mandat et de la vente. Cependant, la création de liens contractuels stables entre fournisseurs et distributeurs a donné lieu à des figures contractuelles nouvelles qui se sont détachées de ces contrats élémentaires. Loin d'une simple répétition de contrats de vente pour compte d'autrui ou de reventes, la fonction économique de ces contrats était différente. Les contrats prévus par le Code civil colombien de 1873⁹⁸ n'étaient pas aptes à appréhender ces nouvelles figures contractuelles. Cela étant, le Code de commerce, promulgué en 1971, a consacré le contrat d'agence commerciale⁹⁹ ainsi que le contrat de fourniture¹⁰⁰ en vue de la production mais également applicable dans le domaine de la distribution¹⁰¹. Parallèlement, le droit de la distribution a été marqué par l'émergence de figures innommées de la distribution pour compte d'autrui. Dans ce contexte, un traitement différencié des contrats de distribution a émergé (Section 1). Les fondements de certaines de ces disparités de régime entre les contrats de distribution¹⁰² doivent toutefois être mis en cause (Section 2).

⁹⁷ Sur les répercussions de l'industrialisation des pays européens en Amérique latine, v. J.-P. Rioux, *La révolution industrielle 1770-1880*, Éditions du Seuil, 2015, p. 134 et s.

⁹⁸ Pour rappel, en 1873 la Colombie a adopté comme Code civil fédéral le Code civil chilien de 1855 rédigé par Andrés Bello. Postérieurement, la Constitution colombienne de 1886, qui a instauré l'organisation d'un État unitaire, a adopté comme Code civil celui qui avait déjà été adopté en 1873.

⁹⁹ C. com. col., arts. 1317 et s.

¹⁰⁰ « Contrato de suministro », qui vient du latin *subministro*, signifiant fournir, procurer, apporter.

¹⁰¹ C. com. col. arts. 968 et s.

¹⁰² Pour rappel, nous utilisons l'expression de « contrat de distribution » pour désigner le contrat par lequel une partie commercialise de manière stable les produits d'un fournisseur sur un marché, indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son compte propre ou pour le compte du fournisseur.

Section 1 : L'existence de règles spéciales propres à l'agence commerciale distinguée d'autres formes de distribution

34. La dualité de régimes gouvernant la période de la cessation des contrats de distribution procède d'une différence entre l'application du régime établi par la loi relativement à l'agent commercial et l'application du droit commun des contrats aux contrats innommés de distribution. Il est tout d'abord nécessaire d'examiner les raisons qui ont étayé l'élaboration du régime de cessation du contrat d'agence commerciale (§1), avant d'étudier les manifestations de ces différences de régime de l'agence commerciale par rapport aux autres contrats de distribution (§2).

§1. La genèse de la distinction

35. À l'instar d'autres pays, le législateur colombien a voulu protéger l'agent commercial lors de son introduction en droit colombien en 1971¹⁰³ (A). Consacrant un régime avantageux, la délimitation de son champ d'application par la définition légale du contrat d'agence commerciale était nécessaire. Cette tâche ne s'est pas accomplie sans difficultés. Les défauts de rédaction du Code de commerce ont donné lieu à des discussions importantes concernant la portée de cette définition fondée sur une approche économique de l'agence commerciale. Le choix d'une conception étroite de ce contrat par la Cour de cassation a exclu de celui-ci les contrats de distribution pour compte propre qui ont émergé dans la seconde moitié du XX^e siècle (B).

A. La consécration d'un régime légal protecteur de l'agent commercial

36. Le Code de commerce colombien promulgué en 1971 est le résultat d'un long processus de rédaction législative qui s'est déroulé pendant les années soixante. Le législateur a alors consacré un régime de l'agence commerciale particulièrement protecteur s'agissant de son

¹⁰³ Avant 1971, le contrat d'agence commerciale n'était pas réglementé par la loi. Le Code de commerce terrestre de 1887 ne le prévoyait pas. Les contrats d'intermédiation étaient soumis aux règles du contrat de mandat commercial consacré par le Code de commerce terrestre. Selon l'article 332 de ce Code, il existait trois modalités du contrat de mandat : la commission, la proposition et le courtage et l'agence d'échange. V. J.A. Arrubla Paucar, « Propuesta para la regulación de la agencia comercial », in *Derecho comercial colombiano*, Colegio de Abogados de Medellín, Medellín, 1985, p. 316.

extinction. À cette époque, dans une économie qui comptait peu d'entreprises nationales d'envergure, l'objectif du législateur était en effet de protéger les agents commerciaux nationaux d'entreprises étrangères puissantes qui auraient pour objectif de les utiliser en tant que simples instruments de pénétration du marché national pour ensuite les délaissier afin de continuer à profiter seules du marché gagné. Il est ainsi possible d'affirmer l'existence de raisons d'ordre politique, aujourd'hui contestables, qui ont justifié ce traitement protecteur (1). Cette approche a eu également des conséquences sur la définition du contrat d'agence commerciale finalement adoptée par le Code de commerce de 1971 (2).

1. L'origine de l'approche protectrice

37. À la différence d'autres législations¹⁰⁴, le législateur colombien n'a pas instauré un statut personnel mais a visé directement le contrat d'agence commerciale. Certes, il s'agit de deux approches différentes - l'une vise un contractant et l'autre le contrat lui-même -, néanmoins le travail des rédacteurs du Code de commerce colombien de 1971 a sans doute été guidé par un souci de protection de l'agent commercial. Cette approche est particulièrement évidente lorsqu'on examine les raisons qui ont conduit les rédacteurs à consacrer une indemnité de clientèle en faveur de l'agent commercial. Pour déceler ces raisons, nous devons examiner le contexte de la période antérieure à la promulgation du Code de commerce colombien de 1971 (a), puis dépasser le cadre de la Colombie afin de discerner l'éventuelle influence de législations étrangères (b).

a. Les raisons du contexte politico-économique

38. Une lecture des antécédents du Code de commerce de 1971 permet d'esquisser le contexte dans lequel la protection en faveur de l'agent commercial a été bâtie. Il importe notamment de mentionner l'avant-projet de Code de commerce de 1958 et une proposition de loi de 1969.

39. En premier lieu, l'avant-projet de Code de commerce élaboré en 1958 par une commission créée par le Ministère de la Justice révèle la justification des règles protectrices

¹⁰⁴ Le droit français (art. 134-1 C. com. fr.) et le droit allemand (§84 HGB) définissent l'agent commercial. En revanche, le droit espagnol (ley 12/1992, art. 1^{er}) et le droit italien (art. 1742 C. civ. it.) définissent le contrat d'agence commerciale.

envisagées en matière de cessation du contrat d'agence commerciale. L'article 1234 de cet avant-projet¹⁰⁵, qui constitue un antécédent immédiat de l'actuel article 1324, al. 2^e, C. com. col.¹⁰⁶, prévoyait le droit de l'agent à une indemnité équitable à la fin du contrat. L'exposé des motifs affirmait que cette règle avait pour objectif d'« éviter la révocation intempestive ou abusive de l'agent commercial et la rétribution de l'enrichissement sans cause de la part du mandant en raison du “good will” acquis en faveur de la marque de son entreprise ou de ses produits grâce aux activités de l'agent »¹⁰⁷.

40. En second lieu, une proposition de loi de 1969¹⁰⁸, qui n'a jamais été concrétisée, établissait un régime particulier en faveur d'une catégorie dénommée « agents représentants d'entreprises ou de produits d'origine étrangère »¹⁰⁹. Le contrat d'agence n'étant pas encore encadré par la loi, le texte employait le vocable « agent » au sens précédemment mentionné. Cette proposition de loi semble toutefois avoir influencé le travail de la commission nommée pour la révision définitive du projet de Code de commerce qui sera promulgué en 1971. Selon son exposé des motifs, la proposition de loi visait les situations dans lesquelles une entreprise étrangère a recours à une entreprise nationale pour l'introduction de ses produits sur le marché

¹⁰⁵ Art. 1234 : « À l'expiration du terme du contrat, ou à sa cessation conformément à l'article précédent s'il est à durée indéterminée, l'agent aura droit à une indemnisation équitable, selon une appréciation par des experts, au titre des efforts réalisés pour accroître la réputation de la marque ou de la gamme de produits ou de services qui font l'objet du contrat ». Il faisait prévaloir le critère de l'équité pour la fixation de cette indemnité, sans prévoir un mode de calcul.

¹⁰⁶ Art. 1324, al. 2^e, C. com. col. : « Outre la prestation indiquée à l'alinéa précédent, lorsque l'entrepreneur révoque ou met fin unilatéralement au contrat, sans juste cause prouvée, il doit payer à l'agent une indemnisation équitable (fixée par des experts) * comme rétribution à ses efforts pour accroître la réputation de la marque, la ligne de produits ou de services qui sont l'objet du contrat ». *L'expression « fixée par des experts » a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle colombienne (C. Const. col., C-990-06, M.R. Alvaro Tafur Galvis). Selon la Cour, l'expert est chargé de donner au juge un avis sur des points techniques ou scientifiques précis, mais son avis ne s'impose pas aux juges. Or, cet article investit les experts du pouvoir de déterminer le montant de l'indemnisation équitable. L'expert se voit donc chargé de la fonction de dire le droit. Or, le législateur ne peut investir un expert de la fonction de rendre la justice, car celle-ci est réservée aux juges et aux autres personnes visées par l'article 228 de la Constitution politique.

¹⁰⁷ Comisión revisora del Código de Comercio, *Proyecto de Código de Comercio*, T. II., Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958.

¹⁰⁸ Congreso de la República, *Anales del Congreso*, 16 sept. 1969, Imprenta Nacional, Bogotá : p. 726. Proposition de loi 27 de 1969 « par laquelle est protégé le capital national et sont établies des règles relatives aux agents représentants d'entreprises ou de produits d'origine étrangère ».

¹⁰⁹ Ils étaient définis comme « les personnes physiques ou morales qui ont à leur charge la fabrication, la distribution ou la vente d'un ou de plusieurs produits sur le territoire national, par le biais d'un contrat de concession moyennant des commissions ou des redevances ». Compte tenu des motifs de la proposition de loi et le fait que le contrat de concession était un contrat inconnu en droit colombien à l'époque, il semble que l'expression de « contrat de concession » faisait référence au droit ou au privilège concédé par une entreprise à une autre pour la fabrication, la distribution ou la vente de ses produits sur un territoire.

colombien. Plus précisément, elle traitait le cas d'une entreprise nationale ayant réalisé, pendant de longues années, d'importants efforts personnels et financiers grâce auxquels les produits d'une entreprise étrangère ont été consolidés sur le marché national et atteint un volume de ventes satisfaisant ; cependant cette dernière décide de résilier ou de ne pas renouveler le contrat en invoquant simplement une clause lui permettant d'agir en ce sens¹¹⁰. L'entreprise colombienne devait alors faire face à une situation économique difficile, voire à la suspension de ses activités ou même à sa faillite¹¹¹.

41. Force est de constater qu'à l'époque antérieure à la promulgation du Code de commerce de 1971, le souci des parlementaires était de protéger les entreprises colombiennes qui ouvraient une part du marché national aux produits d'entreprises étrangères avant d'être évincées après plusieurs années de collaboration¹¹². Or, la protection qui visait en principe les entreprises nationales distribuant des produits d'entreprises étrangères s'étendait en réalité à tous les distributeurs en raison de la portée de la rédaction de ces dispositions. De plus, cette protection concernait les entreprises qui avaient pour objet la fabrication, la distribution ou la vente d'un produit. Ainsi, elle ne cherchait pas à créer un statut protecteur d'un distributeur en particulier mais visait largement toutes les modalités contractuelles par lesquelles un fournisseur pouvait distribuer ses produits sur un marché.

42. Il reste à souligner que le propos du législateur visant à protéger les entreprises nationales, qui sous-tend cette approche protectrice des agents commerciaux, s'inscrivait dans le contexte politique et économique des années soixante durant lesquelles les pays latino-américains ont cherché le développement et la croissance économique à travers l'industrialisation, la substitution des importations ainsi que la création d'un marché commun sur le continent sud-américain¹¹³. Il s'agissait de s'émanciper de la forte emprise des économies des pays

¹¹⁰ Congreso de la República, *Anales del Congreso*, 16 sept. 1969, *op. cit.*, p. 726.

¹¹¹ *Ibidem*. L'exposé des motifs relevait également que cette situation était aggravée du fait de la promulgation de règles relatives au marché des changes qui limitent le transfert de fonds à l'étranger. En effet, à cause de ces limites, les entreprises étrangères avaient des excédents de capital qui leur permettaient d'assumer directement la fabrication ou la vente de leurs produits sur le territoire colombien.

¹¹² V. en ce sens, A. Pérez Vives, « Intermediación o contratos comerciales », in *Comentarios al Código de comercio*, V. I., Colegio de Abogados de Medellín, Medellín, 1980, p. 242. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 14.

¹¹³ Relevons qu'en 1948, le Conseil Économique et Social de l'ONU a fondé la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPAL) ayant pour objectif l'assistance technique en vue de la promotion du développement économique des pays latino-américains. Cette commission a été à l'origine de l'impulsion de l'industrialisation et des substitutions des importations dans les pays latino-américains durant les années soixante, ainsi que la création d'un marché commun latino-américain. Ainsi, la création

industrialisés qui étaient, selon certains, étroitement liée au sous-développement des pays du tiers monde¹¹⁴. À ces raisons de contexte s'ajoute l'influence des législations d'autres pays qui avaient déjà consacré des règles spéciales de protection en faveur de l'agent commercial.

b. L'influence des législations étrangères

43. La protection de l'agent commercial lors de la cessation du contrat a été le souci principal des législations qui l'ont réglementée¹¹⁵. En effet, la figure de l'agent commercial trouve son origine dans les législations européennes, lesquelles se sont caractérisées par la consécration de règles spéciales de protection relatives à la cessation du contrat¹¹⁶. Longtemps avant la promulgation de la Directive 86/653/CEE qui a eu pour objectif le rapprochement et l'harmonisation des systèmes juridiques européens à l'égard de l'agent commercial¹¹⁷, une approche protectrice de ce contractant était déjà présente dans plusieurs législations européennes. Leur influence sur la législation colombienne doit être relevée.

44. Le Code de commerce allemand de 1897, qui a été le premier à prévoir la figure de l'agent commercial (*Handlungsagenten*)¹¹⁸, consacrait déjà des règles spéciales concernant la fin du contrat, à savoir l'exigence d'un préavis de six semaines à la fin du trimestre lorsque le contrat était à durée indéterminée (§92, HGB). Postérieurement, une loi fédérale autrichienne du 24

de la CEPAL « est à l'origine de projets globaux à long terme pour les pays du continent sud-américain, projections qui mettent l'accent sur le décalage grandissant existant entre les pays développés et les pays pauvres, et sur les besoins de croissance des pays les moins nantis pour stopper l'élargissement de ce fossé » (*Encyclopædia Universalis France*, 2018, V^o CEPAL).

¹¹⁴ V. Bernardin-Haldemann, « L'idéologie de la CEPAL », *Études internationales*, Volume 5, n^o 1, 1974, Institut québécois des hautes études internationales, p. 127. *Adde*, p. 132: « La CÉPAL a été créée pour remédier à la situation jugée précaire des économies latinoaméricaines du fait des conséquences de la grande crise d'abord et de la seconde guerre mondiale ensuite ».

¹¹⁵ La notion d'agence n'équivaut pas au terme *agency* en droit américain. L'*agency* est un concept plus général qui fait référence aux relations fiduciaires en vertu desquelles une personne consent à ce qu'une autre agisse pour son compte. V. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, 2006 : « § 1.01. « Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a "principal") manifests assent to another person (an "agent") that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act ».

¹¹⁶ V. M. Camacho López, « El contrato de agencia comercial », *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, n^o 7 (2), déc. 2008.

¹¹⁷ Les considérants de la Directive 86/653/CEE indiquent que le souci majeur était la protection de la liberté d'établissement et des conditions de concurrence pour le bon fonctionnement du marché commun. Ces considérants ne mentionnent pas l'objectif de protection de l'agent commercial.

¹¹⁸ Code de commerce allemand de 1897 : « §84. *Celui qui sans être employé de commerce, est chargé de façon permanente de servir d'intermédiaire dans l'activité commerciale d'un tiers ou de conclure des affaires au nom d'un tiers (agent commercial), doit défendre dans son travail les intérêts du commettant avec l'attention d'un commerçant ordinaire* ».

juin 1921, relative à la situation juridique des agents commerciaux¹¹⁹, a consacré le droit de l'agent commercial, qui était chargé exclusivement ou principalement de recruter une clientèle, à un « juste dédommagement » lorsque le mandant résiliait le contrat avant une durée de trois ans en l'absence d'une faute de l'agent commercial. Plusieurs législations postérieures ont également posé des règles spéciales relatives à la cessation du contrat d'agence commerciale, parmi lesquelles : le Code civil italien de 1942, le droit suisse en 1949¹²⁰, ou encore la réforme du HGB allemand de 1953¹²¹. En droit français, le statut d'agent commercial a été introduit par un Décret du 23 décembre 1958, modifié ultérieurement par la loi du 25 janvier 1991 qui a transposé la Directive 86/653/CEE. Une forme particulière de protection à la fin du contrat avait cependant déjà été accordée au voyageur représentant placier (VRP) par une loi du 18 juillet 1938¹²².

45. Le Code de commerce colombien, et tout particulièrement le régime de l'agence commerciale, s'est inspiré en partie du Code civil italien de 1942¹²³. Ce Code civil établissait des règles spéciales concernant la cessation de l'agence commerciale, notamment l'exigence d'un préavis de résiliation du contrat à durée indéterminée et d'une indemnité à la fin du

¹¹⁹ §25 : « (1) *Si, avant l'expiration d'un délai de trois ans le commettant a résilié le contrat avec l'agent commercial qui était chargé exclusivement ou principalement de recruter une clientèle, sans que l'agent commercial, par son comportement fautif, ait donné au commettant un motif fondé à une résiliation prématurée ou à une dénonciation du contrat, l'agent commercial a droit à un juste dédommagement, s'il en est résulté pour le commettant ou pour son ayant cause des avantages provenant des rapports d'affaires avec la clientèle recrutée, et si ces avantages continuent à exister après la résiliation du contrat.* (2) *Un tel droit doit être exercé sous peine de forclusion dans les trois années qui suivent la fin du contrat* ». (Haut-commissariat de la République française en Autriche, *Code de commerce allemand et autrichien*, trad. par. M. Doucent, 1949, Éd. Pédone, Paris, 1949, p. 338).

¹²⁰ Art. 418-a du Code des obligations, modifié par la loi du 4 févr. 1949, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1950 (RO 1949 813).

¹²¹ Loi du 6 août 1953 qui a modifié le statut de l'agent commercial (*Handelsvertreter*) dans le Code de commerce allemand (HGB). Cette loi a été modifiée par les lois du 29 mai 1967 et du 18 mars 1976. La loi du 23 octobre de 1989 a transposé en droit allemand la Directive 86/653/CCE. Plus récemment, une loi du 31 juillet 2009 a modifié le §89b du HGB.

¹²² Loi du 18 juillet 1937, J.O. 20 juillet 1937 p. 8162, codifié L751 C. tr. fr. N. Ferrier, « Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires du commerce », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 472. L'auteur explique comment l'apparition de la catégorie de l'agent commercial « s'explique historiquement par la volonté d'échapper au statut de VRP et, plus généralement, à l'intégration dans le salariat ».

¹²³ V. A. Ruggieri, « Diritti ed obblighi delle parti », in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti sous dir.), Ipsoa, Milan, 2016, p. 130 : « Una caratteristica peculiare della disciplina italiana dell'agenzia è costituita dal ruolo centrale assunto dalla contrattazione collettiva, caratteristica che avvicina per certi aspetti la disciplina del rapporto di agenzia a quello di lavoro subordinato. (...) Per la categoria degli agenti e rappresentanti di commercio esiste, in Italia, una ormai lunga e radicata tradizione di contrattazione collettiva, a differenza di quanto avviene negli altri paesi dell'Unione europea ».

contrat¹²⁴. Si le même objectif de protection a guidé le législateur colombien, il n'y a pas eu de transposition telles quelles des règles du Code civil italien, probablement parce que les règles du droit italien renvoyaient, pour la fixation du préavis et du montant de l'indemnité de clientèle, aux accords corporatifs relatifs aux agents commerciaux¹²⁵. En effet, d'une part, le législateur colombien n'a pas établi de règles relatives au préavis de résiliation ; d'autre part, concernant l'indemnité de clientèle, il a établi un mode de calcul original inspiré vraisemblablement des règles du droit social colombien¹²⁶. Cela n'est pas étonnant, car l'une des interrogations dans tous les pays à ce sujet a été celle de savoir si les mécanismes protecteurs de l'agent commercial devaient être distingués ou inspirés de ceux du droit social¹²⁷. Cela a été mis en avant par la doctrine allemande, italienne et française¹²⁸. Plus encore, l'approche protectrice a eu une influence sur la définition de l'agence commerciale dans le Code de commerce de 1971.

¹²⁴ La doctrine italienne s'interroge sur le fait de savoir si historiquement l'agence commerciale émane de la figure du commissionnaire ou du salarié. V. G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia (art. 1742-1753), Commentario del codice civile*, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna, 1970, p. 8.

« La disciplina del contratto di agenzia trova il suo modello, come tra poco ricorderemo, in quella del contratto di lavoro, e del contratto di lavoro impiegatizio in particolare (...) ». Rapp., en droit français, N. Ferrier, « Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires du commerce », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 472 : « En effet, l'apparition de cette catégorie d'intermédiaire de commerce [l'agence commerciale] s'explique historiquement par la volonté d'échapper au statut de VRP et, plus généralement, à l'intégration dans le salariat. La suite a pourtant montré que le statut de VRP a inspiré celui de l'agent commercial, au point d'entraîner un rapprochement, voire un dépassement du second par le premier ».

¹²⁵ L'article 1750 C. civ. it. original, indiquait : « *Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dandone preavviso all'altra nel termine stabilito dalle norme corporative o dagli usi. Il termine di preavviso può essere sostituito dal pagamento di una corrispondente indennità* ». L'article 1751, al. 1^{er} (original), indiquait : « *Se il contratto a tempo indeterminato si scioglie per fatto non imputabile all'agente, il preponente è tenuto a corrispondergli un'indennità proporzionale all'ammontare delle provvigioni liquidategli nel corso del contratto e nella misura stabilita dalle norme corporative, dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità* ».

¹²⁶ Le Code du travail colombien consacre une « prime de services » en faveur du salarié. Elle est due par année de travail (12 mois) et correspond au montant d'un salaire mensuel du salarié. La ressemblance avec le droit attribué à l'agent commercial par l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col. est manifeste. Cet article indique : « *Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation l'agent a droit au payement par le mandant d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années]* ».

¹²⁷ V. récemment, N. Ferrier, « Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires du commerce », *op. cit.*, p. 471 et s.

¹²⁸ V. A. Hueck, « La Riforma del diritto del rappresentante di commercio in Germania », *Rivista del diritto commerciale*, T. 39, I, Band, 1941, p. 143 et s.

2. L'incidence de l'approche protectrice sur la définition de l'agence commerciale

46. La rédaction du Code de commerce colombien de 1971 n'a pas été exempte de vicissitudes. Celui-ci est le produit du travail de plusieurs commissions chargées de le rédiger. Or, la période de sa rédaction a été caractérisée par un empressement dans la tâche de révision finale du projet en raison de l'échéance des pouvoirs extraordinaires accordés au Président de la République pour la promulgation du Code de commerce¹²⁹. La définition large de l'agence commerciale qui a été retenue laisse entrevoir une volonté de protéger le plus grand nombre d'entreprises dont l'activité était la promotion des produits d'un fournisseur (a). La rédaction qui a vu le jour est toutefois remplie d'ambiguïtés qui ont suscité des discussions importantes et fait couler beaucoup d'encre dans les années postérieures (b).

a. La définition du contrat d'agence commerciale

47. L'avant-projet du Code de commerce de 1958 définissait le contrat d'agence commerciale de la façon suivante : « Par le contrat d'agence commerciale, une personne assume de manière indépendante et stable la charge de promouvoir ou d'exploiter, pour le compte d'autrui¹³⁰, des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée ». Cette définition était inspirée de celle du Code civil italien de 1942¹³¹ mais à la différence de celle-ci, qui prévoyait la charge de promouvoir la « conclusion des contrats », l'avant-projet indiquait plus largement l'obligation de promouvoir « des affaires ». La définition était donc focalisée sur l'activité économique de promotion de produits et non sur le résultat juridique de cette activité, soit la conclusion de contrats. Elle établissait également que l'agent commercial agissait pour le compte de l'entrepreneur.

¹²⁹ Le Code de commerce a été promulgué par le Président de la Colombie en vertu du Décret (équivalent à une ordonnance) n° 410 de 1971 du 27 mars 1928. En effet, la loi n° 16 du 28 mars 1968 avait conféré des pouvoirs extraordinaires au Président pour une durée de trois ans, « pour que, après une révision finale réalisée par une commission d'experts en la matière, soit adopté et promulgué le projet de loi relatif au Code de commerce qui a été soumis au Parlement ». Le Code de commerce a donc été promulgué un jour avant l'échéance des facultés extraordinaires conférées au Président.

¹³⁰ Nous soulignons.

¹³¹ Art. 1742, al. 1^{er} C. civ. it. : « Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata ».

48. Puis, une commission désignée en 1968¹³², chargée de la révision définitive du projet de Code de commerce, a discuté et modifié la définition de l'avant-projet de 1958. Ainsi, le texte définitif de l'article 1317 C. com. col. indique, jusqu'à ce jour, que : « *Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable la charge de promouvoir ou d'exploiter des affaires¹³³ dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits. La personne qui a assumé cette obligation est génériquement dénommée agent* ».

49. Notons qu'au moment où se réunissait la Commission de révision désignée par le gouvernement, a été soumise au Parlement la proposition de loi 27 de 1969 « *par laquelle est protégé le capital national et sont établies des règles relatives aux agents représentants d'entreprises ou de produits d'origine étrangère* »¹³⁴. Celle-ci prévoyait un régime particulier en faveur d'une catégorie dénommée « agents représentants d'entreprises ou de produits d'origine étrangère », qui étaient définis par son article 2 comme « *les personnes physiques ou morales qui ont à leur charge la fabrication, la distribution ou la vente d'un ou de plusieurs produits sur le territoire national, par le biais d'un contrat de concession¹³⁵ moyennant des commissions ou des redevances* ». Le Parlement colombien n'a pas donné suite à cette proposition, mais l'a envoyée à la Commission de révision du Code de commerce pour son

¹³² Le Code de commerce de 1971 a été le fruit d'un processus d'élaboration complexe. En 1953, une première commission a été nommée pour la rédaction d'un projet de Code de commerce. À la fin de l'année 1954, une autre commission a été créée et son travail a abouti, en 1958, à un projet de Code de commerce qui a été publié par le Ministère de la Justice (Comisión Revisora del Código de Comercio, *Proyecto de Código de comercio*, II Tomes, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958). Ce projet a été soumis au Parlement, mais ce dernier n'y a pas donné suite en raison des difficultés pour discuter d'un texte si volumineux et détaillé. En 1968, le Parlement colombien a conféré au Président des pouvoirs extraordinaires pour la promulgation du projet de Code de commerce qui avait été présenté antérieurement, sous réserve d'une révision préalable par une commission d'experts. Le Gouvernement a ainsi désigné une commission qui a été chargée de rédiger le texte définitif du Code de commerce en prenant en considération le projet de 1958. Cette commission a travaillé pendant trois ans et a fait des changements importants au projet publié en 1958. Le nouveau Code de commerce a été promulgué le 27 mars 1971.

¹³³ L'article indique la « promoción de negocios ». Les termes *negocio* en espagnol, *negozio* en italien et le mot négoce en français viennent du latin *negotium* (mot composé *nec* (non) et *otium* (loisir) : « choses à faire », affaire, occupation. En français, *négoce* désigne l'affaire ou l'occupation et l'activité d'échange ou de commerce. (*Trésor de la Langue Française informatisé* - <http://www.atilf.fr/tlfi>). C'est un terme vieilli, tombé en désuétude (*Le Petit Robert de la langue française*, 2017). Pour désigner l'occupation ou l'activité économique d'une personne, il est désormais plus exact d'utiliser le mot *affaire*.

¹³⁴ Congreso de la República, *Anales del Congreso*, 16 sept. 1969, Imprenta Nacional, Bogotá, p. 726.

¹³⁵ Compte tenu des motifs de la proposition de loi et du fait que le contrat de concession était un contrat inconnu en droit colombien à l'époque, il semble que l'expression « contrat de concession » faisait référence au droit ou au privilège concédé par une entreprise à une autre pour la fabrication, la distribution ou la vente de ses produits sur un territoire.

examen et sa considération¹³⁶. L'exposé des motifs de cette proposition de loi mentionnait qu'elle prenait modèle sur des lois de Porto Rico et de la République Dominicaine¹³⁷. Ces dernières se caractérisaient par le fait qu'elles contenaient une définition très large du contrat de distribution (Porto Rico)¹³⁸ ou de concession (République Dominicaine)¹³⁹. Leurs définitions comprenaient la distribution des produits pour compte propre et pour le compte d'autrui et ne différenciaient pas l'agence d'autres formes de distribution¹⁴⁰. Dans un souci de protection, elles mentionnaient toutes sortes de dénominations des parties au contrat (distributeur, concessionnaire, agent, représentant, commissionnaire) pour accroître leur champ d'application. Ces définitions étaient imprécises et ambiguës et le manque de technique législative était manifeste. Ces lois établissaient également un régime très protecteur en faveur du distributeur lors de la cessation du contrat. Tous ces éléments révèlent que ces législations

¹³⁶ H. Cardozo, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 16.

¹³⁷ Loi 75 de 1964 de Porto Rico et loi 173 de 1966 de la République Dominicaine.

¹³⁸ Loi 75 de 1964 de Porto Rico, art. 1^{er}, b) : « *Contrat de distribution : C'est la relation établie entre un distributeur et un principal ou un concédant par laquelle, sans importer comment les parties nomment, caractérisent ou formalisent cette relation, le premier assume la charge réelle et effective de la distribution d'un produit ou de fournir un service moyennant une concession ou une franchise sur le marché de Porto Rico* ». (b) Contrato de distribución: relación establecida entre un distribuidor y un principal o concedente, mediante la cual, e irrespectivamente de la forma en que las partes denominen, caractericen o formalicen dicha relación, el primero se hace real y efectivamente cargo de la distribución de una mercancía, o de la prestación de un servicio mediante concesión o franquicia, en el mercado de Puerto Rico.

¹³⁹ Loi n° 173 de 1966 de la République Dominicaine, art. 1^{er} : « *a) Concessionnaire : Personne physique ou juridique qui s'occupe dans la République de promouvoir ou de faire les démarches de la distribution, la vente de produits ou de services, la location ou n'importe quelle autre forme de commercialisation, d'exploitation de marchandises ou de produits d'origine étrangère et les services concernant ces démarches ou lorsque ceux-ci sont fabriqués en République Dominicaine, soit en agissant en tant qu'agent, représentant, commissionnaire, concessionnaire ou sous une autre dénomination. b) Contrat de concession : toute forme de relation établie entre un concessionnaire et un concédant par laquelle le premier réalise dans la République les activités mentionnées à l'alinéa a) de cet article* ».

¹⁴⁰ H. Cardozo, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 16. L'auteur indique que la proposition 27 de 1969 s'est également inspirée de la législation du Panama. Le décret 344 de 1969, par lequel sont réglementées « la représentation, l'agence et/ou la distribution des produits ou des services d'un fabricant ou d'entreprises étrangères ou nationales dans la République de Panama », posait dans son article 1 : « *On doit comprendre par agent et/ou distributeur autorisé les personnes physiques ou morales qui, moyennant un document écrit, ont été désignées par un fabricant ou une entreprise pour la représentation, l'agence et/ou la distribution de produits ou de services déterminés (protégés ou non par une marque) dans le territoire de la République et qui sont légalement inscrits auprès de l'autorité compétente (...)* » ; et dans son article 2 : « *Nonobstant l'article précédent, les personnes physiques ou morales légalement habilitées qui présentent des documents et des preuves relatifs au fait qu'elles ont assumé la charge de la représentation, de l'agence ou de la distribution de produits ou de services déterminés d'un fabricant ou d'une entreprise dans le territoire de la République, seront considérées, pour tous les effets légaux, comme les représentants, les agents ou les distributeurs autorisés desdits produits ou services* ».

avaient été instaurées dans l'objectif d'appréhender toutes les relations de distribution et d'accorder au distributeur une protection au plus haut degré¹⁴¹.

50. À la lumière de ce qui vient d'être relevé, un constat s'impose : le texte de l'avant-projet de Code de commerce de 1958, inspiré de la législation italienne, a été modifié en prenant pour modèle la définition contenue dans la proposition de loi 27 de 1969¹⁴². Ainsi, après l'idée initiale de consacrer l'agence commerciale comme un contrat par lequel l'agent commercial agit pour le compte d'autrui, la Commission de rédaction a incorporé des éléments d'autres législations fortement protectrices qui portent une approche plus large, visant la fonction économique accomplie par le distributeur sans s'intéresser à l'individualisation de types contractuels ni à la distinction entre la distribution pour compte propre et pour compte d'autrui¹⁴³. La définition définitive du Code de commerce colombien souffre ainsi des mêmes défauts d'imprécision et de manque de technique législative que les législations centraméricaines dont il s'est aussi inspiré. L'intérêt majeur de la définition était évidemment l'attribution de l'indemnité de fin de contrat pour les opérations qu'elle recouvrait. Ces défauts ont donné lieu à des difficultés liées à l'interprétation de cette définition.

b. Les incertitudes de la définition de l'agence commerciale

51. Les contradictions dans la rédaction finale du Code de commerce sont notables. D'une part, le texte définitif a établi une définition large de l'agence commerciale fondée sur une approche économique : l'activité de promotion. Le législateur a également supprimé l'expression « pour le compte d'autrui » qui figurait dans l'avant-projet de 1958 et a recensé les diverses modalités d'intervention de l'agent commercial. Il peut ainsi agir « *en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits* »¹⁴⁴. Mais, d'autre part, le contrat d'agence

¹⁴¹ V. l'exposé des motifs de la loi 75 de 1964 de Porto Rico et la loi 173 de 1966 de la République Dominicaine.

¹⁴² H. Cardozo, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴³ V. M. Ortega Jaramillo, « Algunas reflexiones sobre el contrato de agencia comercial », in *La distribución comercial en un mercado global*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2013, p. 21. L'auteur souligne le mélange de législations très différentes : d'une part, les législations européennes où l'agence commerciale est un mandat ; d'autre part, les législations où prévaut un critère idéologique protecteur qui est réticent aux investissements étrangers.

¹⁴⁴ Nous soulignons.

commerciale a été placé dans le Titre VIII relatif au contrat de mandat¹⁴⁵. Ces ambiguïtés portent en germe toutes les difficultés liées à l'interprétation de la définition légale.

52. Concernant les modalités d'intervention de l'agent commercial, si l'on peut comprendre facilement que ce dernier puisse agir comme représentant d'un fournisseur et interpréter que la répétition du terme « agent » fasse référence à son activité lorsqu'il n'est pas investi d'un pouvoir de représentation, plus délicate est la question de savoir comment un agent commercial peut agir en tant que fabricant¹⁴⁶ ou distributeur des produits d'un fournisseur sans dénaturer la conception de l'agence commerciale en tant que modalité de mandat (le mandataire agissant pour le compte du mandant)¹⁴⁷. Relevons à cet égard qu'il apparaît dans les procès-verbaux de la Commission de rédaction que ses membres ont reconnu que le contrat de distribution et le contrat d'agence commerciale étaient des figures juridiques différentes. Néanmoins, ils ont admis qu'un distributeur pouvait également être l'agent commercial d'un fournisseur, c'est-à-dire avoir une double qualité à l'égard d'un même fournisseur. En particulier, une discussion dans l'acte n° 215 de la Commission portait sur la question de savoir s'il était nécessaire d'indiquer, dans la rédaction finale du Code de commerce, que le distributeur pouvait être également un agent commercial mais que tout distributeur n'était pas nécessairement un agent commercial du fournisseur¹⁴⁸. S'il est hasardeux de vouloir dégager une conclusion des procès-verbaux de la Commission de rédaction du Code de commerce tant ils sont incomplets¹⁴⁹ et

¹⁴⁵ Observons que la définition est inspirée en partie du Code civil italien, mais qu'en droit italien, le contrat d'agence commerciale n'est pas une modalité du contrat de mandat. En effet, il est situé dans le Titre III relatif aux « singuli contratti », Chapitre X : « Del contratto di agenzia », c'est-à-dire dans un chapitre indépendant du chapitre relatif au contrat de mandat (IX : « Del mandato »). V. J. Arrubla Paucar, « Propuesta para la regulación de la agencia comercial », *op. cit.*, p. 320 et s.

¹⁴⁶ Certes, il se peut notamment qu'une entreprise étrangère conclue un contrat avec une autre pour la fabrication de ses produits et leur distribution postérieure sur le marché national. Cependant, dans ce cas, ce qui compte pour la qualification du contrat d'agence commerciale est l'activité de distribution des produits, indépendamment du fait de savoir si, auparavant, l'entreprise de l'agent a assumé également la charge de la fabrication des produits du fournisseur. Il y a un défaut de technique législative à cet égard.

¹⁴⁷ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 51. L'auteur, en tenant compte des actes de réunion de la commission de révision du Code de commerce désignée en 1968, indique qu'au sein de la commission, certains membres défendaient l'idée de mentionner le « distributeur », car dans certaines hypothèses, un agent peut être un distributeur *stricto sensu*. D'autres membres ont demandé le retrait du mot « distributeur », en invoquant la distinction entre l'agent (qui agit pour le compte d'autrui) et le distributeur (qui agit pour son propre compte).

¹⁴⁸ Naturellement, on doit situer la discussion à une époque où le contrat d'agence commerciale n'était pas connu de la législation et où les termes utilisés dans la pratique pour distinguer les entreprises qui accomplissaient une fonction de distribution de produits étaient imprécis. A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 135.

¹⁴⁹ Un auteur dénonce le fait que tous les actes des discussions au sein du Comité créé pour la rédaction de la version définitive du Code de commerce n'ont pas été publiés. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., 2012, Legis, Bogotá, p. 239.

d'une qualité de transcription déficiente, ils laissent à tout le moins percevoir que pour ses membres les qualités d'agent commercial et de distributeur pour compte propre n'étaient pas incompatibles¹⁵⁰. En effet, ce dernier peut réaliser une activité de promotion et d'exploitation des produits du fournisseur. Cela pourrait expliquer la référence au distributeur dans la mention des modalités de l'agence commerciale à l'article 1317 C. com. col. À cela s'ajoute l'article 1330 C. com. col., qui prévoit que les règles relatives aux contrats de fourniture¹⁵¹, de mandat et de commission s'appliquent, lorsque cela est pertinent, à l'agence commerciale¹⁵². La mention du contrat de fourniture accroît néanmoins les hésitations dans la mesure où celui-ci implique l'acquisition des produits par le distributeur.

53. Cette approche économique de la définition de l'agence commerciale laisse apparaître la volonté des rédacteurs du Code de commerce d'englober tous les commerçants chargés de la promotion des produits d'un fournisseur, indépendamment de la modalité de leur action. L'ampleur de la définition révèle ainsi une certaine volonté de faire bénéficier au plus grand nombre de distributeurs les règles de nature protectrice établies dans le régime. Cependant, cette volonté est marquée par des équivoques et des contradictions dans la mesure où le contrat d'agence commerciale constitue une modalité du contrat de mandat. Une telle approche protectrice de l'agence commerciale, qui se manifeste dans les règles légales que nous examinerons postérieurement, marque une différence importante avec les règles de droit commun applicables aux contrats de distribution qui ne sont pas compris dans la définition légale de l'agence commerciale.

B. L'inaptitude de l'agence commerciale à appréhender les contrats de distribution pour compte d'autrui

54. Rappelons que l'article 1317 C. com. col. dispose : « Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable la charge de

¹⁵⁰ Ministerio de Justicia, *Actas para la revisión del Código de Comercio*, 1971, Acta n° 2015.

¹⁵¹ Selon l'article 973 C. com. col., le contrat de fourniture est le contrat par lequel « une partie s'oblige, en échange d'une contreprestation, à réaliser en faveur d'une autre, de façon indépendante, des prestations périodiques ou continues de choses ou services ».

¹⁵² L'avant-projet de Code de commerce de 1958 établissait, dans le dernier alinéa de l'article 1228 relatif au contrat d'agence commerciale : « Les clauses de fourniture, d'exclusivité et de préférence, incorporées à un contrat d'agence, sont régies par les articles 777 et suivants [relatifs au contrat de fourniture] ». Cet article laissait entendre que dans un contrat d'agence commerciale, les parties pouvaient stipuler une clause de fourniture de produits, c'est-à-dire une obligation de l'agent d'acquiescer les produits du fournisseur. Ce texte n'a cependant pas été repris dans la version définitive du Code de commerce.

promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits. La personne qui a assumé cette obligation est génériquement dénommée agent ». Les ambiguïtés de cette définition légale du contrat d'agence commerciale ont donné lieu à une interprétation ambivalente. Ainsi, une conception large de l'agence commerciale a-t-elle été proposée par certains auteurs (1), alors qu'une conception opposée, que l'on peut qualifier d'étroite, a été adoptée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine (2).

1. Le rejet d'une conception large de l'agence commerciale

55. Il importe d'examiner en premier lieu les arguments avancés par certains auteurs pour soutenir une conception large de l'agence commerciale en droit positif (a), avant de les réfuter (b).

a. Les arguments

56. La genèse et la littéralité de la définition de l'agence commerciale attestent l'idée de la Commission de rédaction du Code de commerce de consacrer une conception large de ce contrat. Ce texte a également permis à une partie minoritaire des auteurs de retenir une interprétation large de la définition. Les opinions de ces auteurs ne sont pour autant pas homogènes¹⁵³. Les distributeurs qui acquièrent la propriété des produits ont également eu intérêt à soutenir cette conception large pour obtenir la reconnaissance de l'indemnité de fin de contrat due à l'agent commercial. Si la Cour de cassation colombienne n'a jamais adopté cette conception, sa jurisprudence n'a pas été exempte d'ambiguïtés à ce sujet¹⁵⁴.

57. Tout d'abord, un examen des termes de la loi permet de constater que les règles relatives à l'agence commerciale n'utilisent pas les mots « mandat », « mandataire » et « mandant ». À

¹⁵³ V. E. Gutiérrez Gaviria, « El contrato de agencia mercantil », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 10 ; I. Bernal Sanín, « El suministro : un contrato y también una realidad comercial », *Revista Foro del Jurista*, n° 16 ; Chambre de commerce de Medellín, Medellín, 1995, p. 127 ; G. De Greiff, « Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil », *Derecho colombiano*, T. XLVIII, nov. 1983, p. 406 ; J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos, op. cit.*, p. 227 et 231. Comp. A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ámbito jurídico*, 17 janvier 2012.

¹⁵⁴ *Infra* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, B, 2, b., ii.

la différence des définitions du contrat de commission (art. 1287 C. com. col.) ou du contrat de préposition (art. 1332 C. com. col., équivalent au contrat de gérance-mandat en France), qui indiquent qu'ils sont une « modalité de mandat », la définition de l'agence commerciale omet cette mention¹⁵⁵. Ensuite, à la différence de la définition du contrat d'agence commerciale dans d'autres législations, celle du droit colombien ne se concentre pas sur des éléments juridiques¹⁵⁶. Elle ne précise ni si l'agent commercial agit pour le compte d'autrui ni que son activité consiste dans la négociation ou la conclusion de contrats ou d'actes juridiques¹⁵⁷. Le législateur colombien a modelé la définition de l'agence commerciale sur un critère matériel et une approche plus économique¹⁵⁸. L'obligation essentielle de l'agent commercial en droit colombien est celle de « *promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national* ». De ce fait, la définition pourrait couvrir, selon ces auteurs, non seulement les distributeurs qui agissent pour le compte d'autrui, mais également ceux qui agissent pour leur propre compte. Il en irait ainsi lorsque l'agent commercial agit en tant que distributeur en acquérant la propriété des produits¹⁵⁹. En outre,

¹⁵⁵ En vertu du dernier alinéa de l'article 1317 C. com. col. : « *La personne qui reçoit cette charge est dénommée génériquement agent* ». Dans les règles relatives à l'agence commerciale, le législateur utilise le terme d'« entrepreneur » et non celui de « mandant », ce qui peut laisser entendre la volonté de ce dernier de ne pas assimiler les parties au contrat d'agence commerciale à un mandataire et à un mandant.

¹⁵⁶ L'article 1317 C. com. col. indique « *la promotion et l'exploitation des affaires* », qui sont des actes matériels. Cela ne correspond pas à la définition classique du contrat de mandat qui vise la conclusion d'actes juridiques pour le compte d'autrui, ce qui pourrait conduire à exclure la nature de mandat de l'agence commerciale. Cependant, il convient de noter que l'article 1262 C. com. col. prévoit que le contrat de mandat commercial « *est un contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui* ». L'expression « actes de commerce » pouvant comprendre des actes juridiques et des actes matériels, la nature de mandat de l'agence commerciale ne peut être exclue à cet égard. Rapp. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial, op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁷ Comp. art. L. 134-1 C. com. fr. (« *négozier et, éventuellement, de conclure des contrats* ») et l'art. 1742 C. civ. it. (« *l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti* »).

¹⁵⁸ CSJ, chambre civile, 28 févr. 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 7504 : « Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo– a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego– ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él– por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso » ; 20 oct. 2000, M.R. José Fernando Ramírez, n° 5497 : « (...) pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos ».

¹⁵⁹ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos, op. cit.*, p. 227 : « Si además de la actividad promocional, tiene el encargo de distribuir uno o varios productos del empresario, necesariamente se debe realizar un contrato de cambio que puede ser la compraventa, o por la duración del contrato un suministro, que no es otra cosa que una compraventa repetida en el tiempo y con regulación especial, tratándose, claro está, del suministro de cosas y no de servicios ».

l'article 1330 C. com. col. indique que les règles relatives aux contrats de fourniture¹⁶⁰, de mandat et de commission s'appliquent, si elles sont pertinentes, à l'agence commerciale.

58. Pour soutenir l'interprétation large de la définition, il a également été relevé que l'agence commerciale conçue comme une modalité de mandat pour le compte d'un tiers est limitative des possibilités envisagées par les rédacteurs du Code de commerce¹⁶¹. Cette lecture, puisqu'elle laisse de côté la prestation essentielle du contrat d'agence commerciale¹⁶², serait contraire à la lettre de l'article 1317 C. com. col. En effet, le législateur de 1971 aurait conçu l'agence commerciale comme un contrat qui permet de charger un commerçant de la promotion et de l'exploitation des affaires d'un fournisseur, par la voie de la représentation, de la fabrication ou de la distribution de produits¹⁶³. Partant de cette idée, l'agent commercial peut agir également comme distributeur en acquérant la propriété des produits et en assumant les risques liés à leur revente. Il se peut également que deux entreprises concluent un contrat par lequel la première charge l'autre non seulement de la fabrication ou de l'assemblage des produits de sa marque (moyennant des prestations relatives à un savoir-faire, des brevets, l'assistance, l'utilisation de la marque), mais également de la promotion et de la mise de ces produits sur le marché pour son propre compte. Ces contrats s'inscriraient dans la définition légale de l'agence commerciale¹⁶⁴. En revanche, une conception étroite oblitérerait la dernière partie de la définition du contrat d'agence commerciale, selon laquelle l'agent peut agir « *en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits* ».

59. Précisons que selon cette position, la seule vente en vue de la revente ou la fourniture en vue de la revente ne suffisent pas à caractériser un contrat d'agence commerciale. Encore faut-il que le distributeur exerce une activité de promotion en vue de conquérir une clientèle en faveur des produits du producteur dans la mesure où cela constitue la prestation essentielle du

¹⁶⁰ Art. 968. C. com. col. Le contrat de fourniture (*suministro*) est le contrat par lequel « *une partie s'oblige, en échange d'une contreprestation, à réaliser, en faveur d'une autre, de façon indépendante, des prestations périodiques ou continues de choses ou de services* ».

¹⁶¹ A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *op. cit.*

¹⁶² J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁶³ A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *op. cit.* ; E. Gutiérrez Gaviria, « El contrato de agencia mercantil », *op. cit.*, p. 10. G. De Greiff, « Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil », *op. cit.*, p. 406.

¹⁶⁴ V. E. Gutiérrez Gaviria, « El contrato de agencia mercantil », *op. cit.*, p. 10.

contrat d'agence commerciale¹⁶⁵. Pour certains auteurs, les parties doivent stipuler l'obligation de promotion, voire accorder une rémunération additionnelle¹⁶⁶. Pour d'autres, il n'est pas nécessaire de prévoir expressément cette obligation, mais elle peut émerger de l'exécution du contrat¹⁶⁷. Il se pourrait ainsi qu'un distributeur qui a acheté les produits du fournisseur en vue de la revente devienne un agent commercial s'il démontre l'émergence de cette obligation en cours d'exécution du contrat. L'article 1331 C. com. col., qui consacre l'agence commerciale de fait, serait applicable dans cette hypothèse¹⁶⁸.

60. L'accueil de cette conception large aurait des conséquences considérables sur la pratique de la distribution. Le contrat d'agence commerciale appréhenderait les contrats par lesquels une entreprise assume de manière stable et permanente la promotion ou l'exploitation des produits

¹⁶⁵ E. Gutiérrez Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, 3^e éd., Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 1989, p. 303. *Adde.* *Derecho comercial*, Editorial Colección Jurídica Bedout, Medellín, p. 78 ; I. Bernal Sanín, « El suministro : un contrato y también una realidad comercial », *Revista Foro del Jurista*, n° 16, Chambre de commerce de Medellín, Medellín, 1995, p. 127 ; De Greiff, « Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil », *op. cit.*, p. 412.

¹⁶⁶ Pour un avis nuancé, v. l'ex-magistrat J. Tamayo Jaramillo qui, dans une « clarification d'opinion » à propos de l'arrêt de la CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianneta, n° 4701, affirme qu'un distributeur qui acquiert les produits du fournisseur peut assumer également l'obligation de promouvoir les produits de ce fournisseur. Il ajoute que pour admettre l'existence d'un contrat d'agence commerciale dans cette hypothèse, l'obligation de promotion des produits du fabricant doit être accordée et rémunérée indépendamment de la marge bénéficiaire que reçoit le distributeur pour la vente des produits. Note : La Chambre civile de la Cour de cassation colombienne est composée de sept magistrats. Les arrêts sont adoptés à la majorité simple. Les magistrats ont le droit d'émettre une « clarification d'opinion » (*aclaración de voto*) ou une « dissidence d'opinion » (*salvamento de voto*), lesquelles sont adjointes à l'arrêt et publiées avec lui. Dans le premier cas, le magistrat partage la solution donnée au litige, mais n'est pas d'accord avec certaines considérations de l'arrêt ou veut apporter des éclaircissements sur son sens. Dans le second cas, le magistrat n'étant pas d'accord avec la solution donnée au litige, exprime les raisons de son désaccord.

¹⁶⁷ V. J. Suescún Melo, « Comentarios sobre el contrato de agencia comercial », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. II. 2^e éd., Legis, Bogotá, 2003, p. 465. V. égal. Sent. arb., Faro Publicidad c/ El Colombiano, 1er sept. 1999, Chambre de commerce de Medellín, arb. : Ignacio Sanín Bernal, Beatriz María Arango et Fernando Ossa Arbeláez.

¹⁶⁸ E. Gutiérrez Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, *op. cit.*, p. 303. L'article 1331 C. com. col. indique : « À l'agence de fait s'appliquent les règles de ce Chapitre ». En vertu de l'« agence commerciale de fait », les règles de l'agence commerciale sont applicables à toute relation par laquelle une personne assume, de manière indépendante et stable, l'obligation de promouvoir ou d'exploiter les affaires d'autrui dans une branche d'activité et dans une zone préfixée. La règle est applicable lorsque les parties concluent un contrat qui réunit les éléments de l'agence commerciale, mais qu'elles lui ont donné une autre dénomination (V. A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, *op. cit.*, p. 190). Allant au-delà, un auteur affirme qu'elle recouvre également les situations dans lesquelles, n'existant pas un accord de volontés, l'activité d'une personne débouche sur la conquête d'un marché en faveur d'une autre (J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, *op. cit.*, p. 258 et s.). Une règle de cette nature est spécialement utile lorsqu'est en jeu l'application d'un régime impératif, à défaut de quoi il s'agit simplement de l'activité de qualification qui correspond aux parties et au juge. Cet article était l'un des arguments invoqués pour défendre le caractère impératif de la règle qui consacre l'indemnité de fin de contrat.

d'un fournisseur ou d'un fabricant, indépendamment de s'il agit pour le compte de ce dernier ou pour son propre compte. Cet élément ne serait plus déterminant pour la qualification du contrat. Cette obligation de promotion étant commune aux contrats de distribution, les frontières s'estomperaient¹⁶⁹. L'existence d'un contrat translatif de produits n'empêcherait donc pas la reconnaissance de la qualité d'agent commercial du distributeur¹⁷⁰.

61. Suivant cette conception, deux sentences arbitrales, qui ont eu un grand retentissement dans notre matière, ont admis la coexistence d'un contrat d'agence commerciale et d'un contrat de fourniture, c'est-à-dire la qualité d'agent commercial à un distributeur qui a acquis la propriété des produits du fournisseur¹⁷¹. Dans l'une d'elles, un tribunal arbitral a examiné un contrat intitulé « contrat de fourniture en vue de la distribution de produits »¹⁷². La clause relative au prix indiquait que le fournisseur concédait au distributeur une réduction de 14 % sur les prix de vente au public indiqués sur la liste du fournisseur. Le distributeur a demandé au tribunal la requalification du contrat en contrat d'agence commerciale mais celui-ci a d'abord confirmé l'existence d'un contrat de fourniture. En effet, il a été démontré que le distributeur achetait les produits du fabricant, assumait le risque de non-paiement du prix des produits par les clients et leur accordait des délais de paiement. Puis, le tribunal a également établi l'existence d'un contrat d'agence commerciale coexistant avec le contrat de fourniture. Les arbitres ont en effet noté que le distributeur, outre l'achat des produits, développait une activité de promotion en vue de conserver et d'élargir la part de marché des produits distribués. Pour le

¹⁶⁹ Cet effet est de taille lorsque la qualification du contrat conduit à l'application d'un régime impératif, dont la règle relative à l'indemnité de fin de contrat. Autrement, si les parties peuvent exclure ou modifier les règles qui protègent l'agent commercial à la fin du contrat, la conception large peut être admise plus facilement, car les conséquences de cette qualification sont moindres, les parties pouvant stipuler librement les droits de chacune d'elles à la fin du contrat.

¹⁷⁰ E. Gaviria, *Derecho comercial*, Ed. Bedout, Medellín, 1981, p. 87 : « El artículo 1330 ordena aplicar a la agencia, en lo que fuere pertinente, las normas del suministro, lo cual comprueba incidentalmente, que éste último convenio, lejos de ser incompatible con el de agencia, puede coexistir con él, como efectivamente ocurre en los llamados contratos de concesión o distribución ». A. Pérez Vives, « Intermediación o contratos comerciales », *Comentarios al código de comercio* (sous dir. D. Guzmán), V. I., Colegio Antioqueño de Abogados, 1980, p. 241. I. Bernal Sanín, « El suministro : un contrato y también una realidad comercial », *Revista Foro del Jurista*, n° 16, Chambre de commerce de Medellín, Medellín, 1995, p. 127. G. De Greiff, « Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil », *Derecho colombiano*, T. XLVIII, nov. 1983, p. 410.

¹⁷¹ Sent. arb., *Faro Publicidad c/ El Colombiano*, 1^{er} sept. 1999, Chambre de commerce de Medellín, arb. : Ignacio Sanín Bernal, Beatriz María Arango et Fernando Ossa Arbeláez. On doit remarquer que le premier arbitre, M. Sanín Bernal, est défenseur de la conception large du contrat d'agence commerciale. Sent. arb., *Colombina S.A. c/ Nestlé Purina Pet Care de Colombia Ltda.*, 26 mai 2006, Chambre de commerce de Cali, arb. : José Ricardo Caicedo, Jaime Valenzuela Cobo et Jorge Restrepo Potes. Ces sentences sont importantes en raison de la notoriété des entreprises en litige et de la renommée des arbitres.

¹⁷² Sent. arb., *Colombina S.A. c/ Nestlé Purina Pet Care de Colombia Ltda.*, 26 mai 2006, Chambre de commerce de Cali, arb. : José Ricardo Caicedo, Jaime Valenzuela Cobo et Jorge Restrepo Potes.

tribunal, l'activité de promotion était réalisée à la fois au profit du distributeur lui-même et du fournisseur. Il a également relevé que les preuves démontraient que l'activité de promotion était réalisée par le distributeur sous une influence importante du fournisseur, ce qui excluait que le distributeur fût un simple acheteur. En effet, le fournisseur fixait les objectifs de vente, gérait les inventaires et le stockage des produits, organisait l'activité de marketing, visitait les installations du distributeur, assumait les coûts de la publicité et établissait des offres et des réductions sur les produits dont il supportait le coût. Pour le tribunal, l'utilité reçue par le distributeur constituait également une contreprestation de son activité en tant qu'agent commercial.

62. Malgré les arguments avancés et l'adoption d'une telle conception large de l'agence commerciale par ces sentences arbitrales, elle ne peut cependant être admise.

b. Le rejet

63. L'admission d'une définition large du contrat d'agence commerciale en droit positif signifierait faire fi des dispositions qui forment son régime et qui sont fondées sur la considération selon laquelle le contrat d'agence commerciale est une modalité du contrat de mandat. Là se trouve une grande contradiction de la Commission de révision du Code de commerce. En effet, à cette conception large de l'agence commerciale correspondrait inévitablement un régime déficient et inadapté lorsque l'agent commercial agit pour son propre compte. À dire vrai, le seul intérêt de cette conception serait l'attribution de l'indemnité de fin de contrat. Il semble plus logique de faire prévaloir une conception étroite en accord avec les règles qui composent le régime de l'agence commerciale et son placement dans le Titre XIII du Code de commerce relatif au contrat de mandat.

64. Plusieurs dispositions du contrat d'agence commerciale s'avèrent adaptées dans leur application au contrat d'agence commerciale en tant que modalité de mandat mais peu adaptées aux contrats de distribution pour le compte d'autrui qui pourraient entrer dans la conception large de l'agence commerciale antérieurement présentée. Il en va ainsi de la règle selon laquelle l'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat¹⁷³. Il en va de même de

¹⁷³ C. com. col, art. 1324, al. 1^{er} : « *Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation l'agent a droit au paiement par le mandant d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières*

la règle qui pose que l'agent commercial est tenu d'apporter des informations relatives aux conditions du marché dans la zone assignée qui sont utiles à l'entrepreneur pour apprécier l'opportunité de conclure une opération¹⁷⁴. Si le fournisseur peut apprécier l'opportunité de conclure ou non une opération, cela sous-entend que le fournisseur dispose d'un pouvoir de décision sur les opérations réalisées avec les clients qui exclut que l'agent commercial puisse agir pour son propre compte¹⁷⁵.

65. Certes, le fait d'accepter cette conception large ne signifierait pas nécessairement l'effacement des types contractuels de distribution dans la mesure où il serait possible de faire référence à différentes modalités du contrat d'agence commerciale (l'agence-fourniture, l'agence-concession ou l'agence-franchise). Nous pourrions songer à n'appliquer que les règles du régime qui sont appropriées à la nature des contrats d'agence-concession et d'agence-franchise¹⁷⁶. En réalité, puisque le régime existant n'est fondé que sur la seule considération de l'agence commerciale en tant que sorte de mandat, la seule conséquence importante serait l'attribution de l'indemnité de fin de contrat à l'agent-concessionnaire et à l'agent-franchisé¹⁷⁷.

années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années] ».

¹⁷⁴ C. com. col., art. 1321 : « L'agent exécute la charge qui lui est confiée selon les instructions reçues et fournit à l'entrepreneur les informations relatives aux conditions du marché dans la zone assignée et les autres informations qui sont utiles à celui-ci pour apprécier l'opportunité de chaque opération ».

¹⁷⁵ Notons qu'on n'inclut pas ici le mode de calcul de l'indemnité de fin de contrat, car elle pourrait être applicable aux contrats de distribution pour compte propre dans la mesure où l'article 1324 C. com. col. prend en compte la moyenne de la commission, les redevances ou les utilités reçues par l'agent commercial. « L'utilité » serait apte à appréhender la marge bénéficiaire que reçoit le distributeur qui revend les produits du fournisseur.

¹⁷⁶ Rappr. sur l'application des règles de l'agence commerciale aux contrats de concession et de franchise en droit suisse, v. I. Cherpillod, « Partie VI : La fin des contrats de distribution », in *Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, Ceditac, Lausanne, 1998, p. 429 et s. V. égal. S. Megnin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, préf. E. Jayme, Litec, 2003, n° 122, p. 105 : « Néanmoins, une différence importante entre ces deux droits s'est fait jour dans quelques hypothèses dans lesquelles les tribunaux allemands, contrairement aux juridictions françaises, n'ont pas hésité à appliquer par analogie certaines règles de l'agence commerciale à d'autres intermédiaires lorsque ceux-ci sont intégrés dans les réseaux de distribution d'une manière comparable aux agents commerciaux (comme c'est le cas avec le concessionnaire). Le droit de l'agence commerciale possède en droit allemand une force d'attraction sur d'autres contrats de distribution que l'on ne retrouve pas en droit français : l'agent commercial y représente ainsi une fonction de modèle pour le droit des intermédiaires, l'essentiel des discussions à propos de ces derniers concernant la question de l'application analogique des règles de l'agence commerciale à leur encontre ».

¹⁷⁷ Serait également applicable la présomption d'exclusivité en faveur de l'agent commercial (art. 1318 C. com. col.), mais une stipulation contraire est admise.

Cela étant, l'adoption d'une conception étroite de l'agence commerciale semble plus cohérente au regard des règles consacrées par le Code de commerce à ce jour.

2. L'accueil d'une conception étroite de l'agence commerciale

66. Une conception plus étroite de l'agence commerciale a été privilégiée par la doctrine colombienne (a). La Cour de cassation a pris la même position dès les premiers litiges relatifs à l'agence commerciale (b). Quant à la justice arbitrale, elle a également examiné cette question en y apportant des solutions parfois différentes (c).

a. La doctrine

67. Pour la majeure partie de la doctrine, l'agent commercial agit pour le compte d'autrui, même si cet élément n'est pas expressément mentionné dans la définition légale (art. 1317 C. com. col.). Le fondement principal de la considération selon laquelle le contrat d'agence commerciale est une modalité du contrat de mandat est sa mention au Titre VIII relatif au contrat de mandat¹⁷⁸. De plus, les règles établissant son régime laisseraient paraître sa nature de mandat¹⁷⁹. Concernant la modalité de l'activité de l'agent commercial en tant que fabricant de produits, qui est indiquée dans la définition légale, certains auteurs remarquent que l'article fait référence à l'hypothèse dans laquelle un agent commercial assume à la fois l'obligation de

¹⁷⁸ A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 150. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 20. H. Cardozo Luna, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 30. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1994, p. 24 et 50. L'article 1262 C. com. col. indique : « *Le mandat commercial est un contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui* ».

¹⁷⁹ V. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil, op. cit.*, p. 20. J.A. Gómez Mejía, *Contratos comerciales*, Editorial Kelly, Bogotá, 1980, p. 196. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial, op. cit.*, p. 52. G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales I, Negocios de sustitución*, 2^e éd., Universidad Externado de Colombia, 1987, p. 390. Les règles relatives à la rémunération reçue sous forme de commission (art. 1322 C. com. col.) ou le droit de rétention concernant les biens du mandant (art. 1326 C. com. col.). Il en va de même des dispositions qui indiquent que le contrat d'agence commerciale doit spécifier les pouvoirs ou les facultés de l'agent (art. 1320 C. com. col.) et que celui-ci doit exécuter la charge qui lui a été confiée selon les instructions reçues et rendre à l'entrepreneur les informations utiles pour qu'il puisse décider de la convenance de chaque affaire (art. 1321 C. com. col.). L'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. prévoit pour sa part que l'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat.

fabriquer les produits et l'obligation de leur promotion ultérieure pour le compte du mandant¹⁸⁰. Au reste, soulignons que les législations et les doctrines étrangères proches de notre culture juridique - notamment françaises, italiennes et espagnoles -, ont naturellement eu une influence importante sur le discours doctrinal des auteurs colombiens¹⁸¹. En effet, le fait que dans ces pays l'agent commercial soit un intermédiaire qui assume la mission de conclure des contrats pour le compte d'un mandant¹⁸² étaye l'exclusion de la possibilité que l'agent commercial agisse pour son compte propre.

68. Les autres arguments présentés par la doctrine à l'appui d'une conception étroite du contrat d'agence commerciale coïncident avec ceux avancés par la Cour de cassation.

b. La Cour de cassation

69. La Cour de cassation a adopté une conception étroite du contrat d'agence commerciale, le considérant comme un mandat par lequel un agent commercial agit pour le compte d'un entrepreneur (i). Non sans ambiguïté et occasionnellement, elle a reconnu qu'un distributeur pour compte propre puisse avoir la qualité d'agent commercial (ii). Ces deux affirmations méritent une appréciation critique, car une contradiction importante ressort de leur confrontation (iii).

i. L'exigence de l'action pour le compte de l'entrepreneur

70. Par voie d'interprétation, la Cour de cassation a incorporé à la définition légale de l'agence commerciale l'exigence d'agir pour le compte d'autrui¹⁸³. Il s'agit d'une jurisprudence

¹⁸⁰ G. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial, op. cit.*, p. 51. G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales I, Negocios de sustitución*, Universidad, Externado de Colombia, 1987, p. 427 et s. En réalité, si l'on admet cette hypothèse, la définition peut être critiquée, car l'activité antérieure de fabrication ne fait pas partie de l'activité de promotion, qui constitue l'obligation essentielle à la charge de l'agent commercial. La fabrication de produits ne devrait donc pas y être mentionnée.

¹⁸¹ V. G. De Greiff, « *Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil* », *Derecho colombiano*, T. XLVIII, nov. 1983, p. 406. E. Gutiérrez Gaviria, « *El contrato de agencia mercantil* », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 3 et 4. Ces auteurs, tenants de la conception large de l'agence commerciale, indiquent que la définition de l'agent commercial doit être interprétée à l'écart de la doctrine et des législations étrangères.

¹⁸² Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. Cette directive indique, dans son article 1^{er}, que l'agent commercial est chargé, de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant.

¹⁸³ V. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 231. E. Gutiérrez Gaviria, « *El contrato de agencia mercantil* », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 6.

constante qui date des années quatre-vingt, cependant des arrêts postérieurs sont venus apporter des nuances en mettant l'accent sur des aspects différents du contrat d'agence commerciale¹⁸⁴.

71. La Cour a eu l'occasion d'examiner la question pour la première fois dans un arrêt du 2 décembre 1980¹⁸⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat par lequel un commerçant avait acheté des peintures murales afin de les revendre dans un département. Les parties avaient stipulé une clause d'exclusivité en faveur du producteur. Le distributeur exerçait son activité sous les signes distinctifs de celui-ci et était l'un des deux distributeurs autorisés pour la revente dans ce département. La Cour de cassation a cassé la décision attaquée qui avait reconnu l'existence d'un contrat d'agence commerciale en affirmant que le distributeur qui vend des produits dont il a acquis la propriété n'est pas un agent commercial, mais un vendeur ou un distributeur de produits propres¹⁸⁶. La Cour a alors établi une distinction : dans le cadre de l'agence commerciale, le fournisseur assume les risques des invendus et l'agent commercial n'est pas affecté par l'augmentation ou la baisse du prix des produits, leur perte ou l'insolvabilité des acheteurs, car il n'acquiert pas la propriété de ceux-ci ; au contraire, lorsqu'un distributeur acquiert la propriété des produits, l'augmentation ou la baisse du prix des produits l'affecte directement. L'agent commercial met donc sur le marché des produits appartenant à autrui. En outre, pour la Cour, l'agent commercial crée une clientèle en faveur du producteur. Le refus du législateur d'accorder une indemnité de clientèle à ces derniers semblait donc tout à fait logique¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Puisqu'il s'agit d'une question de droit, afin de donner l'occasion à un revirement de jurisprudence, une partie qui se pourvoit en cassation pourrait avancer que le juge a violé la loi par l'interprétation erronée de cette règle. Cela a été reconnu par la Cour de cassation. V. CSJ, chambre civile, 13 sept. 2013, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 47001-3103-005-2007-00285-01. 1. Il s'agit d'« une thèse éminemment juridique », a-t-elle affirmé.

¹⁸⁵ CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 239. Le Code de commerce est entré en vigueur en 1972. Le Code de commerce antérieur ne prévoyait pas le contrat d'agence commerciale. Les premiers arrêts relatifs au contrat d'agence commerciale ont été prononcés par la Cour de cassation en 1980. Une révision de la Gazette judiciaire (publication qui équivaut au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en France) de 1971 à 1980 a permis de constater qu'avant cette date, la CSJ n'a en effet pas rendu d'arrêts concernant le contrat d'agence commerciale ou le contrat de fourniture.

¹⁸⁶ « Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios » (CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 239).

¹⁸⁷ Cette jurisprudence a été réitérée postérieurement. Ainsi, dans un arrêt du 18 mars 1982 (M.R. José María Esquera, non publié), la Cour suprême a affirmé que celui qui distribue des produits acquis en propriété et promet leur vente sur un territoire spécifique « n'exécute pas une activité d'agent commercial, mais de simple vendeur ou distributeur de produits propres ». V. égal., CSJ, chambre civile,

72. Postérieurement, elle a réitéré sa jurisprudence dans un arrêt de 1995 en mettant l'accent sur l'obligation principale que le contrat fait peser sur l'agent commercial¹⁸⁸. Pour la Cour de cassation, l'agent commercial peut agir en tant que représentant, fabricant ou distributeur, mais « dans tous ces cas ces activités doivent être accompagnées de façon non équivoque de l'activité essentielle de promotion ou d'exploitation des affaires de l'entrepreneur ». Elle précise immédiatement que l'activité d'un commerçant qui achète des produits en vue de leur revente constitue une activité pour son compte et intérêt propre et si, dans le développement de cette activité, il réalise une activité de promotion des produits en vue de la conquête de clients, cela ne change pas le fait qu'il agit pour son propre compte¹⁸⁹. Il n'a pas l'intention de promouvoir les affaires du fournisseur, même si ce dernier bénéficie de son activité¹⁹⁰.

73. Ces dernières années, si la Cour mentionne toujours le transfert de la propriété des produits et l'importance des risques assumés par chacune des parties (arrêt du 2 décembre 1980), on peut constater certains ajustements. En effet, depuis quelques temps, la Cour met en particulier en avant deux ou trois éléments du contrat d'agence commerciale. Ainsi, depuis un arrêt de 2006, elle définit le contrat d'agence commerciale en mettant l'accent sur sa fonction d'intermédiation. Selon elle, l'agent commercial exécute son activité pour le compte d'autrui dans la mesure où les effets économiques de sa gestion touchent directement le patrimoine de l'entrepreneur, qui en tire avantage ou assume les conséquences négatives des opérations

30 oct. 1987, M.R. Eduardo García Sarmiento, n° 423, non-publié ; 8 mars 2000, M.R. Jorge Ballesteros, n° 6270.

¹⁸⁸ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701. Réitérée postérieurement, v. 30 juin 2005, M.R. Edgardo Villamil Portilla, n° 11001-3103-030-1989-5028-01 ; 6 juill. 2006, M.R. Silvio Fernando Trejos, n° 0243-01.

¹⁸⁹ La Cour souligne également que le demandeur en cassation n'a pas demandé la déclaration d'existence simultanée d'un contrat d'agence commerciale et d'un contrat de vente en vue de la revente des mêmes produits du mandant. De ce fait, la Cour ne pouvait pas examiner si, en l'espèce, il y avait une telle coexistence de contrats.

¹⁹⁰ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701: « En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final ».

conclues par l'agent commercial¹⁹¹. Postérieurement, elle a affirmé que l'activité de l'agent commercial consiste dans la promotion et l'exploitation des affaires du mandant et est orientée vers la conquête, la conservation et l'expansion de la clientèle au bénéfice de celui-ci¹⁹². Puisque l'agent ne réalise qu'une activité de liaison, il crée une clientèle en faveur de l'entrepreneur¹⁹³. Enfin, plus récemment¹⁹⁴, la Cour a mentionné la rémunération de l'agent commercial en tant qu'élément fondamental du contrat d'agence commerciale¹⁹⁵.

74. La Cour a également affirmé, de manière étonnante, qu'un distributeur qui achète les produits du fournisseur peut avoir la qualité d'agent commercial.

ii. L'admission exceptionnelle du distributeur pour compte propre-agent commercial

75. La Cour de cassation maintient une jurisprudence constante quant à la conception du contrat d'agence commerciale envisagé comme une modalité de mandat dans lequel l'agent commercial agit pour le compte du fournisseur. Parallèlement, mais non sans ambiguïté et intermittence, elle a parfois admis, dans l'*obiter dictum* de ses arrêts, qu'un distributeur qui acquiert la propriété des produits peut être en même temps un agent commercial du fournisseur. Néanmoins, cela reste une affirmation théorique, car la Cour ne l'a en réalité jamais appliquée à un cas d'espèce.

76. Ainsi, dans l'*obiter dictum* d'un arrêt rendu le 31 octobre 1995, la Cour de cassation semble avoir admis qu'un commerçant qui conclut un contrat de distribution puisse assumer, dans le même temps, à travers un contrat d'agence commerciale, la charge de promouvoir ou

¹⁹¹ CSJ, chambre civile, 15 déc. 2006, M.R., Pedro Octavio Munar, n° 76001 3103 009 1992 09211 01.

¹⁹² CSJ, chambre civile, 23 août 2013, M.R., Arturo Solarte Rodríguez, n° 47001-3103-005-2007-00285-01. La Cour relève que le demandeur a dû démontrer d'une part, que « l'activité du demandeur a été d'intermédiation et, d'autre part, que son activité ne s'est pas réduite à l'achat des produits du fournisseur et à la revente pour son propre compte, mais qu'il le faisait en faveur du fournisseur qui lui avait confié la tâche d'accroître un marché sur le territoire assigné ».

¹⁹³ CSJ, chambre civile, 10 sept. 2013, M.R. Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1100131030222005-00333-01.

¹⁹⁴ Les arrêts antérieurs de la Cour mentionnent la rémunération comme un élément du contrat d'agence commerciale, mais ils la conçoivent plutôt comme une conséquence de l'activité pour le compte d'autrui développée par l'agent.

¹⁹⁵ CSJ, chambre civile, 26 juill. 2016, M.R. Álvaro Fernando García, SC-10198-2016 : « Ninguna duda queda, pues, de que son elementos estructurales de toda agencia comercial, en primer lugar, que el comerciante intermediario actúe por cuenta ajena, esto es, del empresario que le efectúa el encargo, premisa de la que se sigue que todos los efectos económicos que se derivan de la gestión realizada por aquél, positivos y negativos, deben trasladarse al último y, por ende, reflejarse en su patrimonio; y, en segundo término, que el agente, como contraprestación de su actividad, perciba una remuneración, requisito que guarda íntima conexión con el anterior ».

d'exploiter les affaires de l'entrepreneur¹⁹⁶. Plus récemment, dans un arrêt du 30 septembre 2015, elle a affirmé que : « *Bien qu'un distributeur¹⁹⁷ puisse également être considéré comme un agent commercial, il est nécessaire qu'il ait assumé, de manière indépendante et stable, la charge de promouvoir ou d'exploiter les affaires de l'entrepreneur dans une branche d'affaires spécifique et sur un territoire préfixé, en exerçant cette activité pour le compte et au bénéfice de celui-ci* »¹⁹⁸. La Cour ne mentionne pas si c'est une requalification du contrat. Dès lors, il s'agit, probablement, d'une co-qualification, mais les juges ne l'affirment pas expressément. Or, en admettant qu'un distributeur qui achète les produits du fournisseur puisse avoir la qualité d'agent commercial, la solution de la Cour a suscité des incertitudes.

77. Force est de constater que puisque l'obligation de promouvoir et de conquérir une clientèle en faveur des produits du fournisseur peut être insérée dans tout contrat de distribution, y compris ceux par lesquels le distributeur s'engage à acheter les produits du fournisseur, la preuve de l'existence d'un contrat d'agence commerciale est ailleurs. Dans un arrêt du 6 juillet 2005, la Cour de cassation colombienne a laissé paraître les éléments que doit démontrer le distributeur pour se voir reconnaître la qualité d'agent commercial. En l'espèce, un distributeur de journaux avait demandé la reconnaissance de l'existence d'un contrat d'agence commerciale¹⁹⁹. Précisément, en exécution d'un contrat verbal, le journal livrait des journaux au distributeur. Une fois que celui-ci les avait vendus, il procédait au paiement du prix accordé ainsi qu'au retour des invendus. Le prix de vente au public était fixé par le journal. Le distributeur avait participé pendant vingt ans au développement du marché en faveur du journal. La Cour de cassation a ici approuvé le jugement de la cour d'appel qui avait reconnu l'existence

¹⁹⁶ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianneta, n° 4701.

¹⁹⁷ La Cour utilise le terme de « distributeur » au sens du distributeur qui agit pour son propre compte.

¹⁹⁸ CSJ, chambre civile, 30 sept. 2015, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC13208-2015 : « Aunque un distribuidor también puede ser considerado agente comercial, para que obre como tal es necesario que haya asumido, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios del empresario en un ramo específico y dentro de un área territorial prefijada, ejerciendo tal actividad por cuenta y para beneficio de aquel. En la compra de productos para revenderlos posteriormente sin que concorra el encargo de promover y explotar negocios del productor, esta Sala ha visto una operación mercantil por cuenta y para provecho de quien la ejecuta, sin que ese carácter de acto propio sea desvirtuado por “el hecho de que para el cumplimiento de tal propósito el distribuidor se vea precisado a desplegar ciertos actos de publicidad o de consecución de clientes”, toda vez que «quien distribuye un producto comprado por él mismo para revenderlo, lo hace para promover y explotar un negocio suyo » (CSJ SC, 31 oct. 1995, Rad. 4701 ».

¹⁹⁹ Il est important de préciser que le distributeur n'a pas demandé la requalification du contrat en contrat d'agence commerciale, mais la reconnaissance de l'existence d'un contrat d'agence commerciale malgré le transfert de la propriété des journaux au distributeur. Il s'agissait d'un contrat verbal auquel les parties n'avaient pas assigné de dénomination.

d'un contrat de vente fondé sur le fait que le distributeur payait un prix et ne recevait aucune rémunération pour son activité. Plus important encore pour ce qui nous intéresse ici, la Cour a reproché au demandeur de ne pas avoir démontré, d'une part, pourquoi la marge bénéficiaire constituait, non pas une utilité de la revente, mais une rémunération de son activité de promotion²⁰⁰, et d'autre part, en quoi il agissait non pas pour son propre bénéfice mais au profit du journal²⁰¹.

78. La position de la Cour de cassation n'est cependant pas exempte de critiques.

iii. L'appréciation critique de la jurisprudence

79. Il ressort de la confrontation des arrêts de la Cour de cassation précédemment rapportés une contradiction ou, du moins, une incohérence²⁰². En effet, la conception étroite de l'agence commerciale retenue par celle-ci - modalité de mandat par lequel un agent commercial agit pour le compte d'un entrepreneur - exclut qu'un distributeur qui achète des produits puisse en même temps être l'agent commercial de leur fournisseur. En effet, le transfert de la propriété entraînant la prise en charge des risques qui lui sont liés et de ceux attachés à la commercialisation des produits, l'action pour le compte d'autrui est en principe exclue. En outre, puisque le distributeur obtient dans ces cas une marge bénéficiaire, il manque un élément de l'agence commerciale : la rémunération²⁰³.

²⁰⁰ En toute rigueur, la Cour de cassation a dû affirmer que le distributeur pouvait également démontrer que sa marge bénéficiaire correspondait, au moins en partie, à la rémunération en raison de son activité en tant qu'agent commercial, et même, l'économie du contrat vue dans sa globalité, que la contrepartie ne consistait pas en une rémunération mais en des avantages octroyés au distributeur (p. ex., rabais de prix, exclusivité territoriale, assistance).

²⁰¹ CSJ, chambre civile, 6 juillet 2006, M.R. Silvio Fernando Trejos, n° 0243-01 : « (...) pero sin entrar, por ejemplo, a demostrar contundentemente por qué el sobreprecio del periódico no podía verse como un componente de la venta que hacía el demandante para su beneficio personal en lugar de remuneración del agente, o sin indicar por qué luce antojadiza la tesis de que actuaba más para beneficio personal que para el supuesto agenciado o en ejercicio de un negocio propio ».

²⁰² Sauf quelques hypothèses. Comme l'ex-magistrat J. Tamayo Jaramillo a pu le révéler dans une « clarification d'opinion » (de l'arrêt de la CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianneta, n° 4701), il est théoriquement possible de concevoir l'hypothèse dans laquelle un distributeur qui achète les produits du fournisseur s'oblige, moyennant une rémunération, à promouvoir les produits de celui-là et à développer une clientèle dans la zone concernée. L'existence de cette obligation, qui est rémunérée indépendamment de la marge bénéficiaire reçue en raison de la revente des produits, pourrait conduire à reconnaître l'existence d'un contrat d'agence commerciale. De même, lorsqu'il s'agit d'un contrat d'agence commerciale international, il se peut que pour des raisons pratiques, l'agent commercial acquière la propriété des produits lors de l'importation des produits.

²⁰³ Comp. Sent. arb., Colombina S.A. c/ Nestlé Purina Pet Care de Colombia Ltda., 26 mai 2006, Chambre de commerce de Cali, arb.: José Ricardo Caicedo, Jaime Valenzuela Cobo et Jorge Restrepo Potes. Cette sentence arbitrale a admis la coexistence d'un contrat de fourniture et d'un contrat d'agence commerciale.

80. Néanmoins, la position de la Cour de cassation peut probablement s'expliquer par la réaction de la pratique à la suite des premiers arrêts rendus à propos du contrat d'agence commerciale. En effet, après l'arrêt du 2 décembre 1980, qui a mis l'accent sur l'absence de transfert de la propriété des produits à l'agent commercial, le contentieux du droit de la distribution a montré que parfois, dans des contrats où le distributeur achetait les produits, il existait des clauses qui transféraient au fournisseur des risques importants liés à la propriété et à la commercialisation des produits. De plus, les prix de revente aux consommateurs étaient fixés par le fournisseur. Ainsi, fréquemment, le prix payé par le distributeur au fournisseur résultait de l'application d'une réduction, en termes de pourcentage, aux prix figurant sur la liste des prix de vente au public fixés par le fournisseur ; sachant que le distributeur devait revendre les produits aux consommateurs selon les prix fixés dans cette liste par le fournisseur²⁰⁴. Dans ce cas, le distributeur n'avait ni la liberté de fixation des prix de revente des produits acquis ni la liberté de fixation de sa marge bénéficiaire. Il s'est donc agi, à maintes reprises, d'une manière de contourner la qualification du contrat d'agence commerciale pour éviter le paiement de l'indemnité de fin de contrat due à l'agent commercial.

81. En réalité, l'admission théorique de la possibilité qu'un distributeur pour compte propre possède en même temps la qualité d'agent commercial tient au fait que la Cour de cassation colombienne a voulu laisser la porte ouverte à la reconnaissance de l'existence d'un contrat d'agence commerciale dans les cas où, malgré le transfert de la propriété des produits, le distributeur n'assumait pas les risques qui normalement lui incombent en tant que propriétaire des produits²⁰⁵, alors que le fournisseur assumait des risques importants liés à leur revente²⁰⁶ et avait eu une influence importante sur l'activité du distributeur, notamment par la fixation des

Elle a considéré que la marge bénéficiaire du distributeur rémunérait en même temps l'activité du distributeur en tant qu'agent commercial consistant à promouvoir et à créer une clientèle en faveur des produits du fournisseur.

²⁰⁴ P. ex., le fournisseur avait une liste de prix de vente au public. Le prix payé par le distributeur au fournisseur était calculé en appliquant un pourcentage de réduction sur cette liste de prix, par exemple 10% ou 20%. Le distributeur devait revendre les produits aux consommateurs au prix total fixé dans cette liste de prix du fournisseur. La marge bénéficiaire consistait donc dans le montant correspondant au pourcentage de réduction calculé sur les prix de la liste du fournisseur.

²⁰⁵ La répartition des risques des parties est également importante pour déterminer l'application des règles du droit des ententes (v. en droit de l'Union européenne, Règlement n° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010, lignes directrices sur les restrictions verticales, n° 12 et s.). Si, en principe, le mandant et l'agent commercial forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence, le transfert des risques vers celui-ci peut entraîner l'application du droit des ententes.

²⁰⁶ En raison, par exemple, des clauses qui mettent à la charge du fournisseur le risque de perte, de destruction ou de péremption des produits, de dévalorisation pour vétusté, de non-paiement du prix ou qui reconnaissent au distributeur un droit de retour des invendus.

prix de revente au public²⁰⁷ (et donc la fixation de sa marge bénéficiaire) ou sa politique commerciale²⁰⁸. La Cour n'a pas fait dans ce cas allusion à une requalification du contrat en question en contrat d'agence commerciale mais à la reconnaissance de la qualité d'agent commercial à un distributeur qui avait acquis la propriété des produits. Ce faisant, elle a en même temps respecté la lettre de l'article 1317 C. com. col. qui indique que l'agent commercial peut assumer la charge de promouvoir les affaires en tant que fabricant ou distributeur d'un entrepreneur²⁰⁹.

82. La position de la Cour de cassation est néanmoins critiquable en ce que la voie à suivre n'était vraisemblablement pas celle d'admettre qu'un distributeur qui acquiert la propriété des produits puisse exceptionnellement détenir en même temps la qualité d'agent commercial mais d'indiquer que, dans ces hypothèses, il s'agit en réalité d'un contrat d'agence commerciale et non pas d'un contrat de distribution pour compte propre²¹⁰. Plus encore, il aurait été plus cohérent, suivant la conception étroite de l'agence commerciale retenue par la Cour de cassation, d'affirmer que le juge doit chercher si les parties ont réellement exécuté un contrat de distribution pour compte propre ou si elles ont essayé de contourner la figure contractuelle de l'agence commerciale, cas dans lequel une requalification du contrat s'impose²¹¹. Dès lors,

²⁰⁷ La Cour n'examine pas la fixation du prix de vente au public sous l'angle du droit de la concurrence mais cantonne son analyse au droit des contrats.

²⁰⁸ P. ex. gestion, constitution et assortiment des stocks, fixation des modalités et des conditions de la vente ou de la revente, détermination de la politique et de la stratégie commerciale, fixation de réductions ou de rabais.

²⁰⁹ Cette conception permettrait éventuellement aux tribunaux du fond de reconnaître l'existence d'un contrat d'agence commerciale dans des cas « gris » où, malgré le transfert de propriété des produits, le producteur a non seulement assumé des risques importants liés à la commercialisation des produits, mais a eu également une influence importante sur l'organisation de l'activité du distributeur et a vu se développer une importante clientèle en sa faveur. À la place d'une requalification du contrat de distribution en contrat d'agence commerciale, le tribunal pourrait reconnaître la qualité d'agent commercial au distributeur. Comme on l'a vu, il nous semble que cette dernière formule n'est pas concevable en vertu de la définition étroite de l'agence commerciale adoptée par la Cour de cassation.

²¹⁰ Dans les cas examinés par la Cour de cassation, à maintes reprises, le distributeur qui achetait les produits du fournisseur a été débouté de sa demande de requalification en contrat d'agence commerciale, car il n'a pas pu démontrer que l'activité de promotion des produits a été réalisée pour le compte du fournisseur. V., p. ex., CSJ, chambre civile, 4 avr. 2008, M.R. Ruth Marina Díaz, n° 0800131030061998-00171-01 : « Como en este preciso caso no se logró dicho cometido porque, se repite, no se acreditó que la sociedad actora realizara la mencionada promoción para o por cuenta de la citada empresa, sino para sí misma y en su interés mercantil, el pronunciamiento cuestionado, en lo que a este punto hace relación, resiste incólume el combate contra él enfilado ».

²¹¹ Rappr. E. Zuleta Jaramillo, « El contrato de agencia mercantil : ¿Hay una nueva tendencia en la jurisprudencia », *Revista Foro de derecho mercantil*, n° 2, janv.-mars, 2004, p. 150 : « (...) en presencia de una situación en la que el pretendido agente adquiere bienes para revenderlos por su cuenta y riesgo, el juez o tribunal arbitral deberá descartarla existencia de una agencia comercial, a menos que se le demuestre

on ne saurait reconnaître à un distributeur pour compte propre la qualité d'agent commercial. Enfin, si la Cour procède généralement à une analyse des risques économiques associés à la revente des produits, elle ne prend pas suffisamment en compte la liberté de fixation du prix de vente au public pour écarter ou admettre l'existence d'un contrat d'agence commerciale. Or, cet élément est fondamental, car la fixation d'un prix de revente au public, et donc de sa marge bénéficiaire, permet au distributeur de déterminer la relation profits-risques de son activité qui constitue un critère fondamental de distinction dans la conception étroite de l'agence commerciale retenue par la Cour de cassation. La majorité des tribunaux arbitraux ont également accueilli cette conception étroite de l'agence commerciale.

c. La justice arbitrale

83. En matière arbitrale, la plupart des sentences ont suivi la position de la Cour de cassation colombienne²¹². Elles mentionnent effectivement la jurisprudence de cette dernière mais aussi des arguments de la doctrine qui conçoivent l'agence commerciale comme une modalité de mandat²¹³. Une sentence arbitrale sera évoquée en guise d'illustration²¹⁴.

84. En l'espèce, une entreprise française de produits de beauté (L'Oréal) avait conclu un contrat avec une entreprise colombienne (Prebel) par lequel la première autorisait de manière exclusive à la seconde à fabriquer des produits sous ses marques et à les commercialiser en Colombie²¹⁵. La première a concédé une licence de fabrication et d'utilisation de ses marques

que no obstante la compra en firme, existe un encargo, en su acepción de mandato, y que los efectos económicos de la actividad y los riesgos inherentes a la misma se trasladen al empresario ».

²¹² Il n'existe que deux sentences arbitrales qui ont reconnu la coexistence d'un contrat de fourniture et d'un contrat d'agence commerciale. V. *supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, B, 1, a.

²¹³ *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, B, 2, a.

²¹⁴ On relève au moins une centaine de sentences arbitrales à cet égard, p. ex., Roberto Cavalier & CIA c/ Flota Mercante Grancolombiana, 1^{er} juil. 1992, Arb. José Enrique Arboleda, Fernando Hinestrosa et J. Suescún Melo ; Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c/ Vecol S.A., 19 mars 1993, Arb. N. Gutiérrez Sandoval G. Gamboa et C. Vejarano ; Daniel J. Fernández c/ Fiberglass Colombia S.A., 19 févr. 1997, Arb. E. Gamboa Morales, M. Michelsen C. Marín Vélez ; Supercar Ltda. c/ Sofasa S.A., 31 mars 1998, Arb. C. Holguín, B. Leyva de Cheer et C. Marín Vélez ; Sent. arb. Oscar Mario Trujillo y Cia. S. en C. Insucampu et Insucampu E.A.T. c/ Aventis Cropopsceince Colombia S.A., 21 mars 1998, Arb. E. Cala Botero, J. Alejandro Bonivento et J. Suescún Melo ; Technoquímicas S.A. c/ Smithkline Beecham Corporation, 20 sept. 2006, Chambre de commerce de Cali, Arb. J. Caicedo Peña, R. Madriñan la Torre et F. Chaves Cajiao ; M. Emilce Saldaña c/ Heel Colombia S.A., 23 juill. 2009, Arb. C. Eduardo Linares, C. Ortiz de Fernández de Soto et H. Penagos. Concernant les sentences arbitrales relatives aux litiges entre les opérateurs de téléphonie mobile et leurs distributeurs, v. É. Gonzáles López (dir.) et Luz Mónica Zapata (coord.), *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 664 p.

²¹⁵ Sent. arb., Preparaciones de Belleza S.A. (Prebel) c/ L'Oreal, 23 mai 1997, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján et Francisco Zuleta Holguín.

et avait le droit de contrôler la qualité des produits fabriqués. La seconde s'est obligée à fabriquer et à distribuer les produits sur le territoire colombien. Prebel devait payer une redevance de 8 % sur le montant net des ventes des produits fabriqués et commercialisés. Le fabricant-distributeur invoquait ainsi l'existence d'un contrat d'agence commerciale accolé aux contrats de licence de fabrication et de marque en défendant une conception large du contrat d'agence commerciale. Selon lui, son activité consistait à exploiter et à promouvoir, de manière stable et indépendante, la vente de produits cosmétiques de la marque du fournisseur sur le territoire colombien, ce qui correspondait à la définition du contrat d'agence commerciale (art. 1317 C. com. col.). Le tribunal l'a toutefois débouté de ses demandes en considérant une conception étroite de l'agence commerciale conformément à laquelle l'agent commercial agit pour le compte d'autrui. Ainsi, les produits fabriqués par Prebel étant de sa propriété et jouissant également d'une autonomie dans leur commercialisation, le tribunal en a conclu que cette entreprise agissait pour son propre compte et qu'en conséquence la qualification d'agent commercial devait être exclue. Force est ainsi de constater les difficultés suscitées en pratique par la définition légale de l'agence commerciale. Au-delà de la définition, l'approche protectrice du législateur à l'égard de l'agent commercial s'est traduite par la consécration de plusieurs règles de protection relatives à la période de la cessation.

§2. Les manifestations de l'approche protectrice

85. Il existe une pluralité de règles qui constituent des mesures de protection en faveur de l'agent commercial. Ce sont ces règles qui marquent les différences du régime de cessation de l'agent commercial par rapport aux autres distributeurs. Elles résultent de l'approche protectrice adoptée par le législateur dans le Code de commerce de 1971. Certaines concernent la restriction du droit de résiliation unilatérale dans le contrat d'agence commerciale à durée indéterminée (A) ; d'autres accordent des droits particuliers à l'agent commercial à la fin du contrat (B).

A. La restriction du droit de résiliation unilatérale dans le contrat d'agence commerciale à durée indéterminée

86. Une interprétation restrictive des règles spéciales du régime de cessation du contrat d'agence commerciale peut engendrer une différence importante avec le régime applicable aux contrats de distribution innommés qui découle de l'application du droit commun des contrats.

Cette dissemblance consiste concrètement dans la restriction du droit de résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée. Cette limitation a deux sources différentes. D'une part, l'article 1325 C. com. col. consacre une règle spécifique à la rupture unilatérale du contrat d'agence commerciale. Rédigée de manière ambiguë, cette disposition a été interprétée dans un sens qui conduit à la restriction du droit de résiliation unilatérale dans le contrat d'agence commerciale en raison de l'existence de justes causes de rupture (1). D'autre part, le Code de commerce consacre une règle relative à l'extinction du « mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire » dont la révocation est soumise à la démonstration d'une juste cause²¹⁶. Cette notion a été assimilée au mandat d'intérêt commun du droit français et appliquée au contrat d'agence commerciale en droit colombien (2).

1. La restriction en raison de l'existence de justes causes de rupture

87. L'article 1325 C. com. col. prévoit les justes causes de rupture unilatérale du contrat d'agence commerciale. Cet article ne peut être compris sans une lecture préalable de l'article 1324 C. com. col. qui fait allusion, de manière générale, aux causes de cessation du contrat d'agence commerciale (al. 1^{er}), ainsi qu'à la notion de rupture pour juste cause qui permet de déterminer quand l'auteur de la rupture est redevable de dommages-intérêts (al. 2^e). Une transcription des articles 1324 et 1325 C. com. col. est nécessaire.

Article 1324 C. com. col. : « Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation l'agent a droit au paiement par le mandant d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années].

Outre la prestation indiquée à l'alinéa antérieur, lorsque le mandant révoque ou met fin unilatéralement au contrat, sans juste cause prouvée, il doit payer à l'agent une indemnisation équitable²¹⁷ comme rétribution aux efforts réalisés pour accroître la réputation de la marque, la gamme des produits ou des services qui font l'objet du contrat.

²¹⁶ Titre XIII, Chapitre III. Extinction du mandat. Art. 1279 C. com. col. : « Le mandant peut révoquer le mandat en tout ou en partie, sauf si son irrévocabilité a été stipulée ou si le mandat a été conféré également dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers, auquel cas il ne peut être révoqué que pour une juste cause ».

²¹⁷ L'article indiquait que cette indemnisation devait être « fixée par des experts ». La Cour constitutionnelle colombienne a toutefois déclaré que cette condition était inconstitutionnelle. V. C. const. col. C-990 de 2006. M.R. Álvaro Tafur Galvis.

La même règle s'applique lorsque l'agent met fin au contrat pour une juste cause imputable au mandant ».

Article 1325 C. com. col. : « Sont de justes causes pour mettre fin unilatéralement au contrat d'agence commerciale : 1) De la part de l'entrepreneur : a) L'inexécution grave de l'agent de ses obligations légales ou contractuelles. b) Toute action ou omission de l'agent qui porte gravement atteinte aux intérêts de l'entrepreneur. c) La faillite ou l'insolvabilité de l'agent. d) La liquidation ou la cessation d'activités. 2) De la part de l'agent : a) L'inexécution par l'entrepreneur de ses obligations contractuelles ou légales. b) Toute action ou omission de l'entrepreneur qui porte gravement atteinte aux intérêts de l'agent. c) La faillite ou l'insolvabilité de l'entrepreneur. d) La cessation d'activités ».

88. La doctrine est unanime pour relever la rédaction obscure de ces textes qui laissent planer des doutes quant à la portée du droit de rupture unilatérale. Débutant en indiquant que « *Sont de justes causes pour mettre fin unilatéralement au contrat d'agence commerciale* », l'article 1325 C. com. col. recouvre deux aspects importants. Le premier point a trait à la modalité de la rupture, c'est-à-dire à une rupture unilatérale sans nécessité de recourir au juge²¹⁸. Nous ne nous attacherons cependant ici qu'au second point d'intérêt, qui porte sur le caractère limitatif ou simplement illustratif des causes de rupture considérées comme légitimes pour rompre unilatéralement le contrat. Concrètement, si elles étaient considérées comme limitatives cela signifierait qu'il n'existe pas d'autres motifs que ceux mentionnés dans la disposition permettant de mettre unilatéralement fin au contrat d'agence commerciale. Or, puisque cet article ne mentionne pas la résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée, ce sujet pose question. Ainsi, après avoir présenté les discussions développées autour de l'article 1325 C. com. col. (a), nous prendrons position au regard de l'interprétation qui nous semble exacte (b).

89. À titre liminaire, observons qu'il n'existe pas de difficulté quant au non-renouvellement du contrat et aux clauses de résiliation unilatérale stipulées dans des contrats d'agence commerciale à durée indéterminée. Concernant le premier point, bien que l'article 1325 C. com. col. ne le mentionne pas comme juste cause pour mettre fin au contrat, l'intervention de la volonté d'une partie n'étant pas nécessaire, il ne constitue pas une rupture unilatérale mais une

²¹⁸ *Infra* Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2, 21, A, 2.

cessation naturelle du contrat. La doctrine est unanime en ce sens²¹⁹ et la Cour de cassation l'a confirmé dans un arrêt du 20 octobre 2000²²⁰. Concernant le second point, la doctrine est partagée. Pour certains auteurs, l'article 1325 C. com. col. ayant une nature impérative, les parties ne peuvent stipuler une clause qui leur permettrait de « mettre fin au contrat sous réserve du respect d'un préavis, sans que soit nécessaire l'existence d'une juste cause »²²¹. Ils conseillent alors de conclure un contrat d'agence commerciale à durée déterminée²²². Pour d'autres, ces clauses sont pleinement valables²²³. Cette dernière position nous semble la plus logique dans la mesure où il n'existe pas d'interdiction légale expresse prohibant la stipulation de telles clauses. La Cour de cassation colombienne a heureusement affirmé leur validité²²⁴.

a. La portée incertaine de l'article 1325 C. com. col.

90. L'article 1324 C. com. col. dispose que le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le contrat de mandat et que l'auteur de la rupture doit verser des dommages-intérêts lorsque le mandant révoque ou met fin unilatéralement au contrat sans une juste cause. L'article 1325 C. com. col. prévoit pour sa part quatre motifs considérés comme de justes causes pour mettre unilatéralement fin au contrat d'agence commerciale. La question fondamentale qui se pose ici est celle de savoir si ces dispositions érigent un régime spécial

²¹⁹ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 78 et s. L'auteur remarque qu'il existe, dans la pratique, l'idée selon laquelle indépendamment du fait que le contrat d'agence commerciale ait ou non un terme, il ne peut prendre fin que par l'une des causes de l'art. 1325 C. com. col. Il ajoute ensuite que, d'une part, l'article 1325 n'est applicable qu'à la révocation du contrat d'agence commerciale et que, d'autre part, la cessation par l'arrivée du terme extinctif génère la cessation du contrat d'agence commerciale.

²²⁰ CSJ, chambre civile, 20 oct. 2000, M.R. José Ramirez Gómez, n° 5497. En l'espèce, pour reprocher au tribunal d'instance d'avoir considéré que l'échéance du terme est une juste cause de cessation du contrat, le pourvoi en cassation a avancé que l'article 1325 C.com. col. ne mentionnait pas le non-renouvellement du contrat comme juste cause pour mettre fin unilatéralement au contrat d'agence commerciale. La Cour a fermement répondu que le contrat d'agence commerciale, en vertu de l'article 1324 C. com. col., cesse par les mêmes causes que le contrat de mandat et que les règles relatives à ce dernier mentionnent expressément l'expiration du terme.

²²¹ J. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, *op. cit.*, p. 93.

²²² R. Molina, « La terminación unilateral del contrato ad nutum », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 10, 2006, p. 142.

²²³ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 77.

²²⁴ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianneta, n° 4701. Cette question s'est posée dans un arrêt de la Cour suprême du 31 octobre 1995. En l'espèce, les parties avaient conclu un contrat d'agence commerciale et avaient stipulé une clause qui permettait de mettre fin au contrat moyennant l'envoi d'une lettre au contractant sous réserve d'un préavis. Le mandant a mis fin au contrat en application de cette clause, mais l'agent commercial a qualifié la rupture d'abusives et demandé des dommages-intérêts. La Cour a approuvé la décision du tribunal d'instance qui avait débouté le demandeur de sa prétention en affirmant que l'exercice, par l'une des parties, de cette faculté ne peut pas constituer un abus du droit, car le comportement du défendeur est conforme à la clause insérée par les parties au contrat.

pour le contrat d'agence commerciale en ce qu'elles restreignent le droit de mettre unilatéralement fin au contrat en vertu des motifs qui y sont indiqués, ou s'il existe d'autres causes de rupture unilatérale du contrat considérées comme justes. L'intérêt de la réponse tient au fait que si la cause de la rupture est considérée comme étant illégitime, l'auteur devra verser des dommages-intérêts lorsque son cocontractant en aura subi un préjudice²²⁵.

91. Cela étant, il est nécessaire d'examiner en profondeur le droit de résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée en l'absence d'une clause de résiliation stipulée par les parties. Il convient d'abord de présenter l'interprétation qui prévaut dans la doctrine colombienne (i), avant d'exposer les arguments qui nous conduisent à l'écarter (ii).

i. L'interprétation dominante : le refus du droit de résiliation unilatérale

92. L'article 1325 C. com. col. dresse une liste des justes causes permettant de mettre unilatéralement fin au contrat d'agence commerciale. Il est donc question de la légitimité de la cause de la rupture. Une lecture négative de cet article permet d'affirmer que l'auteur de la rupture engage sa responsabilité lorsque le motif de rupture unilatérale ne fait pas partie de ceux qui y sont mentionnés. Le droit de résiliation unilatérale du contrat serait ainsi exclu des causes légitimes de rupture du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée. Certains auteurs fondent cette lecture sur une interprétation de l'article 1325 C. com. col. qui révélerait l'intention du législateur de vouloir estomper la précarité du contrat d'agence commerciale dans la mesure où, considéré comme une sorte de contrat de mandat, il peut être révoqué à tout moment²²⁶. Le caractère de mandat d'intérêt commun du contrat d'agence commerciale est parfois également mis en avant²²⁷. D'autres se limitent à indiquer l'existence d'une présomption d'illégitimité des causes de rupture unilatérale qui ne figurent pas dans la liste de l'article 1325

²²⁵ En ce sens, le 2^e alinéa de l'article 1324 C. com. col. prévoit : « Outre la prestation indiquée à l'alinéa antérieur, lorsque le mandant révoque ou met fin unilatéralement au contrat, sans juste cause prouvée, il doit payer à l'agent une indemnisation équitable comme rétribution des efforts réalisés pour accroître la réputation de la marque, la gamme des produits ou des services qui font l'objet du contrat ».

²²⁶ A. García, « Contrato de agencia mercantil », *Revista Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, Vol. XXXII, n° 83, mars 1973, p. 75.

²²⁷ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, op. cit., p. 81. E. Cortés, « La rupture du contrat - Rapport colombien », in *Le contrat*, Trav. Ass. Henri Capitant, Journées brésiliennes, T. LV, Société de Législation comparée, 2008, p. 788 : « Dans le cas du contrat d'agence commerciale, réputé comme un mandat d'intérêt commun, la doctrine majoritaire et la jurisprudence considèrent que dans l'absence de terme, si les parties ne se sont pas réservées la possibilité de résilier le contrat moyennant un certain préavis, le contrat ne peut être révoqué que par juste cause (art. 1325 du Code de commerce) ».

C. com. col., laquelle devrait, en conséquence, être renversée par l'auteur de la rupture²²⁸. Seule une partie minoritaire de la doctrine affirme que la résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée est un motif légitime de rupture unilatérale²²⁹. Quant à la Cour de cassation, elle n'a pas encore tranché la question²³⁰. Pour notre part, nous estimons que l'interprétation qui restreint le droit de résiliation unilatéral dans les contrats d'agence commerciale à durée indéterminée doit être réfutée.

ii. La critique de l'interprétation dominante

93. L'analyse dominante de l'article 1325 C. com. col. ne semble pas pouvoir être suivie. À bien y réfléchir, une règle expresse du législateur devrait être nécessaire pour restreindre ce droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Ce droit a été induit par la Cour de cassation colombienne de la lettre de plusieurs articles du Code civil qui le prévoient²³¹. Plus récemment, elle a affirmé que ce droit est un élément naturel qui s'incorpore aux contrats par la loi, les usages ou la coutume (arts. 1501 C. civ. col²³². et 881 C. com. col.)²³³. Au-delà de ces hypothèses, le droit de résiliation unilatérale permet de sauvegarder la liberté des

²²⁸ V. J. Bonivento Jiménez, *Los contratos mercantiles de intermediación*, Ediciones Librería del profesional, 1999, p. 173. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, *op. cit.*, p. 84. Pour l'auteur, la partie qui rompt le contrat devrait « détruire la présomption d'illicéité qui pèse sur les causes ignorées par la loi et omises dans le contrat ».

²²⁹ R. Molina, « La terminación unilateral del contrato ad nutum », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 10, 2006, p. 142. Même s'ils ne le disent pas expressément, les auteurs qui soutiennent que pour le contrat d'agence sont applicables les causes de cessation du droit commun des contrats, pourraient, selon nous, entendre inclure le droit de résiliation du contrat à durée indéterminée. V. L. Peña, *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 4^e éd., Temis, Bogotá, 2012, p. 293. H. Cardozo, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 91.

²³⁰ Pour R. Molina, « La terminación del contrato ad nutum », *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 10, 2006, , p. 142. En l'état actuel de la jurisprudence, la réponse serait le refus du droit de résiliation unilatérale.

²³¹ CSJ, chambre civile, 28 mars 1955, M.R. Alberto Zuleta Angel, *G.J. LXXIX*, p. 814. Dans cet arrêt, la Cour de cassation colombienne a suivi une méthode inductive pour reconnaître l'existence du droit de résiliation unilatérale dans les contrats sans durée préfixée. En effet, elle a affirmé que dans les contrats où le terme de la durée n'est pas indiqué, chaque partie peut rompre le contrat moyennant un préavis donné avec une anticipation raisonnable. Elle mentionne que cette règle apparaît consacrée dans plusieurs dispositions légales du Code civil (arts. 2009, 2034, 2043, 2066, 2138), du Code de commerce (art. 449) et du Code du travail (art. 49).

²³² L'article 1501 C. civ. col., indique : « On distingue, dans chaque contrat, les choses qui sont de son essence, celles qui sont de sa nature, et celles qui sont accidentelles. Sont de l'essence d'un contrat celles sans lesquelles il ne produit pas d'effets ou dégénère dans un autre contrat différent ; sont de la nature d'un contrat celles qui n'étant pas de son essence, lui appartiennent sans nécessité d'aucune stipulation spéciale ; et sont accidentelles à un contrat celles qui, ne lui appartenant ni par sa nature ni par son essence, sont ajoutées par stipulations particulières ».

²³³ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. William Namén, n° 11001-3103-012-1999-01957-01.

contractants en établissant négativement qu'aucun d'eux ne peut être indéfiniment lié par un contrat. Il existe ainsi un lien étroit entre le droit de résiliation unilatérale et les principes constitutionnels qui défendent la liberté des personnes. Dès lors, ce droit ne devrait pas pouvoir être écarté en l'absence de règle légale expresse²³⁴.

94. De plus, outre la faiblesse d'une interprétation *a contrario*, il n'est pas possible de déduire de la lettre de l'article une exclusion d'autres causes de rupture unilatérale reconnues par le droit commun des contrats. En effet, comme nous l'avons noté, malgré la demande des agents commerciaux visant à établir un régime spécial du contrat d'agence commerciale par l'exclusion de la validité des clauses de résiliation unilatérale et de l'expiration du contrat parmi les justes causes de cessation du contrat, la Cour de cassation colombienne a reconnu leur légitimité²³⁵. Par ailleurs, les parties peuvent échapper facilement à l'interprétation restrictive de cette disposition en insérant une clause de résiliation unilatérale ou en concluant un contrat à durée déterminée. C'est certainement ce qui est mis en œuvre en pratique pour éviter toute difficulté. Cela étant, une autre interprétation doit être retenue.

b. L'interprétation retenue

95. Bien que l'interprétation communément admise de l'article 1325 C. com. col. permette une stabilité renforcée du contrat d'agence commerciale, plusieurs arguments peuvent être invoqués pour en préférer une autre.

96. Tout d'abord, à bien y réfléchir, les « justes causes » établies par le législateur dans l'article 1325 C. com. col. constituent des règles dérogatoires du droit commun des contrats. En effet, elles permettent une rupture extrajudiciaire du contrat en cas d'inexécution ou lorsqu'une partie porte gravement atteinte aux intérêts de l'autre partie. Or, le principe en droit commun est celui de l'exigence de demander la résolution du contrat devant le juge. De même, la cause relative à la rupture unilatérale en cas de cessation d'activités du cocontractant n'est pas une cause de cessation du contrat prévue par le droit commun des contrats. Cela étant, un

²³⁴ En droit français, des textes particuliers consacrent la faculté de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée (contrat de travail, C. trav., art. L-1231-1 ; contrat de bail, art. 1736 C. civ. fr.). La jurisprudence reconnaît ce droit de façon générale. Cass. civ. 1^{er}, 5 févr. 1985, *Bull. civ.* I, n° 54 : « Vu l'article 1134, al. 2 ; (...) dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'al. 3 du même texte, offerte aux deux parties ». Le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle à cette règle (Cons. const. 9 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, 109, obs. Mestre).

²³⁵ *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, A, 1.

élément interpellé : constituant des exceptions au droit commun des contrats, elles sont expressément consacrées par le législateur. En revanche, le droit à la résiliation du contrat à durée indéterminée relevant du droit commun des contrats, son incorporation dans la liste de l'article 1325 C. com. col. n'était pas nécessaire.

97. D'autre part, nous avons précédemment noté que la Cour de cassation avait réaffirmé l'application des règles de droit commun au contrat d'agence commerciale en considérant la légitimité de la cessation par la mise en œuvre d'une clause de résiliation unilatérale et l'expiration du contrat comme motifs légitimes de cessation du contrat d'agence commerciale. Il en résulte que la Cour de cassation fait prévaloir la volonté des parties pour déterminer les motifs de cessation du contrat et applique les causes de cessation du droit commun des contrats. À partir de cette constatation, rien ne s'oppose à ce que les règles du droit commun des contrats s'appliquent au contrat d'agence commerciale, y compris celle relative à la faculté de résiliation unilatérale. De plus, les parties devraient pouvoir ajouter au contrat d'autres motifs légitimes de rupture unilatérale du contrat.

98. Par ailleurs, l'interprétation dominante crée une différence de régime évidente : à la différence du contrat d'agence commerciale, les autres contrats de distribution admettent la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Sur le fond des choses, cette différence ne se justifie pas. La stabilité du contrat d'agence commerciale ne devrait pas être mieux protégée que celle des autres contrats de distribution pour compte propre, tels que les contrats de concession ou de franchise ; d'autant plus que ces derniers n'ouvrent pas droit à une indemnité à la fin du contrat et que les risques économiques assumés y sont plus importants que dans le cas de l'agence commerciale.

99. La qualification de mandat d'intérêt commun de l'agence commerciale conduit également à une restriction du droit de résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée.

2. La restriction en raison du caractère de mandat d'intérêt commun de l'agence commerciale

100. La jurisprudence et la doctrine ont qualifié le contrat d'agence commerciale de mandat d'intérêt commun. La conséquence en est que la résiliation unilatérale du contrat par le mandant

qui n'invoque pas une juste cause doit être considérée comme fautive. Il doit alors payer l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial, mais également des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par ce dernier. Relevons à cet égard que le droit français a eu une influence déterminante pour l'application de la notion de mandat d'intérêt commun à l'agent commercial en droit colombien. Pour l'étudier, il convient tout d'abord de s'intéresser à l'application de la notion de mandat d'intérêt commun au contrat d'agence commerciale en droit colombien. Cette approche nous permet de relever une confusion entre la notion de mandat conférée également dans l'intérêt du mandataire (*mandat in rem propriam*) consacrée par le Code de commerce colombien de 1971 et la notion de mandat d'intérêt commun appliquée au mandataire chargé de prospecter une clientèle en droit français (a). Puis, il sera nécessaire de lever toute confusion en distinguant ces notions et en affirmant le caractère de contrat d'intérêt commun de l'agence commerciale (b).

a. La qualification de mandat d'intérêt commun de l'agence commerciale

101. La notion de mandat d'intérêt commun tire son origine du droit français²³⁶. Elle a subi une évolution qui a débouché sur son dédoublement (i). Calqué sur le droit italien, le Code de commerce colombien consacre, dans les articles 1279 C. com. col.²³⁷ et 1284²³⁸, « *le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire* » (*mandat in rem propriam*) qui correspond à la notion originelle du mandat d'intérêt commun en droit français (ii). Cependant, sous l'influence du droit français, la jurisprudence colombienne a considéré le contrat d'agence commerciale comme étant un mandat d'intérêt commun, mais en l'assimilant dans le même temps à la notion de « *mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire* » consacrée par l'article 1279 C. com. col. (*mandat in rem propriam*). Elle commet une confusion regrettable qui conduit à une qualification inexacte en droit colombien (iii).

i. Le dédoublement du mandat d'intérêt commun en droit français

102. La notion de mandat *in rem propriam* consacrée dans le Code de commerce colombien correspond à la notion originelle de mandat d'intérêt commun du droit français (α). Cependant,

²³⁶ Cass. civ. 13 mai 1885 : D.P. 1885, 1, 351.

²³⁷ C. com. col., art. 1279 : « *Le mandant peut révoquer le mandat en tout ou en partie, sauf si son irrévocabilité a été stipulée ou si le mandat a été conféré également dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers, auquel cas il ne peut être révoqué que pour une juste cause* ».

²³⁸ C. com. col. art. 1284 : « *Le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers ne prend pas fin par la mort ou l'incapacité du mandant* ».

appliquée postérieurement au mandataire chargé de créer et de développer une clientèle, elle a débouché sur une autre signification (β).

a. Le sens originare : le mandat in rem propriam

103. Le mandat d'intérêt commun est une création jurisprudentielle française du XIX^e siècle²³⁹. En droit français, le contrat de mandat met le mandataire dans une situation précaire dans la mesure où le mandant peut révoquer la procuration quand bon lui semble²⁴⁰. Le mandant qui exerce son droit de révocation n'a ni à donner des motifs ni à payer des dommages-intérêts²⁴¹. Ce régime obéit à la conception classique venue de Rome du mandat entre amis. Il s'explique facilement : le contrat de mandat étant naturellement gratuit, sa révocation ne pouvait porter préjudice au mandataire²⁴². Or, la jurisprudence française a discerné des situations dans lesquelles la libre révocation du mandat n'était pas opportune dans la mesure où, outre l'intérêt du mandant, un intérêt du mandataire au maintien du mandat pouvait être également discerné. Cet intérêt identifié, le régime particulier consistait à restreindre le droit de rupture du mandant : il ne pouvait pas le révoquer sans un juste motif²⁴³. En réalité, il ne s'agissait pas d'un mandat irrévocable. L'application de cette notion ne privait pas d'effets la révocation, mais le mandant engageait sa responsabilité envers le mandataire²⁴⁴.

104. La question était donc celle d'identifier l'intérêt du mandataire de nature à priver le mandant de la faculté de rompre le mandat quand bon lui semble. À l'origine, le mandat

²³⁹ V. parmi d'autres, Th. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD civ.* 1984, p. 581 et s. P. Grignon, « *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution* », in *Mélanges offerts à M. Cabrillac*, Litec, 1998, p. 127 et s. A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s. J. Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé*, GLN Joly et Litec, 1991, p. 105 et s.

²⁴⁰ C. civ. fr., 2004 : « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ».

²⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ-Lextenso, 2014, p. 301, n° 555 : « La révocation du mandant ne donne pas, en principe, droit à des dommages-intérêts au mandataire révoqué : la crainte de verser une indemnité pourrait entraver la liberté du mandat (...) C'est au mandataire de prouver la faute du mandant s'il veut obtenir des dommages-intérêts ».

²⁴² C. civ. fr., art. 1986 : « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire* ».

²⁴³ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, p. 135, n° 147 : « Voilà ce qui sépare le mandat de droit commun et le mandat d'intérêt commun : alors que dans le premier le mandataire doit apporter la preuve d'un abus pour être indemnisé, dans le second, le mandant doit apporter la preuve d'un juste motif pour être exonéré ».

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 239 : *JCP G* 2002, II, 10094, note Dagorne-Lebbe ; *JCP E* 2002, p. 593, note Treppoz ; *CCC* 2002, n° 3, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002, 118, note P.-Y. Gautier : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'absence de cause légitime ne privait pas d'effet la révocation du mandat d'intérêt commun, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

d'intérêt commun était caractérisé chaque fois que le mandant et le mandataire disposaient tous deux de droits directs et concurrents sur le bien objet du mandat²⁴⁵. C'est le cas du mandat conclu entre deux associés en vue de la réalisation d'une œuvre commune²⁴⁶, ou du mandat conclu entre copropriétaires pour la gestion d'un immeuble commun²⁴⁷. Les deux parties étaient titulaires de droits de même nature, mais l'une d'elles accordait un pouvoir à l'autre pour gérer la chose ou l'affaire commune. Puis, la jurisprudence française a appliqué ce critère aux contrats de mandat qui constituaient l'application d'une convention précédente ou simultanée²⁴⁸. Comme l'explique un auteur, la raison de l'irrévocabilité tenait au fait qu'« il participait à l'irrévocabilité de la convention avec laquelle il formait un tout indivisible »²⁴⁹. Ainsi en est-il du mandat confié par l'assuré à l'assureur pour un procès contre le tiers responsable²⁵⁰, ou encore celui confié au créancier pour encaisser une créance du débiteur sur laquelle il se paiera²⁵¹. La révocation du mandat par le mandant signifiait en même temps l'inexécution du contrat préexistant. L'intérêt du mandataire se caractérisait alors par le fait que l'exécution du mandat permettait la réalisation d'une convention antérieure.

105. Cette notion coïncide avec celle de « mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire » consacrée dans le Code de commerce colombien, qualifiée par la doctrine italienne de mandat *in rem propriam*. Or, la conception originaire du mandat d'intérêt commun en droit français a postérieurement subi une évolution importante.

β. Le sens postérieur tiré de son application au mandataire chargé de développer une clientèle

106. Le mandat liant le mandataire chargé de développer une clientèle ne satisfaisant aucun des deux critères originaires du mandat d'intérêt commun, son extension à l'agent commercial

²⁴⁵ Ph. Le Tourneau, V^o Mandat, *Rép. Civ. Dalloz*, n^o 407 : « À l'origine, les mandats d'intérêt commun étaient des mandats accessoires, inséparables d'un contrat synallagmatique irrévocable ou d'une stipulation pour autrui. Puis, la notion d'intérêt commun au mandant et au mandataire reposa sur l'intérêt qu'ils avaient tous deux dans l'opération juridique que le mandataire était chargé de négocier ou de conclure pour le compte et au nom du mandant. Le mandataire est personnellement intéressé à la réalisation de l'acte à accomplir par le mandat ».

²⁴⁶ Req. 6 janv. 1873 : *D.P.* 1873, 1, p. 116.

²⁴⁷ Cass. civ. 13 mai 1885 : *D.P.* 1885, 1, 351.

²⁴⁸ A. Pimbert, « Le mandat d'intérêt commun », in *Le mandat en question* (B. Remy sous dir.), Bruylant, 2013, p. 192.

²⁴⁹ J. Vidal, note sous Cass. com. 17 et 26 févr. 1958, *D.* 1958, jur., p. 544.

²⁵⁰ Req., 15 mars 1904 et CA Douai 27 févr. 1902 : *D.P.*, 1902, 5, p. 19.

²⁵¹ CA Bordeaux 27 juillet 1885 : *D.P.* 1886, 2, p. 263. Rapp. Cass. com. 14 novembre 1956, *Bull. III.*, n^o 288, p. 248.

n'était pas évidente. Cela explique que ce n'est qu'en 1958, après beaucoup d'hésitations²⁵², que la Cour de cassation française a admis que le mandat liant l'agent commercial à son mandant est d'intérêt commun²⁵³, mais sans en donner de définition. La même année, par un décret du 23 décembre relatif aux agents commerciaux, le législateur français a entériné cette évolution prétorienne en affirmant que « *Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties* »²⁵⁴. Ce n'est qu'en 1969 que la Cour de cassation française a caractérisé cet intérêt commun dans le mandat de l'agent commercial d'« intérêt à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle »²⁵⁵.

107. La doctrine était partagée quant à l'extension de cette notion à l'agent commercial. Pour certains auteurs, il s'agissait de l'application du critère classique dans la mesure où dans tous les cas, l'intérêt commun résulte de « l'intérêt personnel qu'a le mandataire comme le mandant à mener à bonne fin la mission dont il est investi parce qu'il s'agit de l'administration d'un bien sur lequel mandataire et mandant ont l'un et l'autre des droits directs et qui en ce sens est leur chose commune »²⁵⁶. Cette analyse ne peut toutefois être suivie : d'une part, il n'y a pas de « chose commune », car le mandataire est chargé de développer une clientèle au profit du mandant ; d'autre part, le mandat commercial « constitue à lui seul toute la convention, il ne participe à l'irrévocabilité d'aucune autre »²⁵⁷. À la différence de la notion originaire de mandat d'intérêt commun selon laquelle le mandat est l'accessoire d'un lien de droit coexistant ou

²⁵² J. Vidal, note sous Cass. com. 17 et 26 févr. 1958, *D.* 1958, jur., p. 544.

²⁵³ Cass. com., 26 févr. 1958 : *D.* 1958, jur., p. 541, note J. Vidal : « Il est à bon droit décidé qu'ayant le caractère de mandat d'intérêt commun, le contrat liant un agent commercial à une entreprise ne peut être unilatéralement résilié sans motif légitime ».

²⁵⁴ Le législateur a aussi qualifié le contrat de promotion immobilière de mandat d'intérêt commun (art. 1831-1 C. civ. fr.).

²⁵⁵ Cass. com., 8 oct. 1969 : *D.* 1970, jur., p. 143, note J. Lambert : « qu'il résulte de l'ensemble de ces motifs que la réalisation de l'objet du mandat présentait, pour Ancet comme pour Otto-Riede, l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle, intérêt commun justifiant, pour la révocabilité de ce mandat une dérogation aux règles des mandats gratuits ou salariés dont l'objet n'intéresse que le mandant ; qu'ainsi la cour d'appel a pu retenir en l'espèce la qualification de mandat d'intérêt commun et qu'en sa première branche le moyen n'est pas fondé ». Cass. com., 2 juill. 1979, n° 78-11280, *Bull. civ.* IV, n° 222 ; Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17420, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; Cass. 1^{er} civ., 2 déc. 1997, n° 95-15.015, *Bull. civ.* I, n° 342, *RJDA* 1998, n° 282.

²⁵⁶ J. Lambert, note sous Cass. com., 8 octobre 1969, *D.* 1970, p. 143.

²⁵⁷ J. Vidal, note sous Cass. com., 17 et 26 février 1958, *D.* 1958, p. 545. « En réalité, il est clair que l'argumentation jurisprudentielle repose sur une confusion manifeste sur le fondement de la véritable théorie du mandat d'intérêt commun. Si un tel mandat a été jugé irrévocable par la jurisprudence civile, ce n'est parce qu'il a lui-même un caractère synallagmatique, mais parce qu'il n'est que « l'accessoire » d'une convention à l'irrévocabilité de laquelle il participe. Or le mandat du représentant mandataire constitue à lui seul toute la convention, il ne participe à l'irrévocabilité d'aucune autre ».

préexistant, lorsqu'elle est appliquée au mandataire chargé de développer une clientèle, elle est indépendante de tout rapport juridique préexistant²⁵⁸.

108. En réalité, l'application de la notion de mandat d'intérêt commun au mandataire chargé de développer une clientèle, et donc à l'agent commercial, a obéi à un critère d'opportunité²⁵⁹. Il ne s'agissait pas d'appliquer une qualification juridique à une situation de fait qui accomplissait les conditions classiques, mais plutôt de détourner une qualification pour l'appliquer à une situation qui s'est avérée injuste²⁶⁰. Comme l'explique un auteur, le « risque de voir le commerçant ou l'industriel mettre fin au contrat de représentation dans le seul dessein de tirer profit, désormais à moindres frais, de la clientèle découverte et fidélisée par l'intermédiaire avait pourtant, à de nombreuses reprises, été dénoncé »²⁶¹. L'application de la notion de mandat d'intérêt commun à l'agent commercial a abouti de la sorte à un dédoublement de la notion de mandat d'intérêt commun²⁶². Une partie de la doctrine française a affirmé que cet intérêt réside dans le fait que l'agent « lui aussi garde l'espoir de réaliser d'autres ventes du client démarché, qui lui permettront de toucher de nouvelles commissions »²⁶³. À la différence

²⁵⁸ L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, n° 106, p. 98.

²⁵⁹ R. Cabrillac, *L'acte conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990, n° 97, p. 49 : « De telles solutions obéissent à un raisonnement peu rigoureux, faisant découler la qualification des conséquences souhaitables. Considérant qu'il aurait été inéquitable de permettre à une partie de rompre le contrat sans verser d'indemnités à l'autre, législateur et tribunaux en déduisent que le contrat est d'intérêt commun. La rigueur des concepts juridiques ne peut que souffrir d'une telle démarche, dans laquelle la qualification dépend de la nécessité d'appliquer une règle, alors que la logique aurait voulu l'inverse ». Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.M. Mousseron, Litec, 2000, n° 212, p. 195 : « L'adaptation de la théorie du mandat d'intérêt commun lors de la récupération en matière commerciale démontre, à l'évidence, que la notion ne constitue qu'un alibi, un prétexte destiné à permettre une indemnisation de l'agent en cas de résiliation abusive de la convention ».

²⁶⁰ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., Litec, 2017, n° 183, p. 98 : « Il est apparu anormal que le mandataire, après avoir rallié une clientèle aux produits ou services du mandant, puisse être aussi brutalement écarté ».

²⁶¹ P. Grignon, « *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution* », in *Mélanges offerts à M. Cabrillac*, Litec, n° 10, p. 132.

²⁶² Rapp. N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé, 6^e journées franco-allemandes* (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 176. L'auteur indique que « la notion de mandat d'intérêt commun s'en est trouvée profondément élargie ou, mieux, a changé de nature ». Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.M. Mousseron, Litec, 2000, n° 212, p. 196, qui affirme que « la référence à l'intérêt commun dans le statut de l'agent commercial n'a pas par conséquent plus aucun lien de filiation, si ce n'est un même souci d'équité, avec la notion découverte en 1973 ».

²⁶³ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *op. cit.*, p. 89. Dans le même sens, S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 269, p. 192 : « En réalité, l'agent commercial, lorsqu'il conclut des contrats, cherche à attirer et à fidéliser une clientèle de manière à réaliser d'autres ventes et à toucher ainsi de nouvelles

de la notion originaire, cet intérêt n'est pas présent *ab initio* mais surgirait en cours d'exécution du contrat et résiderait dans la stabilité de sa situation, laquelle paraît être davantage la conséquence de la qualification de l'intérêt commun que son critère²⁶⁴. D'autres auteurs considèrent que ce qui caractérise l'intérêt commun « est essentiellement la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts particuliers se trouvent étroitement liés »²⁶⁵.

109. Il en résulte une conception différente de la notion originaire de mandat d'intérêt commun²⁶⁶. Il s'agit donc d'un dédoublement de cette notion qui identifie l'intérêt du mandataire à la réalisation d'un objectif commun du contrat qui permet à chaque partie d'en retirer une utilité²⁶⁷. Or, le Code de commerce colombien a consacré la notion de mandat *in rem propriam* du droit italien qui correspond à la notion originaire de mandat d'intérêt commun en droit français et non pas à celle précédemment mentionnée qui a résulté de son dédoublement.

ii. La consécration du mandat in rem propriam dans le Code de commerce colombien

110. L'article 1279 C. com. col., inspiré du Code civil italien de 1942²⁶⁸, prévoit un régime particulier du mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire dans les termes suivants : « *Le mandant pourra révoquer totalement ou partiellement le mandat, sauf si les parties ont stipulé son irrévocabilité ou si le mandat a également été conféré dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers, auquel cas il ne pourra être révoqué que par une juste cause* ». Pour sa part,

commissions. En d'autres termes, il a dans l'idée de créer une richesse nouvelle - à savoir, ce bien incorporel qu'est la clientèle - dont il espère, à terme, profiter en passant de nouveaux contrats ».

²⁶⁴ G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité des contrats. Les contrats de distribution*, op. cit., n° 359, p. 170.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ A. Pimbert, « Le mandat d'intérêt commun », in *Le mandat en question* (sous dir. B. Remy), Bruylant, 2013, p. 193, affirme : « On peut douter néanmoins de la parfaite adéquation de ce critère aux mandats d'intérêt commun en matière civile ; catégorie dans laquelle ce contrat relève plus de l'accessoire indispensable à l'exécution de relations préexistantes entre les parties (par exemple le mandat donné à un notaire de négocier un acte qu'il instrumentera) ».

²⁶⁷ Cette conception a été l'une des pierres angulaires des discussions sur la nécessité du renouvellement de la théorie de droit des contrats. V. R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 229 et s.

²⁶⁸ C. civ. it., art. 1723, al. 2 : « *Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante* ».

l'article 1284 C. com. col. indique : « *Le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers ne prend pas fin par la mort ou l'incapacité du mandant* »²⁶⁹.

111. Ni la doctrine ni la jurisprudence colombienne n'ont eu l'occasion de préciser le contenu de cette notion. En droit italien, les commentateurs de l'article 1723, al. 2, C. civ., it. relatif au mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire, encore dénommé par la doctrine italienne mandat *in rem propriam*, ont discuté les critères qui permettent de caractériser l'intérêt du mandataire. La doctrine soutient qu'à la différence du mandat ordinaire, qui est conçu dans l'intérêt exclusif du mandat, le mandat accordé également dans l'intérêt du mandataire vise à réaliser une finalité ultérieure qui satisfait un intérêt propre du mandataire²⁷⁰. Le mandat joue ainsi en quelque sorte un rôle instrumental dans la satisfaction d'un intérêt du mandataire. Puisqu'il s'agit d'une finalité ultérieure, l'intérêt du mandataire va au-delà de la simple exécution de l'objet du mandat et ne peut pas correspondre à la rémunération attendue lorsque le mandat est à titre onéreux²⁷¹. Certains ajoutent qu'il doit s'agir d'un intérêt juridique et non simplement économique²⁷². La satisfaction de cet intérêt doit correspondre à une utilité objective attendue du contrat²⁷³, c'est-à-dire qu'elle entre dans le champ contractuel. Dans la plupart des cas, l'intérêt du mandataire résulte d'un rapport obligatoire préexistant entre celui-ci et le mandant dont le mandat constitue l'exécution²⁷⁴. En guise d'illustrations, les auteurs

²⁶⁹ L'incapacité fait référence aux situations dans lesquelles une personne ne peut exercer l'activité de commerçant. La loi détermine les personnes incapables à exercer le commerce, telles que les incapables (art. 12 C. com. col.), les fonctionnaires publics quant aux activités commerciales qui ont un rapport avec leurs fonctions, ou quand il en est ainsi déterminé par une loi ou une décision judiciaire (art. 14 C. com. col.).

²⁷⁰ P. Cendon (sous dir.), *Commentario al codice civile, art. 1703-1765*, Giuffrè Editore, 2009, p. 585. La jurisprudence italienne a parfois adopté le même critère : « Il mandato conferito anche nell'interesse del mandataro o di un terzo (cosiddetto mandato *in rem propriam*) si distingue dall'ordinario mandato in quanto è diretto al soddisfacimento di un interesse del mandataro, diverso da quello strettamente limitato all'esecuzione del mandato o, in ipotesi di mandato oneroso, al conseguimento del corrispettivo e costituisce il negozio-mezzo per l'attuazione di uno scopo ulteriore rispetto a quello tipico del mandato connesso alla realizzazione di un altro rapporto o di un altro negozio intercorso tra le parti e sottostante al mandato » (Cass. civ. it., Sez. 1, 1er févr. 1983, no. 857).

²⁷¹ P. Cendon (sous dir.), *Commentario al codice civile, art. 1703-1765*, Giuffrè Editore, 2009, p. 586.

²⁷² P. Rescigno (sous dir.), *Codice civile, T. I (art. 1-1753)*, 7e éd., Giuffrè Editore, 2008, p. 3113. Pour d'autres auteurs, l'intérêt ne doit pas être nécessairement juridique, dès lors qu'il est pris en compte par les deux contractants et qu'ils concluent le mandat pour la satisfaction dudit intérêt (A. Luminoso, *Il mandato*, Utet, Torino, p. 24).

²⁷³ P. Cendon (sous dir.), *Commentario al codice civile, art. 1703-1765*, Giuffrè Editore, 2009, p. 588.

²⁷⁴ B. Carpino, *I contratti speciali, Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, (Bessone (sous dir.), Giappicelli, Torino, p. 149, rapporté par, P. Cendon (sous dir.), *Commentario al codice civile, art. 1703-1765*, Giuffrè Editore, 2009, p. 588 : « riteniamo pertanto preferibile, l'opinione che ritiene necessaria, per la configurabilità di un mandato *in rem propriam*, e specificamente quelle conferite anche nell'interesse del mandataro, un nesso giuridicamente preesistente obbligo del mandante, con il mandataro, nesso che deve essersi oggettivato in un apposito patto ».

évoquent le mandat d'achat d'un bien immobilier que le mandant a promis de louer au mandataire, ou encore le mandat accordé à une banque pour que cette dernière reçoive les utilités de l'exploitation d'un bien que le mandant a acquis grâce à un prêt bancaire en vue de son remboursement²⁷⁵.

112. Force est de constater que cette notion d'intérêt du mandataire correspond à celle qui a été à l'origine de la notion de mandat d'intérêt commun en droit français. Néanmoins, elle ne correspond pas à celle qui a été forgée postérieurement par son application à l'agent commercial en droit français et qui réside dans l'intérêt à l'essor de l'entreprise par la création et le développement d'une clientèle. Le manque de distinction entre ces notions a donné lieu à une confusion en droit colombien.

iii. La confusion : la qualification du contrat d'agence commerciale de mandat d'intérêt commun

113. Le contrat d'agence commerciale est une modalité du contrat de mandat en droit colombien²⁷⁶. Néanmoins, le législateur colombien n'a affirmé dans aucun texte que dans ce cas, le mandat est également accordé dans l'intérêt de l'agent commercial ou qu'il est un mandat d'intérêt commun. Or, s'inspirant du droit français, la doctrine et la jurisprudence colombiennes ont affirmé le caractère de mandat d'intérêt commun du contrat d'agence commerciale. Les auteurs colombiens indiquent que l'intérêt commun est constitué par l'attraction et le développement d'une clientèle résultant de l'effort des deux parties²⁷⁷. Seule une position isolée soutient que le contrat d'agence commerciale poursuit l'intérêt exclusif du mandant²⁷⁸. La Cour

²⁷⁵ La doctrine italienne n'utilise pas l'expression de « mandat d'intérêt commun ». La distinction entre cette expression et celle utilisée par les Codes italien et colombien (mandat accordé également dans l'intérêt du mandataire) est importante. En effet, cette dernière expression marque le fait que le mandat satisfait un intérêt du mandataire, mais qui n'est pas nécessairement identique à l'intérêt du mandant, c'est-à-dire qu'il peut s'agir d'un intérêt particulier du mandataire différent de celui du mandant.

²⁷⁶ Le chapitre qui contient les règles du contrat d'agence commerciale se trouve dans le Titre XII du Code de commerce relatif au contrat de mandat.

²⁷⁷ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 82. J. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Themis, Bogotá, 1984, p. 99. Il semble que J. Cardenas en 1984 fut le premier auteur qui ait affirmé le caractère d'intérêt commun du contrat d'agence commerciale en citant expressément la jurisprudence française.

²⁷⁸ G. Suarez, *Ámbito jurídico*, n° 19, juin 2005, p. 7B : « El contrato de agencia comercial es celebrado en interés exclusivo del mandante/agenciado, cuyos productos son promocionados y posicionados en el mercado, quien conserva o conquista clientela y cuyas utilidades aumentarán por la actividad del agente. Que el agente reciba a cambio una serie de erogaciones económicas en atención a sus esfuerzos no cambia el hecho de que la agencia beneficia exclusivamente al agenciado. Es más, la legislación recoge la cesantía mercantil como un reconocimiento al esfuerzo hecho por el mandatario en favor del agenciado, lo que

de cassation est demeurée silencieuse pendant longtemps, mais elle a tranché la question dans un arrêt du 28 février 2005 en affirmant que : « La stabilité du contrat d'agence commerciale est si importante que, même s'il est une modalité de mandat, il n'est pas possible d'y mettre fin par la révocation du mandant (arts. 1279 et 1330 C. com. col.), puisqu'il s'agit d'un contrat qui intéresse les deux contractants »²⁷⁹. L'arrêt mentionne l'article 1279 C. com. col. qui, comme nous l'avons observé, inspiré du droit italien, consacre le contrat de mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire (mandat *in rem propriam*) qui correspond à la notion originaire de mandat d'intérêt commun du droit français. Bien que la Cour n'ait pas précisé le critère appliqué pour caractériser l'intérêt commun dans le contrat d'agence commerciale, l'arrêt a été bien reçu dès lors qu'il n'était qu'une confirmation de la doctrine dominante.

114. En réalité, à la différence de la doctrine française et de la doctrine italienne, la doctrine colombienne n'a pas étudié la portée de la notion du mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire. Elle a simplement transposé la notion d'intérêt commun du droit français appliquée au mandataire chargé de développer une clientèle mais l'a fondée sur l'article 1729 C. com. col. qui est un calqué sur l'article 1723, al. 1, C. civ. it. relatif au mandat *in rem propriam*. Postérieurement, la Cour de cassation colombienne a suivi la doctrine dominante sans s'attarder sur le sens de ces notions. En effet, de l'affirmation de la Cour de cassation colombienne découle l'application du régime du mandat *in rem propriam* au contrat d'agence commerciale qui est qualifié de mandat d'intérêt commun selon la notion postérieure du droit français dégagée par son application au mandataire chargé de développer une clientèle. Puisque la notion de mandat *in rem propriam* ne se recoupe pas avec cette dernière, la qualification du contrat d'agence commerciale en mandat d'intérêt commun est contestable, car elle implique l'application d'un régime inapproprié. Comme nous le verrons, la restriction du droit de résiliation unilatérale du mandant se comprend facilement lorsque le mandat est *in rem propriam* (notion originaire de mandat d'intérêt commun en droit français), mais elle ne se justifie pas lorsque l'on identifie la notion d'intérêt commun à celle dégagée par son application au mandataire chargé de développer une clientèle (notion postérieure)²⁸⁰.

evidencia que la figura se destina a beneficiar prioritariamente a aquel ». H. Cardozo, *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 91. Selon l'auteur, la cause de cessation du droit commun des contrats est applicable au contrat d'agence commerciale et les parties peuvent restreindre leur droit de rupture unilatérale en stipulant une clause d'irrévocabilité, ce qui exclut que l'auteur considère le contrat d'agence commerciale comme un mandat d'intérêt commun.

²⁷⁹ CSJ, chambre civile, 28 févr. 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 7504.

²⁸⁰ *Infra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, A, 2, a., i.

115. Relevons enfin que la qualification de mandat d'intérêt commun à l'agent commercial en droit colombien engendre un effet important. En effet, la résiliation unilatérale par le mandant du contrat d'agence commerciale, sans invoquer un juste motif, est considérée comme fautive. De ce fait, il est redevable non seulement de l'indemnité de clientèle prévue à l'article 1324 C. com. col., due, comme nous le verrons, indépendamment de la cause de cessation, mais également des dommages-intérêts qui découlent du caractère fautif de la rupture. Pourtant, en droit colombien cette qualification ne peut remplir la fonction qui a été visée en droit français par son application au mandataire chargé de développer une clientèle. En effet, on sait qu'avant l'entrée en vigueur du décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux, le mandataire, après avoir relié une clientèle aux produits ou services du mandant, pouvait être écarté sans aucune indemnité²⁸¹. De ce fait, l'application du concept d'intérêt commun lui permettait d'obtenir une indemnité lorsque le mandant mettait fin au contrat sans un motif légitime²⁸². Surtout à l'époque²⁸³, mais encore aujourd'hui, la notion de mandat d'intérêt commun reste utile en droit français dans les cas où la qualification du contrat d'agence commerciale est exclue²⁸⁴. En droit colombien, la situation du mandant chargé de développer une clientèle est différente. En effet, la définition de l'agence commerciale y est plus large que celle de l'agent commercial en droit français²⁸⁵. Elle implique que tout

²⁸¹ D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., Litec, 2017, n° 183, p. 98.

²⁸² À cet égard, notons qu'en droit français, il a été proposé d'assimiler les contrats de franchisage et de concession au contrat de mandat d'intérêt commun avec l'objectif d'accorder au distributeur évincé une indemnité de fin de contrat. V. Ph. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Coll. « Professionnels », Litec, 2007, n° 212 et s.

²⁸³ En droit français, l'article 4 du décret du 23 décembre de 1958 soumettait l'application du statut d'agent commercial à l'existence d'un écrit et à l'immatriculation de l'agent sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. De ce fait, la qualification de mandat d'intérêt commun permettait la protection de l'agent commercial non statutaire. La loi du 25 juin 1991, codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, a supprimé l'exigence d'un écrit et n'a pas subordonné l'application du statut d'agent commercial à l'accomplissement d'une quelconque formalité administrative, d'où il résulte que l'application de la théorie du mandat d'intérêt commun devient très rare en pratique. V. à cet égard, G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité de droit civil, Les contrats de distribution, op. cit.*, n° 262, p. 173.

²⁸⁴ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Sirey, 3^e éd., 2015, n° 1046, qui remarque que la théorie du mandat d'intérêt commun peut retrouver son intérêt quand l'agent renonce par écrit à son statut si l'objet principal de son activité a un autre objet (art. L. 134-15 C. com. fr.). En jurisprudence : Cass. com., 18 janv. 2000 : CCC 2000, n° 75, obs. L. Leveneur. Cass. com., 29 oct. 2002 n° 99-18796 : RJDA 2, n° 103 : le contrat était un mandat d'intérêt commun et se distinguait du contrat d'agence commerciale par le fait que le mandataire avait cédé une certaine maîtrise de l'organisation de son entreprise en contrepartie d'un risque commercial moins grand, et que sa rémunération n'était plus proportionnelle au chiffre d'affaires, mais lui assurait une marge bénéficiaire calculée à l'avance dans une fourchette minimale.

²⁸⁵ Pour rappel, C. com. col., art. 1317 : « Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable l'obligation de promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou plusieurs de ses produits. La personne qui assume cette obligation est génériquement appelée agent ».

mandataire chargé de développer une clientèle soit qualifié d'agent commercial. Aucune formalité (écrit ou immatriculation) n'est exigée pour obtenir cette qualification. En outre, dès l'introduction de l'agence commerciale en 1971, l'agent commercial a eu le droit de recevoir une indemnité de fin de contrat indépendamment de savoir si la cessation du contrat est imputable au mandant ou à lui-même (même en cas d'inexécution grave de sa part)²⁸⁶. En définitive, la fonction que remplit l'application de la notion de mandat d'intérêt commun au mandataire chargé de développer une clientèle en droit français ne se retrouve pas en droit colombien.

116. Par conséquent, la confusion de la doctrine et de la jurisprudence colombiennes à l'égard des notions de mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire (mandat *in rem propriam*) et de mandat d'intérêt commun appliqué au mandataire chargé de développer une clientèle du français doit d'être dissipée.

b. Une distinction nécessaire

117. La notion de mandat *in rem propriam* coïncide avec le critère originaire de mandat d'intérêt commun en droit français. Cependant, comme nous l'avons constaté, l'application de cette notion au mandataire chargé de développer une clientèle en droit français a eu pour conséquence son dédoublement. De ce fait, le régime correspondant à la conception originaire (mandat *in rem propriam*) ne peut de manière pertinente être appliqué à la notion dégagée postérieurement. Puisque le Code de commerce colombien consacre la notion de mandat *in rem propriam*, la qualification du contrat d'agence commerciale en mandat d'intérêt commun fondé sur la notion qui a résulté de son application à l'agent commercial en droit français est inexacte. La Cour de cassation confond les notions de mandat *in rem propriam* (mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire) et de mandat d'intérêt commun appliqué à l'agent commercial en droit français (mandat conclu dans l'intérêt commun des parties)²⁸⁷. Ajoutons que l'expression « mandat d'intérêt commun » est ambiguë parce qu'elle laisse entendre qu'il s'agit d'un seul intérêt ou que mandant et mandataire sont titulaires chacun d'un même intérêt²⁸⁸. En réalité, il s'agit d'intérêts convergents mais propres à chaque partie. Cela étant, non seulement une distinction importante existe entre ces deux notions, mais surtout

²⁸⁶ *Infra* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B, 1, b.

²⁸⁷ C. com. fr., art. L-134-4, al. 1^{er} : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ».

²⁸⁸ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2018. V° « commun ».

l'application du régime du mandat *in rem propriam* prévu par le Code de commerce à l'agent commercial est inappropriée (i). Ces confusions levées, il sera possible d'affirmer le caractère de contrat d'intérêt commun de l'agence commerciale, qui tire son origine de l'application de la notion de mandat d'intérêt commun au mandataire chargé de développer une clientèle en droit français (ii).

i. L'agence commerciale n'est pas un mandat in rem propriam

118. Distinction des notions. Il est nécessaire de distinguer le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire (*in rem propriam*) du mandat dans lequel les intérêts du mandataire sont convergents avec ceux du mandant. Dans le mandat *in rem propriam* (sens originaire du mandat d'intérêt commun en droit français), le mandat vise la satisfaction d'un intérêt juridique ultérieur du mandataire, préexistant ou concomitant, qui dépasse donc l'objet du mandat. Il existe un intérêt du mandataire *ab initio*. Cet intérêt résulte d'un lien de droit coexistant ou préexistant au mandat²⁸⁹. La satisfaction de l'intérêt du mandataire intègre le champ contractuel du mandat *in rem propriam*. Constituant un moyen pour le satisfaire, le mandat ne peut être révoqué sous peine d'aller à l'encontre de la finalité voulue par les parties lors de la conclusion du contrat de mandat. La révocation du mandat entraîne la frustration de l'intérêt du mandataire qui constituait l'une des finalités du mandat.

119. En revanche, dans le contrat d'agence commerciale, l'intérêt du mandataire n'existe pas *ab initio*. Certes, l'agent commercial exécute le mandat en vue de la création d'une clientèle dont il peut retirer des utilités tout au long de l'exécution du contrat. Cependant, alors que dans le mandat *in rem propriam*, l'intérêt qui doit être satisfait est déjà présent à l'époque de la conclusion du contrat, ici l'intérêt de l'agent commercial ne peut être satisfait que dans la mesure où il exécute le contrat de mandat. L'intérêt de l'agent commercial émerge de l'exécution même du contrat d'agence commerciale. En effet, la mission de l'agent commercial consiste précisément à prospector une clientèle de laquelle les deux parties pourront tirer avantage. Le contrat d'agence commerciale ne joue pas non plus un rôle instrumental pour la satisfaction d'un intérêt né d'un rapport juridique préexistant. Enfin, alors que dans le contrat de mandat *in rem propriam* l'intérêt du mandataire doit être recherché avant la conclusion du

²⁸⁹ L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, n° 106, p. 98.

mandat, dans le contrat d'agence commerciale, l'intérêt du mandataire est tourné vers l'avenir et consiste en l'exploitation et la conquête d'un marché.

120. L'impossibilité d'extension du régime du mandat *in rem propriam* à l'agence commerciale. Lorsque la Cour de cassation affirme le caractère d'intérêt commun de l'agent commercial, elle mentionne entre parenthèses l'article 1279 C. com. col. qui consacre le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire (mandat *in rem propriam*). Le régime du mandat *in rem propriam* implique que le mandant ne puisse révoquer le mandat à durée indéterminée que par une juste cause²⁹⁰. De plus, il entraîne que le mandat ne prend pas fin avec la mort ou l'incapacité du mandant²⁹¹. Cela s'explique parce que la protection de l'intérêt du mandataire est maintenue en dépit de la mort du mandant ou de son habilité. La restriction du droit de rupture du mandant se justifie donc par la protection des intérêts du mandataire (que le mandat vise à réaliser), qui subsistent même après la mort du mandant. En revanche, ce régime ne peut pas être étendu au mandataire chargé de développer une clientèle. En effet, le mandataire n'a pas de droit sur la clientèle : la clientèle n'est pas une chose et les parties ne sont pas cotitulaires d'un droit quelconque sur elle ; elles n'ont qu'un droit à s'affronter loyalement sur un marché pour le conquérir. Partant, la restriction du droit de résiliation unilatérale du mandant ne se justifie pas, car il ne prive pas le mandataire d'un droit sur la clientèle. Si l'agent commercial reçoit une indemnité de clientèle à la fin du contrat, c'est précisément parce qu'il n'a pas de droit sur la clientèle et, qu'en conséquence, il n'a pas de droit au maintien indéfini du lien contractuel pour continuer à exploiter cette clientèle. Au contraire, la loi reconnaît le droit du mandant de mettre fin au contrat, mais moyennant une compensation au profit de l'agent commercial en contrepartie de ses efforts dans la conquête de la clientèle. En d'autres termes, l'intérêt du mandataire à continuer d'exploiter la clientèle ne constitue pas un droit sur la clientèle de nature à priver le mandant de son droit de résiliation unilatérale. Il n'en reste pas moins que le contrat d'agence commerciale constitue un contrat d'intérêt commun, car les deux parties ont un intérêt à l'exploitation de la clientèle pour en retirer chacune profit pendant l'exécution du contrat.

²⁹⁰ C. com. col., art. 1279 : « Le mandant pourra révoquer totalement ou partiellement le mandat, sauf si les parties ont stipulé son irrévocabilité ou si le mandat a également été conféré dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers, auquel cas il ne pourra être révoqué que par une juste cause ».

²⁹¹ C. com. col., art. 1284 : « Le mandat conféré également dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers ne prend pas fin par la mort ou l'incapacité du mandant ».

ii. Le contrat d'agence commerciale est un contrat d'intérêt commun

121. En droit français, le dédoublement de la notion de mandat d'intérêt commun a permis l'émergence de la notion de contrats d'intérêt commun²⁹² entendus comme des contrats par lesquels « les parties poursuivent un projet commun dans leur intérêt partagé, en sorte que chaque prestation est un moyen qui sert aussi bien l'intérêt économique de celui qui est tenu de l'exécuter que de celui qui est en droit de l'exiger »²⁹³. Il y a des intérêts convergents parce qu'il existe un objectif commun et que sa réalisation permet à chacune des parties d'en tirer des avantages pendant l'exécution du contrat. Les intérêts économiques des parties sont interdépendants, visant une même finalité positive, donc convergents. Il s'agit ainsi d'une mise en relation de prestations finalisées dans la mesure où elles tendent à l'accomplissement du même but. Le contrat d'agence commerciale constitue, en ce sens, un contrat d'intérêt commun.

²⁹² Nous préférons parler ici de contrat d'intérêt commun selon la structure identifiée par Mme. Ancel (*La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, 2002, *Economica*, n° 175 et s.), car le contrat-coopération étudié par Mme Lequette (S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *Economica*, 2012) peut obéir à diverses structures juridiques autres que celle d'un contrat de distribution. On sait en effet que le contrat-coopération répond à une définition économique très large : la coopération met en relation des actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun coordonnant les intérêts économiques convergents mais différents des parties (n° 113 et s.). Cette fonction économique peut être réalisée par le biais de plusieurs structures juridiques. S'agissant des contrats-coopération simples (en opposition aux contrats-coopération de structure complexes), la structure des contrats de distribution est la plus représentative : une partie fournit des moyens (prestation instrumentale) à une autre partie qui les exploite dans leurs intérêts respectifs (n° 255). La particularité réside dans le fait que seule l'une des parties exécute la prestation finale. Cependant, il existe également d'autres structures juridiques de coopération. Il en va ainsi de l'engagement collectif de conservation de parts et d'actions (n° 261 et s.). Dans ce cas, chaque engagement de conservation constitue à la fois l'exécution de la prestation finale pour celui qui l'exécute et l'exécution d'une prestation instrumentale pour les autres signataires. Les deux parties exécutent alors la prestation finale. En second lieu, comme nous le verrons, à la différence du contrat-coopération, la plupart du temps dans les contrats de distribution il n'y a pas d'égalité juridique entre les parties. Certes, le distributeur est un commerçant juridiquement indépendant, mais la fonction économique d'assurer la distribution des produits sous ces conditions peut faire douter du caractère réel de la coopération de ces contrats. La doctrine remarque généralement qu'il s'agit des contrats d'intégration. La question est donc de savoir si l'inégalité juridique infirme le caractère coopérationniste de ces contrats ou si le contrat-coopération se scinde pour embrasser, d'une part, les contrats où il existe un rapport de pouvoir inégalitaire et, d'autre part, les contrats de partenariat où l'égalité est présente. Il en va ainsi notamment des joint-ventures sans création d'une société où il existe un organe collectif qui garantit une certaine égalité juridique dans la gestion du projet commun. En outre, dans les contrats de distribution, l'intérêt commun coexiste avec les intérêts particuliers et l'inégalité des parties. Certes, l'intérêt commun atténue en partie les intérêts particuliers des parties, mais les contrats de distribution ne sont pas le summum du devoir de coopération en matière contractuelle. Plus qu'un projet commun, il existe une adhésion du distributeur au projet du fournisseur qui détient de ce fait un pouvoir de gestion plus important. Les contrats de distribution restent avant tout des contrats-échange. L'hétérogénéité des contrats embrassés par le contrat-coopération fait dès lors douter de l'existence de cette catégorie qui recouvre des contrats à structures diverses.

²⁹³ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Contrat -d'intérêt commun ».

C'est le sens que l'application de la notion de mandat d'intérêt commun à l'agent commercial a permis de forger en droit français²⁹⁴.

122. Certes, ce but commun qui intègre le contenu du contrat alourdit les prestations des parties dans la mesure où leur exécution doit tendre à l'accomplissement de cet objectif. Dès lors, il constitue un critère pour apprécier le comportement des parties. Cependant, il ne justifie pas la restriction du droit de résiliation unilatérale des parties. Certes, on peut reprocher une résiliation unilatérale prématurée qui empêche la réalisation du but contractuel ; néanmoins, il ne s'agit pas d'une limitation substantielle du droit de résiliation mais d'une limitation indirecte qui résulte de la sanction de la rupture prématurée. De ce fait, même si les contrats d'agence commerciale et les autres contrats de distribution, notamment de concession et de franchise, peuvent être considérés comme des contrats d'intérêt commun, ils ne peuvent faire l'objet d'une limitation de la résiliation unilatérale des parties. À cet égard, la jurisprudence française a rejeté, avec raison, l'application du régime de mandat d'intérêt commun au contrat de concession²⁹⁵. Non seulement les contrats de concession et de franchise ne sont pas des contrats de mandat²⁹⁶, mais surtout la restriction du droit de résiliation unilatérale ne se justifie que pour le mandat *in rem propriam*. L'agence commerciale n'est pas non plus un mandat *in rem propriam*. Par ailleurs, en droit français, la notion de contrat d'intérêt commun évoquée par la loi Doubin²⁹⁷ ne peut être comprise comme celle étant à l'origine du mandat d'intérêt commun mais comme celle appliquée au mandataire chargé de développer une clientèle²⁹⁸.

123. Outre la restriction du droit de résiliation unilatérale du mandant, il existe d'autres règles spéciales de protection de l'agent commercial en fin de contrat.

²⁹⁴ V. not. Th. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD civ.* 1984, p. 581 et s. P. Grignon, « *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution* », in *Mélanges offerts à M. Cabrillac*, Litec, 1998, p. 127 et s. A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s. J. Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé*, GLN Joly et Litec, 1991, p. 105 et s. Le contrat d'intérêt commun constitue le fondement de la catégorie des contrats-coopération. S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, 514 p.

²⁹⁵ V. p. ex., Cass. com., 13 mai 1970 : *JCP G* 1971, II, 16891, note A. Sayag ; *D.* 1970, jurispr., p. 701, note J. Guyénot ; 7 oct. 1997, *JCP G* 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; *CCC* 1998, comm., 20, note L. Leveneur.

²⁹⁶ G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité des contrats, Les contrats de distribution, op. cit.*, n° 365 : « Ainsi, dire que le contrat de concession exclusive est un contrat d'intérêt commun, ne signifie pas que le concessionnaire a droit à la même protection que le mandataire d'intérêt commun en fin de contrat, tout simplement parce qu'il n'est pas un mandataire, mais un revendeur indépendant qui a sa propre clientèle ».

²⁹⁷ C. com. fr., art. L. 330-3, anciennement l'art 1^{er} de la loi du 31 de décembre 1989, dite loi Doubin, qui instaure une obligation d'information précontractuelle, évoque le « *contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties* ».

²⁹⁸ V. en droit français, Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 58 et s.

B. Les mesures de protection de l'agent commercial à la fin du contrat

124. L'approche protectrice en faveur de l'agent commercial à la cessation du contrat s'exprime à travers des règles spéciales de protection consacrée par le Code de commerce. Leur existence porte des différences importantes par rapport au régime de cessation des autres contrats de distribution qui, n'étant pas régi par une législation spéciale, sont soumis au droit commun des contrats. Ces règles spéciales en faveur de l'agent commercial consistent, tout d'abord, dans l'attribution d'une compensation de clientèle en fin de contrat (1) ; puis, dans la reconnaissance d'un droit de rétention en sa faveur (2) ; enfin, dans la restriction de la liberté de choisir la loi applicable au contrat d'agence commerciale (3).

1. L'attribution d'une indemnité de clientèle au seul agent commercial

125. L'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col., indique que « Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation, l'agent a droit au paiement par le mandant d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années] ». Le deuxième alinéa ajoute qu'« Outre la prestation indiquée à l'alinéa antérieur, lorsque le mandant révoque ou met fin unilatéralement au contrat sans juste cause prouvée, il doit payer à l'agent une indemnisation équitable comme rétribution des efforts réalisés pour accroître la réputation de la marque, la gamme des produits ou les services objet du contrat. La même règle s'applique lorsque l'agent met fin au contrat pour une juste cause imputable au mandant ». La doctrine est unanime pour relever la rédaction obscure de ces dispositions. La loi ne reconnaît l'attribution d'une indemnité de fin de contrat qu'au distributeur lié par un contrat d'agence commerciale. Il convient de préciser le fondement de l'attribution de cette indemnité (a), puis d'en examiner le régime (b).

a. Le fondement de l'indemnité de fin de contrat

126. Comme il a été observé, cette règle de protection spéciale en faveur de l'agent commercial a été codifiée en vue de protéger les entreprises colombiennes qui ouvraient un

marché aux produits d'entreprises étrangères mais se voyaient évincées après plusieurs années de collaboration. Elle s'étendait toutefois à tous les agents commerciaux, indépendamment de savoir si le mandant était une entreprise nationale ou étrangère, puisque son domaine d'application n'avait pas été limité. La doctrine colombienne a discuté les raisons et la portée de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat à l'agent commercial. Il convient, tout d'abord, d'analyser les fondements de cette prestation avancés par la doctrine et la jurisprudence qui nous semblent devoir être écartés (i), avant de s'attarder sur le fondement qui, selon nous, doit être retenu (ii).

i. Les fondements écartés

127. L'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. mentionne le droit de l'agent commercial au versement d'une somme d'argent et prévoit son mode de fixation²⁹⁹. Néanmoins, il est impossible de déduire de ce texte un fondement précis de cette indemnité de fin de contrat³⁰⁰.

128. La réparation du préjudice. Elle n'a certainement pas pour fondement la réparation du préjudice subi par l'agent du fait de la cessation du contrat. En effet, selon ce fondement, la cessation du contrat par la volonté du mandant entraînerait un préjudice pour l'agent commercial, car il serait privé des commissions qu'il aurait tiré à l'avenir des contrats conclus avec la clientèle qu'il a consolidée ou développée. Cela aurait pour conséquence, d'une part, que l'agent serait créancier d'une telle indemnité indépendamment de savoir si le mandant continue ou non son activité sur le marché et, d'autre part, qu'elle ne serait pas due si la cessation du contrat était imputable à l'agent commercial³⁰¹. Pour écarter l'existence de ce fondement en droit colombien, il suffit de relever que l'indemnité de fin de contrat est due

²⁹⁹ Pour rappel, art. 1324, al. 1^{er} C. com. col. : « *Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation, l'agent a droit au paiement, de la part de l'entrepreneur, d'une somme équivalente au douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années]* »

³⁰⁰ Les travaux préalables à un avant-projet du Code de commerce de 1958, qui ont été repris par la suite pour la rédaction du Code de commerce de 1971, affirmaient que la prestation cherche « la rétribution de l'enrichissement sans cause de la part du principal, en conséquence du "good-will" acquis pour le crédit de la marque de son entreprise ou de ses produits, grâce aux activités de l'agent » (Comisión revisora del Código de Comercio, Proyecto de Código de comercio, Imprenta Nacional, Bogotá, 1958, p. 302) Or, le projet finalement approuvé en 1971 a subi d'importantes modifications par rapport à l'avant-projet de 1958, sans que l'on connaisse les discussions permettant d'aboutir à ces modifications. De ce fait, l'exposé des motifs n'est pas superposable à l'actuel article 1324 C. com. col. V. en ce sens, J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13e éd., 2012, Legis, Bogotá, p. 239.

³⁰¹ En droit français, l'article L. 134-12 C. com. fr. prévoit qu'« *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

même en cas de cessation imputable à la faute de l'agent commercial³⁰² et indépendamment de son degré de gravité. De plus, le mode de calcul de l'indemnité de fin de contrat exclut l'appréciation objective d'un préjudice subi par l'agent commercial³⁰³.

129. L'apport d'une clientèle. Il ne s'agit pas non plus de compenser l'apport de nouveaux clients ou l'augmentation des affaires conclues avec la clientèle préexistante dont l'entrepreneur continue à bénéficier à l'issue du contrat³⁰⁴. Non seulement la loi ne pose pas de conditions en ce sens, mais également le mode de calcul prévu prend en considération les commissions versées à l'agent commercial indépendamment du fait qu'elles tirent ou non leur origine de contrats conclus avec de nouveaux clients.

130. La doctrine colombienne s'accorde pour affirmer qu'il s'agit d'une « prestation additionnelle »³⁰⁵ ou d'une rémunération supplémentaire ou extraordinaire différée à la fin du contrat³⁰⁶. Toutefois, les fondements justifiant cette rémunération sont multiples³⁰⁷. Pour certains, elle rétribue l'activité de l'agent commercial consistant à conquérir, maintenir ou récupérer un marché en faveur de l'entrepreneur tout en assumant un risque important au regard de cette activité³⁰⁸. Pour d'autres, sortant des limites temporelles du contrat, elle rétribue l'activité de l'agent qui a constitué une clientèle restant attachée à l'entrepreneur après la

³⁰² J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 107. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 112. E. Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, Dike, 1989, p. 312. J. Suescún Melo, « Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial y de algunos de sus efectos », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. 2, Legis, 1996, 2003, p. 509.

³⁰³ J. P. Cárdenas Mejía, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 107.

³⁰⁴ Comp. l'art. 17, 2, a), de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, consacre une indemnité dont le fondement est l'apport de nouveaux clients ou le développement sensible des opérations avec les clients préexistants. Ce fondement a été accueilli par la plupart des législations européennes. V. notamment, le droit allemand (§ 89 HGB), le droit italien (art. 1751 C. civ. it.), le droit belge (art. 20, loi du 13 avril 1995), le droit espagnol (art. 28, loi 12/1992 LCA), le droit autrichien (§ 24 HvertG), le droit grec (décret présidentiel n° 219/1991), les Pays-Bas (7:442 BW) et le Portugal (art. 33 et 34, décret-loi 178/86). En Angleterre, les parties peuvent opter pour ladite compensation d'apport de clients. Si elles gardent le silence, l'agent a droit à la réparation du préjudice (17, Regulations 1993 (SI 1993/3053)). En droit français, l'agent commercial a droit à la réparation du préjudice subi (L. 134-12 C. com. fr.).

³⁰⁵ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., 2012, Legis, Bogotá, p. 239.

³⁰⁶ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, p. 87.

³⁰⁷ V. G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales, Negocios de sustitución*, T. I., 2^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 440. L'auteur affirme qu'elle a pour finalité de rétablir l'équilibre économique du contrat, car on peut constater un enrichissement disproportionné de l'entrepreneur au détriment de l'agent commercial.

³⁰⁸ H. Cardozo Luna, *La agencia comercial*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 60. Rapp. J. P. Cárdenas Mejía, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 108 et 109. Pour l'auteur, elle rémunère l'apport de clientèle que l'agent réalise à l'entreprise de l'entrepreneur.

cessation du contrat³⁰⁹. Certains ont relevé sa ressemblance avec la prestation différée que reçoit le salarié lui permettant d'obtenir un capital à la fin du contrat³¹⁰.

131. La Cour de cassation colombienne a pris position. Elle reconnaît que l'indemnité de fin de contrat a un caractère rémunérateur par opposition à l'indemnisation de l'alinéa 2^e du même article 1324 C. com. col.³¹¹ Cependant, dans l'*obiter dictum* de ses arrêts, elle présente différentes raisons pour justifier cette rémunération. La Cour a ainsi pu indiquer que l'attribution de cette prestation est « étroitement lié à la clientèle qui préserve l'entrepreneur après la cessation du contrat »³¹². D'autres fois, la Cour admet que « l'activité de l'agent est dirigée à créer, consolider ou récupérer un marché, c'est-à-dire un flux de clientèle en faveur de la marque ou des produits de l'entrepreneur, particularité qui explique de façon prépondérante les prestations prévues par l'article 1324 du Code de commerce »³¹³. Elle indique encore que cette prestation « a pour finalité de rétribuer les efforts de l'agent pour les ventes effectivement réalisées ou pour la gestion dirigée vers la conclusion infructueuse de celles-ci »³¹⁴. Pour notre part, nous considérons qu'un autre fondement doit être retenu.

³⁰⁹ J. Suescún Melo, « Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial y de algunos de sus efectos », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. II, Legis, p. 508.

³¹⁰ V. A. Pérez Vives, « Intermediación o contratos comerciales », in *Comentarios al código de comercio* (sous dir. D. Guzmán), V. I., Colegio Antioqueño de Abogados, 1980, p. 242. E. Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, Dike, Medellín, 1989, p. 310. *Contra*, H. Cardozo Luna, *La agencia comercial, op. cit.*, p. 60 et s.

³¹¹ CSJ, chambre civile, 2 juill. 2010, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01 ; 19 oct. 2011, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.

³¹² CSJ, chambre civile, 28 févr. 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 7504 ; 2 juill. 2010, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01 ; 19 oct. 2011, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01 ; 1^{er} déc. 2011, M.R. Pedro Octavio Munar, n° 11001 3103 016 1999 01889 01 : el agente comercial « acredita los productos y marcas de éste, generándole un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquel, cuestión que justifica el reconocimiento de la prestación e indemnización contemplada en el artículo 1323 del estatuto mercantil ». V. égal. CSJ, chambre civile, 22 oct. 2001, M.R. Jorge Antonio Rugeles, n° 5817 : « c) Además la ley ha dotado a la agencia ya los agentes comerciales de instrumentos que importan un régimen de específicas condiciones económicas para cuando termina por causa justificada o sin ella, a partir de la conquista o reconquista de un mercado específico exclusivo, que por pasar a serio de ese modo, representa hacia el futuro ganancias que en adelante sólo han de beneficiar al empresario ».

³¹³ CSJ, chambre civile, 22 oct. 2001, M.R. Jorge Antonio Castillo Rugeles, n° 5817 : « En síntesis, pues, el agente comercial, mediante su labor de "promover o explotar" los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquél ».

³¹⁴ CSJ, chambre civile, 22 juin 2011, M.R. Edgardo Villamil Portilla, n° 11001-3103-010-2000-00155-01.

ii. Le fondement retenu : une prestation rémunératoire du flux de clientèle constituée ou maintenue au cours du contrat

132. L'idée selon laquelle l'indemnité de fin de contrat a un caractère rémunératoire paraît justifiée. En effet, ne compensant pas une quelconque perte de clientèle au détriment de l'agent à l'issue du contrat, elle ne peut être qualifiée de prestation compensatoire³¹⁵. Cependant, comme nous venons de le noter, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas de position univoque sur la justification de cette rémunération. Dès lors, il est nécessaire de procéder à quelques éclaircissements afin de préciser son fondement. En premier lieu, relevons que cette prestation n'est pas liée à la clientèle que préserve le fournisseur après la cessation du contrat. En réalité, rien n'indique que le Code de commerce prend en compte l'avenir, c'est-à-dire les bénéfices que peut continuer à retirer le fournisseur après la cessation du contrat, car la loi ne fixe pas une telle condition et la prestation est due même lorsque le producteur cesse ou abandonne son activité à la fin du contrat. Elle semble considérer uniquement le profit en faveur du fournisseur généré pendant l'exécution du contrat. En second lieu, notons qu'elle est accordée sans tenir compte de l'apport de nouveaux clients, dans la mesure où son mode de calcul prend en compte les commissions sans considérer si elles tirent leur origine d'opérations conclues avec de nouveaux clients ou avec des clients préexistants.

133. En conséquence, il est possible de soutenir, en toute rigueur, que la prestation de l'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. rémunère l'activité de l'agent consistant à constituer ou à maintenir un flux de clientèle au cours de l'exécution du contrat en faveur de l'entrepreneur, indépendamment d'un apport de nouveaux clients et du sort réel de la clientèle à l'extinction du contrat. Il ne s'agit donc pas de rémunérer le bénéfice que le fournisseur tire des opérations avec les clients apportés ou conservés à l'extinction du contrat, mais de rétribuer plus globalement le résultat de l'activité de promotion de l'agent commercial dans le cadre des limites temporelles de l'exécution du contrat. Elle tient ainsi compte de la durée de la relation contractuelle, le mode de calcul prévu indiquant que le chiffre obtenu (le douzième de la moyenne des commissions des trois dernières années ou de toute la durée si elle a été inférieure

³¹⁵ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Compenser : Rétablir un équilibre légitime entre deux patrimoines ; réparer, par un mouvement de valeur équivalent, le déséquilibre patrimonial créé au détriment d'une personne du fait de l'inexécution par une autre de ses obligations envers la première » ; Dictionnaire de français Larousse [en ligne] V° « Compenser : Contrebalancer, équilibrer un effet par un autre, neutraliser un inconvénient, un préjudice par un avantage, un dédommagement ; dédommager ». [Consulté le 10 mai 2017] Larousse.fr.

à trois ans) doit être multiplié par le nombre d'années d'exécution du contrat. D'autres aspects intéressants de son régime doivent également être relevés.

b. Le régime de l'indemnité de fin de contrat

134. Conditions. L'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. n'impose aucune condition à l'attribution de l'indemnité de fin de contrat. Puisque la règle ne mentionne pas d'exceptions, la jurisprudence en a déduit qu'elle doit être versée en toutes circonstances sans qu'importe la cause de la rupture³¹⁶. Son attribution est donc automatique du fait de la cessation du contrat. Elle est due même si la cause de la cessation est une faute imputable à l'agent commercial. En outre, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'agent commercial a attiré de nouveaux clients ou augmenté de manière sensible le volume d'affaires du fournisseur. Il n'est pas non plus indispensable de prouver que l'entrepreneur continuera à profiter de la clientèle développée grâce à l'activité de l'agent commercial après la cessation du contrat. Il doit payer la prestation du contrat même s'il cessera en totalité son activité, ou si la clientèle est plus attachée à l'activité personnelle de l'agent commercial. Enfin, le paiement de cette prestation ne fait pas naître une obligation de non-concurrence à la charge de l'agent commercial.

135. Mode de calcul. L'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. prévoit que le fournisseur doit payer une somme égale au « douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années] ». Ce mode de calcul permet d'éviter l'intervention du juge ou d'experts, les parties pouvant elles-mêmes déterminer le montant de la prestation. La loi ne mentionne pas de critère d'équité. Si les parties ne s'accordent pas sur la valeur, le distributeur doit avoir recours au juge en apportant comme preuve ses registres comptables.

136. Caractère très onéreux de l'indemnité. Cette formule de détermination de l'indemnité de fin de contrat peut conduire à un montant très élevé³¹⁷. En effet, la prestation devient plus coûteuse au fur et à mesure que le contrat s'étale dans le temps. Il en va ainsi parce que la

³¹⁶ V., p. ex., CSJ, chambre civile, 2 juill. 2010, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01 : « La causa de terminación del pacto, por consiguiente, carece de relevancia, y el ordenamiento no sujeta, ata, condiciona o subordina el derecho a esta prestación, más que a la presencia y extinción de la relación jurídica contractual, naturalmente que brotan por su simple existencia y conclusión ». V. égal., 22 juin 2011, M.R. Edgardo Villamil Portilla, n° 11001-3103-010-2000-00155-01.

³¹⁷ Rapp. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., Legis, Bogotá, p. 233.

multiplication de la somme par le nombre d'années d'exécution du contrat entraîne une augmentation considérable de celle-ci à mesure que la durée du contrat augmente également. Or, comme le législateur n'a pas établi de limite, cette règle de calcul peut entraîner une charge financière excessivement lourde pour le fournisseur lorsque le contrat a duré longtemps. L'absence de limitation du montant de cette prestation est inopportune, car elle incite le fournisseur à mettre fin au contrat lorsque celui-ci a duré longtemps. De plus, toutes les commissions sont prises en considération sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles proviennent ou non de contrats conclus avec de nouveaux clients apportés par l'agent commercial. Sans doute, le caractère très onéreux de la prestation est la principale raison qui a conduit les fournisseurs à vouloir contourner la qualification de contrat d'agence commerciale.

137. Discussions sur le caractère impératif. Le Code de commerce colombien n'indique pas si l'indemnité de fin de contrat due à l'agence commerciale est impérative ou si les parties peuvent en disposer librement³¹⁸. Cette question a suscité d'importantes controverses doctrinales. Comme nous le verrons ultérieurement, après avoir soutenu pendant trois décennies le caractère impératif de l'indemnité de clientèle, la Cour de cassation colombienne l'a écarté dans un arrêt de 2011³¹⁹. Ce faisant, la Cour a montré une tendance à désactiver les mesures de protection établies par le législateur lors de l'introduction du contrat d'agence commerciale dans le Code de commerce de 1971. Cela manifeste une confrontation entre la démarche protectrice voulue par le législateur de cette époque et une approche jurisprudentielle récente qui la considère comme un facteur décourageant l'utilisation de ce contrat et qui peut entraver l'intérêt des entreprises étrangères de s'implanter sur le marché colombien à l'heure de la signature d'accords de libre-échange. Cette prestation n'est cependant pas la seule règle de protection en faveur de l'agent commercial.

³¹⁸ Il s'agit d'une discussion très particulière en droit colombien en raison du silence de la loi. La plupart des législations consacrent la prohibition d'exclure l'indemnité de fin de contrat au détriment de l'agent commercial. V. p. ex., l'art. 19 de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, droit français (L-134-16 C. com. fr.) droit italien (art. 1751 C. civ. it.) et droit espagnol (art. 3, loi 12/1992 LCA).

³¹⁹ Certains auteurs ont salué la décision de la Cour de cassation : v. N. Martínez Neira, « Su majestad : la autonomía de la voluntad », *Ambito jurídico*, 17 nov. 2011. A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ambito jurídico*, 17 janv. 2012.

2. Le droit de rétention accordé à l'agent commercial

138. Une autre manifestation de l'approche protectrice du législateur du Code de commerce de 1971 en faveur de l'agent commercial est l'attribution à ce dernier d'un droit de rétention. En effet, parmi les distributeurs, l'agent commercial est le seul à bénéficier d'un droit de rétention consacré par le Code de commerce. Cela marque donc une différence entre le régime de l'agent commercial lors de sa cessation et celui des autres contrats de distribution (a). La portée de ce droit accordé à l'agent commercial est néanmoins discutée (b).

a. Le droit de rétention en faveur du seul agent commercial

139. Le droit de rétention est un mécanisme que la loi accorde à un créancier afin de protéger son droit de créance³²⁰. Il est défini comme le « droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé »³²¹. En droit colombien, le régime du droit de rétention découle de l'article 2417, al. 2^e, du Code civil, relatif au gage³²², qui prévoit que « *La chose du débiteur ne pourra pas être retenue en garantie de la dette sans son consentement ; sauf dans les cas expressément désignés par la loi* ». Sur le fondement de cette règle, la Cour de cassation a établi que le droit de rétention n'existe que dans les cas autorisés expressément par la loi³²³ ou par la convention des parties³²⁴. Elle a même affirmé, dans un arrêt du 26 août 1936, que la solution du droit français, qui donne une portée générale au droit de rétention, ne pouvait être admise en droit colombien compte tenu des termes et des antécédents de l'article 2417 C. civ. col.³²⁵ Ce droit est donc, jusqu'à ce jour, d'application restrictive.

³²⁰ V., en droit colombien, M. Castro de Cifuentes, « Derecho de retención » in *Derecho de las obligaciones*, T. II., V. I., Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 568 et s. Du même auteur, *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004. A. Rocha Alvira, « El derecho de retención ante las legislaciones colombiana y francesa », *Revista jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, n° 241-242 (sept.-oct. 1936), p. 528 et s. En droit français, v. A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005.

³²¹ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Rétention », Sens 1/(droit de).

³²² C. civ. col. art. 2409, al. 1^{er} : « *Par le contrat de gage une chose meuble est remise à un créancier pour l'assurance de sa créance* ».

³²³ V. G. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, Bogotá, 2008, p. 162.

³²⁴ P. ex. Sent. arb. Contact Center Américas S.A. c/ Colombia Móvil S.A., 26 mars 2009.

³²⁵ CSJ, chambre civile, 26 août 1936, M.R. Antonio Rocha, *G.J.*, t. XLIV, p. 54. Jurisprudence réitérée postérieurement, v. p. ex., 6 mai 1969, M.R. Enrique López de la Pava, *G.J.*, t. CXXX, p. 82 : « De acuerdo con este precepto y según el alcance que le ha fijado la jurisprudencia, el derecho de retención no existe como institución general, sino como fenómeno excepcional, o sea en los casos que de manera taxativa y

140. Pour ce qui nous intéresse ici, notons que la loi n'autorise le droit de rétention que lorsque la créance due au commodataire est liée à la chose prêtée³²⁶ ou lorsqu'elle est liée au dépôt³²⁷. En ce qui concerne le contrat d'agence commerciale, l'article 1326 C. com. col. consacre expressément le droit de rétention. Il constitue, en conséquence, l'un des cas de rétention permis par la loi. Précisément, cet article prévoit que « *L'agent aura un droit de rétention et de privilège sur les biens de l'entrepreneur qui sont en sa possession ou à sa disposition jusqu'à ce que la valeur de l'indemnité soit payée et à concurrence du montant de cette indemnité* ». Il s'agit, dans ce cas, d'une connexité juridique dans la mesure où l'obligation de restitution et la créance ont toutes les deux un lien avec le contrat d'agence commerciale. Relevons enfin que puisque ce droit n'a pas de portée générale mais n'est reconnu que dans le cas expressément admis par la loi, les autres distributeurs, tels que les franchisés ou les concessionnaires, ne peuvent s'en prévaloir en vertu du contrat de distribution. L'étendue de ce droit accordé à l'agent commercial est cependant discutée.

b. La portée du droit de rétention

141. L'article 1326 C. com. col. fait référence à « l'indemnité » pour désigner la créance en vertu de laquelle l'agent commercial peut opposer le droit de rétention³²⁸. Se pose alors la question de savoir si l'agent commercial peut exercer le droit de rétention uniquement à l'égard de la créance qui résulte de l'indemnité en cas de rupture du contrat sans juste cause, ou également à l'égard de celle relative à la compensation de clientèle³²⁹. À ce propos, il convient de relever que cette dernière, au regard de sa nature juridique, n'est pas une indemnité réparant un préjudice causé à l'agent, mais rémunère l'activité de l'agent commercial qui a constitué ou maintenu un flux de clientèle au cours de l'exécution du contrat en faveur du fournisseur³³⁰. La loi ne la désigne pas non plus par le terme « indemnité ». Cette règle protège donc la seule

expresa señalan las leyes (LIX-2025) ». Les tribunaux arbitraux ont suivi cette interprétation. P. ex. récemment, Sent. arb., Rio Arquitectura S.A. c/ Samuel Gonzáles Villamaria et al., 17 juin 2006, arb. : Mario Gamboa. En droit français, le droit de rétention revêt une portée générale en matière mobilière et immobilière. V. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., 2017, n° 436 et s.

³²⁶ C. civ. col. art. 2216, 2217 et 2218 (dépenses extraordinaires et urgentes nécessaires pour la conservation de la chose et les préjudices causés par les défauts de la chose prêtée).

³²⁷ C. civ. col., art. 1177.

³²⁸ Si l'on s'intéresse aux dispositions précédentes, d'une part, on remarque que l'article 1324 C. com. col. consacre la prestation de clientèle (1^{er} al.) et l'indemnisation dans les cas où le mandant met fin au contrat sans juste cause (2^e al.) ; d'autre part, on note que l'article 1325 C. civ. col. mentionne les justes causes de cessation.

³²⁹ C. com. col., art. 1324, al. 1^{er}.

³³⁰ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B, 1, a., ii.

créance relative aux préjudices subis par l'agent commercial dans l'hypothèse d'une rupture sans juste cause du contrat. Ceci nous semble critiquable car ladite indemnité n'est pas une créance certaine : à l'extinction du contrat, c'est l'agent commercial qui doit décider si la rupture a été fautive et le montant des préjudices subis à concurrence duquel il exerce ce droit de rétention³³¹. Il semblait plus logique d'autoriser le droit de rétention pour assurer le paiement de la compensation de clientèle consacrée à l'article 1324, al. 1^{er} C. com. col., qui est due indépendamment de la cause de cessation du contrat et constitue une créance certaine et liquidable suivant la formule mathématique indiquée par le législateur³³².

142. Une sentence arbitrale a néanmoins reconnu un droit de rétention plus large à l'agent commercial sur le fondement de l'article 1330 C. com. col. Cette disposition indique que les règles relatives au contrat de fourniture, de mandat et de commission s'appliquent, lorsque cela est pertinent, à l'agence commerciale³³³. Le Code civil et le Code de commerce reconnaissent au mandataire un droit de rétention plus large, car il peut être excipé à l'égard de toutes les créances dues par le mandant au mandataire qui sont relatives au mandat exécuté³³⁴. Selon le tribunal, la consécration par le législateur de l'article 1326 C. com. col. n'exclut pas l'application à l'agent commercial du droit de rétention reconnu au mandataire dans le régime du contrat de mandat. Pour le tribunal, puisque l'indemnité de rupture sans juste cause est une créance non liquide ou liquidable, l'introduction d'une règle légale particulière était nécessaire pour permettre l'invocation du droit de rétention³³⁵. L'agent commercial pourrait ainsi invoquer ce droit lorsque l'entrepreneur est redevable de l'indemnité de clientèle à la fin du contrat ou d'une autre créance liée à l'exécution du contrat d'agence commerciale. Même si cette interprétation risque de se heurter à l'application restrictive du droit de rétention, elle nous

³³¹ V. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 124.

³³² *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B, 1, b.

³³³ Sent. arb., 31 août 2000, Compañía Central de Seguros S.A. et Compañía central de seguros de vida S.A. c/ Malulaa Ltda, Chambre de commerce de Bogotá, arb. Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas et Antonio José de Irisarri. Déjà en ce sens, J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984, p. 124.

³³⁴ Dans le Code civil, le droit de rétention porte sur les biens remis au mandataire pour son activité pour le compte du mandant (art. 2188, C. civ. col.) et, dans le Code de commerce, sur les sommes d'argent qu'il détient pour le compte du mandant (art. 1277, C. com. col.). Les règles relatives au contrat de mandat contenues dans le Code civil sont applicables au mandat commercial en vertu de l'article 2^e et 822 C. com. col.

³³⁵ Des conditions exigées par les articles qui admettent le droit de rétention, la doctrine a déduit que ce droit peut être invoqué lorsque la créance est certaine, exigible, liquide ou liquidable et connexe à l'obligation de restituer la chose. V. G. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, Bogotá, 2008, p. 165 et s. Dans la jurisprudence arbitrale, v. sent. arb., 31 août 2000, Compañía Central de Seguros S.A. et Compañía central de seguros de vida S.A. c/ Malulaa Ltda, Chambre de commerce de Bogotá, arb. Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas et Antonio José de Irisarri.

semble néanmoins admissible, car le législateur a autorisé l'application des règles du contrat de mandat à l'agence commerciale et que la même protection se justifie à l'égard d'autres créances se rattachant à ce contrat.

143. Il existe encore d'autres différences entre le régime applicable à l'agent commercial et celui applicable aux autres distributeurs.

3. L'interdiction de choisir la loi applicable à l'agence commerciale

144. Constituant une autre manifestation de l'approche protectrice du législateur colombien en faveur de l'agent commercial, le Code de commerce de 1971 a instauré une règle spéciale concernant le choix de la loi applicable au contrat d'agence commerciale exécuté en Colombie (a). Celle-ci manifeste un traitement différencié de l'agence commerciale par rapport aux autres contrats de distribution (b).

a. Le refus de la liberté de choix de la loi applicable à l'agence commerciale

145. En matière de loi applicable au contrat d'agence commerciale, l'article 1328 C. com. col. prévoit une règle spécifique : « À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont assujettis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ». La consécration de cette règle n'est que l'expression de l'approche protectrice suivie par le législateur lors de la consécration légale du contrat d'agence commerciale dans le Code de commerce 1971. L'objectif spécifique était alors la protection des agents nationaux contre les fournisseurs étrangers visant à bafouer les droits légaux accordés aux agents commerciaux nationaux, notamment ceux relatifs à la rupture du contrat et à l'indemnité de fin du contrat³³⁶.

³³⁶ En ce sens, A. Zapata, « El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia », in *Derecho Internacional de los Negocios* (A. Zapata sous dir.), T. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 33.

146. La Cour de cassation colombienne, dans un arrêt du 31 octobre 1995, a indiqué que cet article revêt un caractère d'ordre public³³⁷. Plus récemment, dans un arrêt du 24 juin 2016³³⁸, la Cour de cassation a aussi précisé que cette règle fait partie de l'ordre public interne en raison de sa nature impérative, mais qu'elle ne relève pas de l'ordre public international de la Colombie puisqu'elle appartient à l'ordre public de protection et non à celui de direction³³⁹. Elle a par ailleurs indiqué que l'article 1328 C. com. col. est une règle impérative qui a été créée « dans un contexte historique et économique, dans lequel le législateur a considéré nécessaire d'accorder une protection au groupe des agents [commerciaux] nationaux »³⁴⁰. D'après la Cour, puisque seules les règles qui intègrent l'ordre public de direction intéressent l'ordre public international de la Colombie et que les règles impératives de l'ordre interne n'en font pas nécessairement partie, l'article 1328 C. com. col. n'est pas rattachable à l'ordre public international de la Colombie.

147. Toutefois, et non sans raison, la doctrine colombienne s'est demandé si l'article 1328 C. com. col. n'avait pas été partiellement dérogé après l'entrée en vigueur, en 1996, d'une loi relative à l'arbitrage international qui a établi la liberté des parties pour choisir la loi du contrat sur laquelle les arbitres devront se baser pour régler le litige³⁴¹. Pour certains commentateurs,

³³⁷ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701 : « Ahora bien, dada la naturaleza de la relación contractual inmanente en la agencia comercial, el legislador regula algunos asuntos, por razones de orden público (...) En efecto, se señala en primer término que este contrato, cuando se ejecuta en el territorio nacional queda sujeto a la ley colombiana, aunque se pacte lo contrario (Art. 1328, C. de Co.). Ello significa, entonces, que para determinar la ley aplicable al contrato, el legislador prescinde por completo del lugar de su celebración y de la nacionalidad de las partes contratantes ».

³³⁸ En l'espèce, la Cour a examiné un contrat d'agence commerciale (*agency agreement*) conclu entre une entreprise américaine et un agent commercial colombien, dans lequel les parties avaient stipulé une clause compromissoire qui prescrivait l'application des règles de la Chambre de commerce internationale et établissait le siège arbitral à Houston aux États-Unis. L'entreprise américaine a intenté une action devant la justice arbitrale. Le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour résoudre le litige. L'entreprise américaine a demandé, devant la justice colombienne, la reconnaissance de cette sentence arbitrale. L'entreprise colombienne s'est cependant opposée à cette reconnaissance en invoquant le fait que les parties avaient convenu que le contrat était régi par la loi de l'État du Texas, ce qui était contraire à l'article 1328 C. com. col.

³³⁹ Dans cet arrêt, la Cour a fait la distinction entre l'ordre public de direction - qui serait constitué par les règles de contenu politique, économique ou social consacrant les principes fondamentaux des institutions et de la structure de l'État et de la communauté - et l'ordre public de protection - qui serait constitué par les règles légales conçues afin de protéger un groupe de personnes mais qui ne représentent pas les valeurs ou les principes fondamentaux de l'État -.

³⁴⁰ Rappr. CSJ, chambre civile, 24 juin 2016, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC8453-2016.

³⁴¹ L'article 2 de la loi 315 de 1996, relatif à l'arbitrage international, a prévu la possibilité, pour les parties, de choisir la règle de fond selon laquelle les arbitres devaient trancher le litige. Il a été dérogé à cette loi par la loi 1563 de 2012, actuellement en vigueur, qui indique dans son article 101, al. 1^{er} et 2^e que « *Le tribunal arbitral décide de la conformité aux règles de droit choisies par les parties. L'indication du droit*

cette nouvelle règle déroge partiellement à l'article 1328 C. com. col.³⁴². Cependant, l'application de la règle *generalia specialibus non derogant* conduit à douter du bien-fondé de cette affirmation dans la mesure où l'article 1328 C. com. col. est une règle spéciale. Quoiqu'il en soit, se pose la question de savoir si l'existence de cette règle spéciale implique un traitement du contrat d'agence commerciale qui se distingue de celui accordé aux autres contrats de distribution. Afin d'y répondre, il est nécessaire de s'intéresser à la portée de la liberté de choix de la loi applicable aux contrats en droit colombien.

b. La liberté de choix de la loi applicable aux autres contrats de distribution

148. À défaut de règle spéciale à l'égard des autres contrats de distribution, on doit se poser la question de la liberté de choix de la loi applicable au contrat en droit colombien. La règle fondamentale relative aux contrats commerciaux est l'article 869 C. com. col., aux termes duquel « *L'exécution des contrats conclus à l'étranger qui doivent s'accomplir en Colombie sera régie par la loi colombienne* »³⁴³. Cet article prévoit ainsi un critère de rattachement qui repose sur un élément objectif, à savoir le lieu d'exécution du contrat. Le principe est donc celui de l'application de la loi colombienne aux contrats exécutés sur le territoire colombien (art. 869 C. com. col.), qu'ils aient été conclus à l'étranger ou en Colombie. Il s'agit donc de la règle applicable aux contrats de distribution autres que celui d'agence commerciale. Or, il a été

ou de l'ordre juridique d'un État doit être comprise comme désignant, sauf si les parties s'expriment autrement, le droit matériel de cet État et non ses règles de conflits de lois. Si les parties n'indiquent pas la règle, le tribunal appliquera les règles de droit qu'il estime pertinentes ». La loi faisant référence aux règles de droit ou à l'ordre juridique, les parties peuvent choisir la loi d'un État ou l'application des règles non étatiques.

³⁴² A. Zapata, « El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia », in *Derecho Internacional de los Negocios* (A. Zapata sous dir.), T. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 36. Jorge Oviedo Albán, « La ley aplicable a los contratos internacionales », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 10, n° 21, 2012, p. 134. C. Umaña Trujillo, « El arbitraje y la agencia mercantil : los efectos de los laudos arbitrales frente a las normas sobre agencia mercantil », in *El contrato de arbitraje* (E. Silva Romero y F. Mantilla), Legis, Bogotá, 2005, p. 466.

³⁴³ Pour rappel, il existe en droit colombien un Code civil et un Code de commerce. Le Code civil colombien contient des règles de droit international privé concernant la loi applicable aux contrats. Le Code de commerce nous intéresse ici, car il s'applique aux opérations entre commerçants ou aux opérations de nature commerciale, tels les contrats de distribution. L'article 2 du Code de commerce renvoie aux règles contenues dans le Code civil lorsqu'une question en matière commerciale ne peut être résolue en application des règles contenues dans le Code de commerce. Ce renvoi n'a pas lieu de s'appliquer ici, car l'article 869 C. com. col. règle la question de la loi applicable aux contrats commerciaux.

démontré que ce critère, tout comme les critères de rattachement retenus par le Code civil colombien, n'est que l'expression d'un principe de territorialité dépassé³⁴⁴.

149. Reste alors à élucider la question de la liberté des parties à écarter cette règle pour choisir la loi applicable à leur contrat lorsqu'il revêt un caractère international. Ni la loi ni la jurisprudence ne répondent expressément à la question de l'admission de la loi de l'autonomie en droit colombien. Toutefois, durant ces dernières décennies, une évolution importante a eu lieu dans la jurisprudence et dans la doctrine tendant à son admission. Tout d'abord, certains instruments internationaux, auxquels la Colombie fait partie, reconnaissent la liberté de choix de la loi applicable au contrat³⁴⁵. De plus, depuis 1996, les lois successives qui ont été votées pour encadrer l'arbitrage international en Colombie ont établi la liberté de choisir la loi applicable au contrat au regard de laquelle les arbitres tranchent le litige³⁴⁶. Par ailleurs, la Cour de cassation a semblé admettre l'application de la loi de l'autonomie concernant les contrats internationaux. En effet, dans l'*orbiter dictum* d'un arrêt du 21 février 2012, elle a considéré que les parties pouvaient soumettre leur contrat international aux principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, auquel cas ils s'appliquent de manière préférentielle par rapport aux règles nationales non impératives³⁴⁷. Enfin, la doctrine se montre particulièrement favorable à l'instauration de la loi de l'autonomie en droit international privé colombien. Selon certains auteurs, une intervention du législateur ne serait pas nécessaire pour l'admettre³⁴⁸. Ils soutiennent en effet l'idée que l'article 869 C. com. col. ne revêt pas un

³⁴⁴ Ces règles font l'objet de vives critiques de la part de la doctrine nationale, car elles seraient inadaptées au contexte des échanges commerciaux internationaux d'aujourd'hui. V. not. D. Rojas, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017. V. égal, A. Zapata, « La ley aplicable al contrato internacional », in *Teoría general del derecho internacional privado* (L. García et A. Aljure sous dir.), Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 189 et s.

³⁴⁵ Pour un recensement de ces instruments, v. D. Rojas, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 411 et s.

³⁴⁶ Actuellement, loi 1563 de 2012, art. 101, al. 1^{er} et 2^e.

³⁴⁷ CSJ, chambre civile, 21 févr. 2012, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-040-2006-00537-01 : « Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos ».

³⁴⁸ Récemment, un auteur a proposé dans sa thèse doctorale l'instauration de la loi de l'autonomie comme solution de principe en droit international privé des contrats en Colombie, v. D. Rojas, *Le droit applicable*

caractère impératif et que les parties pourraient, en conséquence, écarter son application pour choisir la loi applicable au contrat³⁴⁹. En tout état de cause, à l'heure actuelle, l'admission de la loi de l'autonomie est certaine lorsque les parties ont inséré une clause d'arbitrage international³⁵⁰. En dehors de ce cas, l'évolution du droit colombien semble tendre à son admission, même s'il n'existe pas encore de jurisprudence claire et consolidée à cet égard.

150. L'admission balbutiante de la loi de l'autonomie permet d'identifier un traitement distinct du contrat d'agence commerciale au regard des autres contrats de distribution. Une fois de plus, cette différence de régimes, qui a une influence certaine sur la détermination des règles relatives à la cessation des contrats de distribution, provient de la conjugaison de deux facteurs : d'une part, l'approche protectrice du contrat d'agence commerciale qui a conduit le législateur de 1971 à consacrer une règle spéciale impérative restreignant la liberté du choix de la loi applicable à ce contrat (art. 1328 C. com. col.) ; d'autre part, l'application du droit commun aux autres contrats de distribution qui conduit à une solution différente tenant à l'admission probable de la loi de l'autonomie en matière contractuelle. Le fondement de ce traitement différencié doit cependant être contesté, tout comme celui des autres disparités de régime relatives à la cessation du contrat qui ont été précédemment relevées.

151. Conclusion de la Section I du Chapitre 1 du Titre I de la Première partie. L'étude du droit de la distribution colombien a mis en évidence un contraste dans l'activité du législateur. D'une part, celui-ci a introduit en 1971 le contrat d'agence commerciale selon une approche protectrice à l'égard de l'agent commercial qui s'explique par des raisons liées au contexte politico-économique de l'époque ainsi que l'influence des législations européennes. En revanche, concernant les contrats de distribution qui se sont en pratique parallèlement développés, tels les contrats de concession et de franchise, le législateur est demeuré silencieux. En conséquence, le droit commun leur est applicable. Ce contraste est à l'origine de l'existence de régimes différents gouvernant la cessation des contrats de distribution. En effet, suivant une logique protectrice, le législateur a consacré des règles spéciales qui restreignent le droit de

au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017.

³⁴⁹ V. A. Zapata, « El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia », in *Derecho Internacional de los Negocios* (A. Zapata sous dir.), T. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 33 et s. L'un des arguments soutenant le caractère supplétif de l'article 869 C. com. col. est l'existence de l'article 1328 C. civ. col. relatif au contrat d'agence commerciale. Puisque le législateur a prévu spécifiquement cette règle spéciale à l'égard de l'agence commerciale, cela permettrait de déduire le caractère supplétif de l'article 869 C. com. col. à l'égard des autres contrats.

³⁵⁰ Loi, 1563 de 2012, art. 101, al. 1^{er} et 2^e.

résiliation unilatérale des parties au contrat d'agence commerciale ainsi que la liberté du choix de la loi applicable au contrat. De plus, il a accordé une indemnité de clientèle et un droit de rétention au seul agent commercial. Conformément à cette même approche, le Code de commerce a consacré une définition large et ambiguë de l'agence commerciale fondée sur une approche économique, son élément essentiel étant l'activité de promotion d'affaires par l'agent commercial. Or, profitant du caractère équivoque de la définition, les distributeurs pour compte propre ont cherché à entrer dans son champ d'application afin notamment de pouvoir obtenir l'indemnité de clientèle. Cependant, la Cour de cassation colombienne a adopté une conception étroite de l'agence commerciale en exigeant que l'agent commercial agisse pour le compte du fournisseur. À bien y réfléchir, les raisons qui étayaient ces différences de régime relatives à la cessation de ces contrats sont contestables à plusieurs égards.

Section 2 : La remise en cause de la légitimité de la diversité de régimes

152. La différence entre le contrat d'agence commerciale, dans lequel le distributeur agit pour le compte d'autrui, et les contrats de distribution pour compte propre, tels que les contrats de franchise et de concession, existe bel et bien. Cependant, à notre sens, cette différence n'est pas de nature à justifier un traitement distinct à l'égard de certains aspects de leur cessation. Loin de remettre en cause le bien-fondé de la justification des différences de traitement de la cessation de ces contrats, notons qu'elles ont été préservées par le désintérêt du législateur en cette matière. Pour leur part, la doctrine majoritaire et la jurisprudence les ont légitimées en invoquant la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui (§1). Malgré cela, les raisons qui sous-tendent ces différences de traitement à l'égard de la cessation de ces contrats peuvent être contestées (§2).

§1. La légitimation des différences de régime

153. Le traitement différencié de l'agence commerciale par rapport aux autres contrats de distribution, tels les contrats de concession et de franchise, s'explique par l'absence d'intervention du législateur à l'égard de ces derniers (A). Une fois apparue la différence de régimes, la jurisprudence et la doctrine l'ont justifiée en avançant en particulier la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui (B).

A. La légitimation par l'admission du *statu quo*

154. Lors de la rédaction du Code de commerce de 1971, le législateur a reconnu l'existence d'une figure usitée en pratique mais qui était méconnue de la loi et de la jurisprudence : l'agence commerciale. En revanche, la consolidation en pratique des contrats de distribution pour compte propre, tels que les contrats de concession et de franchise, n'a pas suscité l'intérêt du législateur. Ce contraste entre la reconnaissance légale de l'agence commerciale et l'indifférence du législateur à l'égard des autres contrats de distribution perdure aujourd'hui (1). Pour sa part, la Cour de cassation n'a pas contesté les différences de traitement quant à la cessation de ces contrats, issues de cette approche différenciée du législateur. Au contraire, elle les a approuvées (2).

1. Le désintérêt du législateur

155. Les rédacteurs du Code de commerce de 1971 ont réglementé les types de contrats les plus importants et les mieux connus à cette époque. Dans le domaine de la distribution, le contrat d'agence commerciale était l'un d'eux compte tenu de sa consécration dans d'autres législations, notamment dans le Code civil italien de 1942 dont le Code de commerce colombien s'est largement inspiré³⁵¹. En revanche, d'autres contrats de distribution, tels que les contrats de concession ou de franchise, n'étaient à l'époque pas encadrés par la loi dans d'autres pays³⁵².

156. Dès lors, la différence de traitement surgit d'une réalité évidente : après la consécration dans le Code de commerce du contrat d'agence commerciale, en pratique sont apparus des accords de distribution pour compte propre qui n'ont pas été régis par la loi³⁵³. Relevons que la

³⁵¹ C. civ. it., « Libro quarto: Delle Obligazioni », « Titolo III : Dei singoli contratti », « X : Del contratto d'agenzia (1741-1754) ».

³⁵² Le droit belge constitue une exception remarquable. Depuis 1961 (loi du 27 juillet 1961, modifiée en 1971, depuis le 31 mai 2014 intégrée dans le Livre X du Code de droit économique), le droit belge prévoit le contrat de concession de vente. L'article I.11 du Code de droit économique indique : « 3°. "*concession de vente*" : toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue ».

³⁵³ En droit français, Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.M. Mousseron, Litec, 2000, n° 324, p. 305, explique : « Inspirée d'équité, la reconnaissance législative de l'indemnisation de fin de contrat correspond à un contexte spécifique. Son bornage historique aux intermédiaires du commerce ne constitue pas la traduction d'une volonté d'exclusion des intermédiaires exerçant une activité de distribution. Le périmètre de l'indemnisation, en

différence de régimes résulte non seulement des règles spéciales de protection consacrées par le Code de commerce en faveur de l'agent commercial, mais surtout du fait que certaines de ces règles sont ou ont été considérées comme des règles impératives. En effet, si le législateur avait expressément prévu le caractère supplétif de ces règles, elles n'exprimeraient qu'un modèle possible ou idéal du contrat d'agence commerciale, lequel aurait été en tout cas facilement modifiable par la volonté des parties. Assurément, la règle de protection la plus importante en pratique est celle accordant une indemnité de clientèle à l'agent commercial à la fin du contrat, qui a été considérée comme une règle impérative pendant plus de trois décennies³⁵⁴.

157. Après l'adoption du Code de commerce, le pouvoir législatif ne s'est pas intéressé au domaine de la distribution pour décider si, à l'image de l'agence commerciale, les nouvelles figures qui s'y développaient devaient faire l'objet d'une considération légale. D'une part, nonobstant l'existence de deux propositions de loi présentées au Parlement qui n'ont pas abouti³⁵⁵, il n'y a pas eu de véritables débats sur l'opportunité ou non d'accorder un régime légal particulier aux distributeurs pour compte propre. En tout état de cause, un refus ne saurait être déduit du silence du législateur dans la mesure où il s'est agi de propositions de loi qui n'ont fait l'objet ni de vraies discussions au sein du Parlement ni d'un examen de la part des acteurs intéressés. D'autre part, malgré la rédaction obscure des articles du Code de commerce colombien relatifs à l'agent commercial, lesquels ont donné lieu à un contentieux important, le législateur n'est pas intervenu pour résoudre ces difficultés. Mais cette apparente insouciance peut cacher un choix implicite du législateur de reporter sur la jurisprudence la résolution de ces difficultés.

2. L'approbation de la jurisprudence

158. Relevant cette différence de régimes, les distributeurs pour compte propre ont demandé l'intervention des juges afin de remédier à ce traitement différencié qu'ils considéraient comme injuste. Il s'agit d'un phénomène récurrent dans les pays qui consacrent une indemnité de fin

effet, est à l'image des hypothèses pouvant, au moment de la création des statuts, être potentiellement la source d'un enrichissement injuste du représenté ».

³⁵⁴ *Infra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, A, 2, a.

³⁵⁵ Projet de loi n° 146 de 2012, relatif à « l'agence commerciale de biens », et projet de loi n° 154 de 2015 relatif à « la représentation commerciale d'entreprises étrangères et aux mécanismes de protection pour les représentants commerciaux et agents sur le territoire national ».

de contrat en faveur du seul agent commercial. En droit colombien, la Cour de cassation s'est toutefois montrée réticente à l'égard des prétentions des distributeurs pour compte propre visant à obtenir la même protection que celle accordée à l'agent commercial. Elle a ainsi refusé d'admettre une interprétation large de la définition du contrat d'agence commerciale permettant d'englober les distributeurs pour compte propre³⁵⁶. C'est un trait saillant de la Cour de cassation colombienne d'être à l'heure actuelle peu encline aux créations prétoriennes³⁵⁷. En effet, elle n'a pas adopté la détermination des juges d'autres latitudes qui se sont montrés particulièrement dynamiques en permettant aux concessionnaires ou aux franchisés d'obtenir, sous certaines conditions, l'indemnité de fin de contrat attribuée à l'agent commercial. C'est notamment le cas dans les droits suisse³⁵⁸, allemand³⁵⁹ et espagnol³⁶⁰. En droit français, la Cour de cassation, après avoir reconnu dans un arrêt du 7 octobre 2007³⁶¹ une compensation fondée sur l'enrichissement sans juste cause à un franchisé lié par une clause de non-concurrence post-

³⁵⁶ *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, B, 1.

³⁵⁷ La Cour de cassation colombienne, dans les années trente (surnommée « la Cour d'or »), s'est caractérisée par d'importantes créations prétoriennes ; telles que l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la fraude à la loi et la théorie de l'imprévision. Certaines ont trouvé leur inspiration dans la jurisprudence française. V. J. Padilla, N. Rueda et M. Zafra, « Labor creadora de la jurisprudencia de la Corte de Oro. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas », *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 26, 2014, p. 105 et s. D. López Medina, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 2004, p. 311 et s.

³⁵⁸ V. K. Mirfakhraei, *Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive*, Université de Genève, Schulthess, 2014, n° 635 et s. J. Burda, « Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, 2009, p. 455 et s. Le Tribunal fédéral a admis, dans un arrêt du 22 mai 2008 (4A.61/2008), l'application par analogie de l'article 418u CO (relatif à l'indemnité de clientèle de l'agent commercial) aux concessionnaires lorsque ces derniers sont à tel point intégrés dans le système de distribution du concédant que leur situation se rapproche de celle d'un agent, ce qui justifie qu'une compensation pour clientèle qu'ils ont développée puisse leur être versée.

³⁵⁹ V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 576 et s. La jurisprudence reconnaît l'application par analogie du §89b du HGB au contrat de concession lorsque le concessionnaire est intégré dans l'organisation de la vente du fournisseur à la manière d'un agent commercial, et qu'à l'extinction du contrat le concessionnaire transfère à celui-ci la clientèle qu'il a acquise lors de l'exécution du contrat.

³⁶⁰ *Tribunal Supremo*, 1392/2008 du 15 janvier 2008 (STS 15-01-2008). La jurisprudence reconnaît l'indemnité de clientèle au distributeur lorsqu'il est lié au fournisseur par un lien analogue à celui de l'agent commercial et qu'il y a eu un apport de clients pendant l'exécution du contrat dont le fournisseur peut continuer de profiter après la cessation du contrat. Le fondement n'est pas l'enrichissement sans juste cause (qui impliquerait de reconnaître l'appauvrissement du distributeur), mais la création d'une valeur économique au profit du fournisseur. Selon le *Tribunal*, il s'agit de l'application de la *ratio legis* de la règle qui consacre l'indemnité de clientèle en faveur de l'agent commercial (art. 28, L. 12/1992, relative au contrat d'agence commerciale).

³⁶¹ Cass. com. 9 oct. 2007, n° 05-14118 : *JCP G* 2007, II, 10211, note N. Dissaux ; *CCC* 2007, n° 298, obs. M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2008, somm. 388, obs. D. Ferrier ; *RLDC* 2008, n° 2891, note D. Mainguy et M. Depincé ; *RJDA* 2008, 335, obs. Kenfack ; *RTD civ.* 2008, 119, obs. P.-Y. Gautier.

contractuelle, a ensuite révoqué cette solution «aux motifs que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties »³⁶².

159. Au fond, la question qui se pose est celle de la légitimité de la jurisprudence à intervenir afin d'accorder aux distributeurs pour compte propre, notamment aux concessionnaires et aux franchiseurs, la même protection que celle reconnue à l'agent commercial à la fin du contrat. Certes, en principe, toute évolution dans le sens de l'admission de l'attribution d'une indemnité de clientèle doit provenir du législateur ; cependant, l'absence d'intervention de ce dernier peut être interprétée comme un refus. Ce silence peut aussi être perçu comme un manque de diligence du législateur. Quoi qu'il en soit, à l'instar des pays mentionnés, cette situation devrait soulever une véritable interrogation sur le bien-fondé de la solution du droit positif. L'attitude de la jurisprudence colombienne prend certainement en considération le fait que l'attribution d'une protection analogue à celle de l'agent commercial aux distributeurs pour compte propre comporte des implications juridiques et économiques considérables. En tout état de cause, l'expérience d'autres pays démontre que l'encadrement légal des contrats de distribution est une question complexe³⁶³. Il serait toujours souhaitable que l'admission ou le refus d'un régime particulier aux contrats de distribution passe par une discussion préalable au sein du Parlement où les intérêts de tous les acteurs sont en principe pris en compte. Cette discussion n'a cependant pas encore eu lieu à ce jour en Colombie.

160. Plus encore, loin de remettre en cause la différenciation entre le régime de cessation du contrat liant l'agent commercial et le régime des contrats relatifs à d'autres distributeurs, la jurisprudence et la doctrine l'ont justifiée en avançant la distinction entre la distribution pour compte propre et celle pour le compte d'autrui.

³⁶² Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-21978 : CCC 2013, n° 6, obs. N. Mathey ; *JCP E* 2013, 1200, obs. D. Mainguy ; *D.* 2012, p. 2862, note. N. Dissaux.

³⁶³ P. ex., en Espagne, des débats importants ont eu lieu et des propositions de loi présentées afin d'encadrer les contrats de distribution dans une loi ou dans le Code de commerce. Aucune loi n'a toutefois été adoptée et le nouveau Code de commerce n'incorpore pas de Chapitre relatif aux contrats de distribution. En France, des propositions de loi ont visé à encadrer les contrats de distribution ou à protéger les distributeurs, v. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1998, p. 55 et s.

B. La légitimation par la distinction de la distribution pour compte propre et pour le compte d'autrui

161. Le contrat d'agence commerciale a été introduit dans le droit colombien avec le Code de commerce de 1971, cependant les premiers litiges n'ont été connus par la Cour de cassation colombienne que dans les années quatre-vingt. Dès le premier arrêt rendu en 1980, la jurisprudence a affirmé que l'élément distinctif de l'agent commercial était son action pour le compte d'autrui³⁶⁴. Par conséquent, les distributeurs qui réalisaient une activité de promotion des produits d'un fournisseur pour leur compte ne pouvaient bénéficier des règles spéciales de protection accordées à l'agent commercial. Pour sa part, la doctrine remarque d'ordinaire que le concessionnaire et le franchiseur, à la différence de l'agent commercial, agissent pour leur compte propre et en leur nom propre. La distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour le compte d'autrui est ainsi devenue un critère de distinction fondamental. Elle a également été considéré comme un critère de justification des différences de régime entre l'agence commerciale et les autres contrats de distribution. Après avoir examiné la portée de cette distinction (1), il conviendra d'examiner son application pour justifier les différences existantes entre les deux modalités de distribution (2).

1. La portée de la distinction

162. Évoquée par la loi, la notion d'action pour le compte d'autrui n'y est pas expressément définie. Le Code de commerce la mentionne dans la définition relative au contrat de mandat³⁶⁵, dans le régime du contrat de commission³⁶⁶ et dans la définition du contrat de commission de transport³⁶⁷. L'article 1289 C. com. col., à propos du contrat de commission, indique ainsi que « *La commission peut être conférée pour le compte d'autrui ; et dans ce cas, les effets qu'elle produit n'affectent que le tiers intéressé et le commissionnaire* ».

163. C'est donc la doctrine qui nous permet davantage de préciser cette notion. Dans une optique juridique, une personne agit pour le compte d'autrui lorsqu'elle envisage la réalisation d'un acte juridique en considération de l'intérêt d'autrui et lorsque les effets de l'acte ont

³⁶⁴ CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 239.

³⁶⁵ C. com. col., art. 1262.

³⁶⁶ C. com. col., arts. 1287, 1289, 1295 et 1296.

³⁶⁷ C. com. col., art. 1312 C. com. col.

vocation à être imputés à ce dernier³⁶⁸. Nous pouvons ainsi identifier un élément de nature psychologique - l'intérêt d'un tiers qui motive et oriente l'accomplissement de l'acte -, et un élément substantiel ou matériel - tenant au fait que ce tiers a vocation, dès le début, à recueillir les effets de l'acte³⁶⁹ -. La personne qui agit pour le compte d'autrui peut agir en son nom ou au nom d'autrui³⁷⁰. Lorsqu'on fait référence aux effets d'un acte, cela signifie plus concrètement que la personne qui agit pour le compte d'autrui n'a pas vocation à assumer les risques, les pertes et les bénéfices liés à l'acte dont il est l'auteur matériel³⁷¹. À l'opposé, l'auteur d'un acte agit pour son propre compte lorsqu'il a vocation à assumer les bénéfices et les risques associés et qu'il le conclut « en considération de son seul intérêt personnel, ou bien prenant également en considération l'intérêt d'autrui, mais simplement comme un moyen indirect de réalisation de son intérêt personnel »³⁷².

164. Il reste que l'emploi du concept « d'action pour compte d'autrui » par la Cour de cassation a laissé paraître certaines ambiguïtés. Certes, dans la majorité des cas, elle utilise ce concept suivant sa signification communément admise, à savoir que les bénéfices et les risques associés aux contrats conclus par le distributeur pour compte du fournisseur sont assumés par ce dernier. Cependant, à d'autres occasions, la Cour utilise le concept « d'action pour compte d'autrui » pour faire référence aux effets économiques de l'opération de distribution à deux égards : d'une part, en ce qui concerne les effets de l'opération de distribution quant à la constitution d'une clientèle ; d'autre part, en ce qui concerne les utilités économiques retirées par les parties de l'opération de distribution. Or, pour ce qui est du premier aspect, il est manifeste qu'à l'instar d'un agent commercial, un concessionnaire ou un franchisé peut également développer une clientèle au profit de la marque du concédant ou du franchiseur.

³⁶⁸ Sur les différentes définitions de cette notion dans la doctrine française, v. N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007, n° 620 et s.

³⁶⁹ V. D. L'Hôte, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Th. Nancy 2, 2002, n° 111, p. 132.

³⁷⁰ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e, LGDJ, 2017, n° 446 : « C'est l'élément essentiel du mandat : l'acte sera effectué pour le compte du mandant, c'est-à-dire à son bénéfice mais aussi à ses risques. Le mandataire n'est qu'un instrument de cet acte – ce qui explique qu'il ne devra pas subir de perte dans l'opération. On est souvent tenté de lier ce caractère à l'idée de représentation : en agissant pour le compte du mandant, le mandataire le représenterait et l'acte conclu produirait ses effets directement dans le patrimoine du mandant. Mais il ne faut pas céder à cette tentation : lorsque le mandataire engage le mandant par le jeu de la représentation, c'est seulement parce qu'il agit *au nom* de celui-ci. C'est à cet élément qu'est liée la représentation ».

³⁷¹ J.A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 141.

³⁷² D. L'Hôte, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Th. Nancy 2, 2002, n° 111, p. 132.

Concernant le second aspect, lorsque le distributeur agit pour compte propre, il reçoit un bénéfice direct de son activité (marge bénéficiaire) tandis que le fournisseur en reçoit un bénéfice indirect (la passation de nouvelles commandes) ; mais lorsque le distributeur agit pour le compte d'autrui, il reçoit une rémunération et le fournisseur reçoit une marge bénéficiaire. D'un point de vue économique, dans tous les cas, les deux parties retirent une utilité directe ou indirecte de l'opération de distribution. En d'autres termes, dans une optique économique, toute opération de distribution est réalisée dans l'intérêt, au bénéfice et au profit des deux parties. Cependant, cette approche ne correspond pas à la signification juridique de l'action pour le compte d'autrui ou de l'action pour compte propre qui est circonscrite aux bénéfices, pertes et risques liés aux contrats conclus par le distributeur avec les clients. Par souci de précision conceptuelle, la Cour devrait circonscrire le concept d'« agir pour le compte d'autrui » à cette dernière signification. Sans doute, cette notion est utile pour comprendre certaines différences existantes entre les contrats qui servent à la distribution de produits.

2. L'utilisation pour justifier les différences de régime

165. Certes, la distinction entre la distribution pour le compte d'autrui et la distribution pour compte propre est utile parce qu'elle permet, en principe, de déterminer la partie qui assume les risques de commercialisation des produits et de fixer le prix de vente au public³⁷³. Cela est crucial dans la mesure où le distributeur qui fixe le prix de ses produits peut gérer la relation risque-profit de son activité, car c'est lui qui fixe sa marge de bénéfices. Il réalise l'activité de commercialisation des produits à ses risques et périls. Or, au-delà d'un simple critère de distinction, il est devenu surtout un critère général servant à justifier les différences relatives à la période de la cessation entre le régime de l'agence commerciale et celui des autres contrats de distribution. Cela est perceptible tant dans la doctrine que dans la jurisprudence.

166. Concrètement, la doctrine et la jurisprudence tirent des conséquences importantes en matière de rattachement de la clientèle, selon qu'il s'agisse d'un agent commercial ou d'un distributeur qui agit pour son propre compte, tels les concessionnaires et les franchisés. À titre d'exemple, dans un arrêt du 10 septembre 2013, la Cour de cassation colombienne, après avoir indiqué que l'agent avait agi pour le compte d'autrui et que les effets de son activité se

³⁷³ V. en droit français, sur la distinction entre les contrats d'agent commercial et de concession, J. Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Sirey, 1970, n° 97 et s.

répercutaient sur le patrimoine du mandant, a considéré que « de là s'ensuit que la clientèle obtenue grâce à l'activité de promotion et d'exploitation appartient au mandant, car l'agent n'accomplit qu'une fonction de liaison entre le client et l'entrepreneur »³⁷⁴. Est ainsi exprimée l'idée selon laquelle l'agent commercial n'a pas de clientèle propre, car il agit pour le compte du fournisseur³⁷⁵. À l'opposé, concernant les concessionnaires et les franchisés, il est considéré que ces distributeurs, agissant pour leur compte, disposent de leur propre clientèle et la conservent juridiquement après la cessation du contrat de distribution³⁷⁶. La clientèle exploitée par un distributeur ne serait donc pas, en principe, destinée à devenir celle du fournisseur après la fin du contrat.

167. À l'instar de la jurisprudence colombienne, la doctrine française a également considéré cette division comme fondamentale pour justifier les différences de régimes³⁷⁷. Par exemple,

³⁷⁴ CSJ, chambre civile, 16 déc. 2006, M.R. Pedro Octavio Munar, n° 76001 3103 009 1992 09211 01 : « Si el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario ». V. égal. CSJ, chambre civile, 26 juill. 2016, M.R. Álvaro Fernando García, n° SC10198-2016.

³⁷⁵ Rappr. en droit français, J.-M. Leloup, « Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., p. 17 : « La distinction fondamentale est celle des opérateurs qui agissent pour leur compte propre et des opérateurs qui agissent pour le compte d'autrui. Les seconds sont bien des opérateurs du marché mais ne peuvent prétendre à la maîtrise de la part de marché qu'ils constituent. Ils ne peuvent donc, quand ils se retirent du marché, battre monnaie de la cession de la part de marché créée par leur activité. Il faut donc qu'ils soient indemnisés par l'entreprise au profit de laquelle ils ont œuvré. Le principe général de cette indemnisation n'est pas affirmé explicitement, mais les efforts créateurs de la loi et de la jurisprudence concourent à imposer que celui qui agit pour le compte d'autrui se trouve donc en fin de contrat dépossédé du résultat de ses efforts reçoive une indemnisation ».

³⁷⁶ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 680, p. 315. H. Aubry, « La franchise et les modèles concurrents », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., n° 7, p. 12. A. Etienney, Fasc. 176, « Extinction du contrat. Les effets », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 2016, n° 32 : « En effet, à la différence du mandataire, le concessionnaire ou le franchisé est un commerçant indépendant, ayant sa propre clientèle qu'il conserve juridiquement lors de l'extinction du contrat, même si de fait sa clientèle se détourne pour suivre la marque qu'il représentait ».

³⁷⁷ J.-M. Leloup, « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, n° 4, p. 936. Pour M. Leloup, les deux catégories ont des fonctions différentes. D'une part, le réseau de vente est « l'ensemble des professionnels qui ont pour mission d'obtenir, pour le compte d'un opérateur du circuit (producteur, diffuseur ou distributeur) des décisions d'achats au profit des produits que cet opérateur offre à la vente ». D'autre part, le réseau de distribution « est l'ensemble des commerçants qui ont pour mission permanente de vendre, généralement au détail, dans une zone définie, les produits qui leur sont fournis à cette fin par un opérateur du circuit (producteur, diffuseur ou distributeur) ». J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 131 : « Il est usuel de distinguer les intermédiaires et les revendeurs en fonction des opérations qu'ils réalisent dans le circuit de la distribution. Le revendeur achète une marchandise pour la revendre pour son

un auteur affirme que « parce qu'il n'exerce pas l'activité de prospection d'une clientèle au nom et pour le compte d'une personne, mais une activité de revente en son nom et pour son propre compte, le distributeur au contact d'une clientèle est présumé en conserver le bénéfice après la résiliation ou le non-renouvellement de la convention par le fournisseur »³⁷⁸. Dans la même veine, un autre auteur explique qu'au regard « des règles de la propriété des marchandises, l'opposition entre distributeur intégré, concessionnaire ou franchisé, et agent commercial, est irréductible. Loin de tenter de réduire cette opposition, il s'agit ici au contraire d'en accentuer la portée »³⁷⁹. Malgré cela, cette distinction révèle ses limites en tant que critère de justification général de la différence de régimes, entre les contrats où le distributeur agit pour son propre compte et ceux où il agit pour le compte d'autrui, à l'égard des aspects relatifs à la cessation du contrat.

§2. La contestation des différences de régime

168. Les différences entre régimes s'agissant de la cessation du contrat sont insatisfaisantes et emportent des conséquences importantes sur la pratique de la distribution. Cela explique l'existence de plusieurs tentatives visant à supprimer ces différences. Pour sa part, la jurisprudence a montré une tendance à neutraliser l'approche protectrice consacrée par le législateur à l'égard de l'agent commercial, ce qui a conduit, en quelque sorte, à un « nivèlement par le bas » avec les distributeurs pour compte d'autrui qui ne profitent d'aucune règle de protection. Relevons ainsi dès à présent une antinomie entre, d'une part, l'approche protectrice du Code de commerce de 1971 et, d'autre part, la position plus récente de la Cour de cassation qui laisse entendre que cette approche doit être abandonnée (A). Sur un plan théorique, la justification de la différence de régimes de cessation peut être contestée en mettant en évidence les limites de la distinction entre la distribution pour compte d'autrui et la distribution pour compte propre pour ce qui a trait à la cessation de ces contrats (B).

propre compte. L'intermédiaire s'entremet dans l'opération de distribution qu'il facilite mais sans jamais devenir propriétaire des produits vendus ».

³⁷⁸ Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.M. Mousseron, Litec, 2000, n° 283, p. 269. *Adde.* N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 685, p. 317 : « Le refus d'attribuer une telle indemnité aux « nouveaux intermédiaires du commerce » n'en reste moins fondée à tort ou à raison, sur le fait qu'ils agissent pour leur propre compte. Cette circonstance établirait en effet leur vocation à conserver la clientèle développée par leurs soins à la cessation du contrat de distribution qui les liait au franchiseur, au concédant, et enfin au fournisseur ».

³⁷⁹ P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.* 1980, p. 478, n° 2.

A. Les tentatives d'élimination des différences de régime

169. Une égalité entre deux régimes juridiques ne peut être obtenue que lorsque l'un d'eux est absorbé par l'autre, ou lorsque les deux régimes évoluent pour aboutir à un autre régime différent de chacun d'eux. Compte tenu des différences de traitement exposées précédemment entre l'agence commerciale et les contrats de distribution pour compte propre, des tentatives pour doter ces derniers d'un régime protecteur égal ou similaire à celui de l'agent commercial ont été entreprises. Il s'est agi, dans une certaine mesure, d'une tentative de « nivellement par le haut » en ce sens qu'il s'agissait d'obtenir une meilleure protection par l'application des règles de protection accordées à l'agent commercial (1). À rebours de ces tentatives, la Cour de cassation a tendu vers une neutralisation du régime protecteur accordé par le législateur à l'agent commercial. Le nivellement s'est ainsi fait « par le bas », en ce sens que les parties au contrat d'agence commerciale ont été autorisées à écarter les règles protectrices accordées à l'agent commercial. En conséquence, ce dernier peut se voir appliquer le même régime que les distributeurs qui ne bénéficient d'aucune règle de protection particulière (2).

1. Les tentatives échouées qui favorisaient les distributeurs pour compte propre

170. La Cour de cassation colombienne a refusé toute initiative des distributeurs pour compte propre visant à obtenir une protection semblable à celle de l'agent commercial, en particulier celle relative à l'attribution de l'indemnité de clientèle en fin de contrat (a). Les rares propositions de loi soumises au Parlement destinées à assurer une meilleure protection de tous les distributeurs, y compris ceux qui agissent pour compte propre, ont également été rejetées (b).

a. Le refus par les tribunaux

171. À l'instar de la plupart des pays où l'agent commercial est le seul bénéficiaire d'une indemnité de fin de contrat, en Colombie les distributeurs pour compte propre, concessionnaires et franchisés, sont peu satisfaits, ou envieux, en raison du manque de reconnaissance de la possibilité de se voir attribuer une pareille indemnité³⁸⁰. Cela s'est traduit par l'émergence d'un

³⁸⁰ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, n° 679, p. 314 : « Le bénéficiaire d'une telle indemnité de rupture a naturellement fait des envieux ». Rapp. J. Thérard, « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », *RTD com*, 1972, n° 7, p. 538.

contentieux considérable. En effet, s'appuyant sur l'obscurité de la définition du contrat d'agence commerciale, les distributeurs pour compte propre ont essayé d'obtenir l'indemnité de clientèle en procédant de différentes manières qui ont varié au fil du temps.

172. Dans un premier temps, les prétentions des distributeurs visaient à demander la requalification du contrat exécuté en contrat d'agence commerciale³⁸¹. Concrètement, en faisant valoir l'élément de la promotion des affaires du fournisseur de la définition de l'agence commerciale³⁸², des distributeurs qui avaient acquis la propriété des produits ont demandé au juge l'admission d'une conception large du contrat d'agence commerciale afin d'obtenir la requalification du contrat en agence commerciale³⁸³. Cependant, comme il a été exposé précédemment, la Cour de cassation a refusé cette conception large en affirmant le caractère de modalité de mandat par lequel l'agent commercial agit pour le compte d'autrui³⁸⁴. Postérieurement, certains distributeurs ont sollicité la déclaration de simulation de contrat en invoquant la conclusion d'un contrat apparent (de vente, de fourniture ou avec une autre dénomination) pour occulter un contrat d'agence commerciale. La Cour ne s'est toutefois jamais pliée à cet argument, car le distributeur ne démontrait pas l'intention concertée des parties de simuler le contrat ou l'existence des éléments essentiels du contrat d'agence commerciale (contrat déguisé)³⁸⁵. Enfin, puisque la Cour a admis théoriquement qu'un distributeur pour compte propre peut éventuellement détenir en même temps la qualité d'agent commercial et que deux sentences arbitrales avaient appliqué cette solution à des cas d'espèce³⁸⁶, dans certains cas la reconnaissance de la qualité d'agent commercial en faveur du distributeur ayant acquis la propriété des produits du fournisseur a été demandée. Le distributeur ne demandait alors pas une requalification (la substitution d'une qualification à une

³⁸¹ Naturellement, nous laissons de côté ici le cas dans lequel un contournement de la qualification de contrat d'agence commerciale pour éluder le paiement de l'indemnité de fin de contrat a été démontré. V. p. ex., Sent. arb. Comcelulares F.M LTDA c/ Comcel S.A, 14 déc. 2006, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. M. Monroy, J.P. Cardénas et J.E. Narvaez ; Oscar Mario Trujillo y Cia. S. en C. Insucampu et Insucampu E.A.T. c/ Aventis Cropopsience Colombia S.A., 21 mars 1998, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. E.Cala Botero, J. Alejandro Bonivento et J. Suescún Melo ; Avantel comunicaciones LTDA c/ Avantel SA, 24 juin 2003, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. G. Peña Castrillón, L. Helo Kattah et H. López Blanco.

³⁸² C. com. col., art. 1317.

³⁸³ CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 269 ; 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianneta, n° 4701.

³⁸⁴ *Supra* n° Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1, 2, b.

³⁸⁵ V., p. ex., CSJ, chambre civile, 27 mars 2012, M.R. Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1100131030032006-00535-01 ; 4 févr. 2013, M.R. Jesús Vall de Rutén Ruíz, n° 11001-3103-042-2006-00453-01.

³⁸⁶ *Supra* n° Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1, B, 1., b.

autre) du contrat en question en contrat d'agence commerciale, mais la reconnaissance d'un contrat d'agence commerciale juxtaposé au contrat conclu par les parties (co-qualification).

173. Il reste à souligner deux particularités du droit colombien en la matière par rapport aux droits étrangers. D'une part, dans la doctrine et la pratique colombiennes, le débat juridique n'a pas gravité autour de l'application, par analogie de l'agence commerciale avec les contrats de concession et de franchise, à la règle de l'enrichissement sans cause ou de l'indemnisation du préjudice causé au distributeur³⁸⁷. Les discussions autour de la définition du contrat d'agence commerciale, portant plusieurs ambiguïtés, ont orienté les demandes des distributeurs vers les arguments décrits précédemment. D'autre part, un contentieux de cette nature n'aurait pas été possible dans d'autres pays où, la loi établissant clairement que l'agent commercial agit pour le compte d'autrui³⁸⁸, il ne peut exister en principe de confusion avec les contrats de distribution pour compte propre³⁸⁹. Enfin, relevons également de rares initiatives soumises au Parlement colombien visant à supprimer les différences de régimes concernant la cessation des contrats de distribution.

³⁸⁷ Ce sont des discussions que l'on relève notamment en droits français, espagnol, allemand et suisse.

³⁸⁸ P. ex., arts. L. 134-1 C. com.fr., 1742 C. civ. it., §84 HGB et art. 1^{re} loi 12 /1992 en Espagne.

³⁸⁹ En revanche, en droit français, on observe un contentieux très particulier relatif au contrat de commission-affiliation (V. F. Auque, « La commission-affiliation », *AJDI* 2001, p. 1059 et s. ; N. Dissaux, « La commission-affiliation : un monstre juridique », *RTD com.* 2011, p. 33 et s. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de "commission-affiliation" », in *Mélanges Ph. e Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 761 et s. ; D. Ferrier, « Requalification d'un commissionnaire affilié en agent commercial : épilogue » *D.* 2009. p. 1942). En droit colombien, un contentieux de cette nature ne pourrait pas avoir lieu. En effet, selon l'art. 1287 C. com. col., la commission est une sorte de mandat par lequel une personne assume la charge de l'exécution d'une ou plusieurs opérations en nom propre mais pour le compte d'autrui. Le contrat de commission est généralement orienté vers la conclusion de contrats plus ou moins particularisés et sa fonction n'est pas celle de conquérir une clientèle sur un marché en faveur du commettant. Le contrat prend fin lorsque le commissionnaire a accompli sa mission de conclure ou d'exécuter les opérations indiquées par le commettant. En revanche, par le contrat d'agence commerciale, un commerçant s'engage, de manière stable et permanente, à promouvoir les produits de l'entrepreneur et à développer une clientèle en sa faveur. À l'instar du commissionnaire, l'agent commercial peut agir en son propre nom (agence sans représentation). Il peut également agir au nom de l'entrepreneur (agence avec représentation). En droit colombien, le contrat de commission-affiliation développé par la pratique en France serait qualifié de contrat d'agence commerciale (sans représentation). Il en serait ainsi en raison de sa permanence et de sa stabilité ainsi que de sa fonction visant à développer une clientèle en faveur des produits de l'entrepreneur. En effet, il agit sous l'enseigne du fournisseur et le client est attiré par les signes distinctifs du fournisseur (la doctrine française fait référence à une transparence factuelle) (N. Ferrier, « La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ? », *Revue de l'Institut de droit des affaires internationales*, n° 3, janv. 2016, p. 18).

b. L'essai manqué devant le Parlement

174. L'approche protectrice à l'égard de l'agent commercial qui ressort du Code de commerce de 1971 est réapparue quarante-cinq ans plus tard dans une proposition de loi présentée en 2015 relative à « la représentation commerciale d'entreprises étrangères et aux mécanismes de protection pour les représentants commerciaux et agents sur le territoire national »³⁹⁰. La finalité de cette proposition était d'accorder aux distributeurs qui agissent pour compte propre une protection similaire à celle de l'agent commercial³⁹¹. Concrètement, ce projet introduisait le « contrat de représentation commerciale d'entreprise étrangère » couvrant les relations par lesquelles une entreprise nationale ou étrangère (représentant commercial) exécute de manière continue et exclusive des activités commerciales en faveur des marques, des produits ou des services d'une entreprise étrangère (représenté), agissant pour son propre compte et risque³⁹². L'objectif fondamental était ainsi de protéger les distributeurs qui n'étaient pas couverts par la définition de l'agence commerciale puisqu'ils agissaient pour leur propre compte en assumant les risques de commercialisation de leur activité³⁹³. Si elle n'encadrait pas de manière directe le droit de résiliation ou de non-renouvellement du fournisseur, la proposition établissait une restriction indirecte du droit du fournisseur de sortir du contrat de distribution dans la mesure où elle lui imposait le paiement d'une indemnité en cas de cessation du contrat ou de modification des conditions contractuelles. Cette indemnité comportait plusieurs rubriques qui élevaient de manière substantielle les coûts de sortie du contrat.

175. Fort heureusement, cette proposition de loi n'a pas vu le jour. Son approbation aurait eu pour effet, non pas de protéger les représentants commerciaux d'une entreprise étrangère, mais de les décourager de faire appel à des distributeurs situés sur le territoire national pour la distribution de leurs produits. En effet, l'indemnité de fin du contrat était non seulement

³⁹⁰ Proposition de loi n° 154 de 2015, *Gaceta del congreso*, n° 291 du 13 mai 2015, Bogotá, Imprenta Nacional.

³⁹¹ Une autre proposition de loi (n° 146 de 2012), relatif à l'agence commerciale de biens, a été présenté pour respecter les engagements de la Colombie stipulés dans l'accord de libre-échange conclu avec les États-Unis et en vigueur depuis le 12 mai 2012. Ce projet distinguait le contrat d'agence commerciale de biens du contrat d'agence commerciale de services. Il établissait des règles spéciales pour l'agence de biens, et notamment, excluait la présomption d'exclusivité en faveur de l'agent commercial sur le territoire attribué par le mandant et exigeait un accord exprès des parties quant à l'indemnité de fin de contrat. Il ne modifiait pas les règles relatives à la rupture du contrat d'agence commerciale. Le texte du projet est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=3625> (consulté le 30 juillet 2015).

³⁹² Art. 1^{er} de la proposition de loi.

³⁹³ Exposé des motifs.

démessurée mais également contraire à certains principes de la responsabilité civile³⁹⁴. En outre, cette loi aurait créé deux distinctions discutables. D'une part, elle aurait instauré d'autres différences de régime entre les agents commerciaux et les distributeurs qui agissent pour leur compte. Puisque le régime proposé pour ces derniers y était plus protecteur que celui de l'agent commercial, les fournisseurs étrangers auraient préféré éventuellement l'utilisation de cette dernière figure. D'autre part, cette loi excluait de son champ d'application les fournisseurs nationaux. Or, ce mécanisme de protection des distributeurs nationaux ou étrangers vis-à-vis de fournisseurs étrangers est critiquable à deux égards. Elle l'est d'abord d'un point de vue juridique, puisqu'il n'existe pas de justification légitime à la création d'une figure contractuelle qui impose aux seuls fournisseurs étrangers des coûts plus importants pour sortir du contrat de distribution. Elle l'est ensuite d'un point de vue économique, car ce nationalisme protecteur fait obstacle à l'intégration de l'économie colombienne sur le plan mondial et régional. Il s'agirait, d'une manière indirecte, de cloisonner l'économie colombienne au regard des fournisseurs étrangers.

176. Au regard de ce constat, force est de constater que les tentatives visant à obtenir une meilleure protection des distributeurs pour compte propre ont échouées. En revanche, les aspirations des fournisseurs ont été entendues par la Cour de cassation colombienne, au détriment de la protection des agents commerciaux.

2. La tentative réussie au détriment des agents commerciaux

177. Sans doute, les différences de régimes se sont accentuées en raison de la nature impérative des règles. En effet, si le législateur colombien avait expressément consacré le caractère disponible des règles de protection³⁹⁵, elles auraient pu être écartées par la volonté des parties. Cependant, n'exprimant pas clairement sa volonté à l'égard de la nature impérative ou supplétive des mesures de protection instaurées en faveur de l'agent commercial, le

³⁹⁴ Selon l'article 4 de la proposition de loi, l'indemnité doit comprendre : la valeur de tous les actifs que détient le représentant commercial et sans qu'il ait l'obligation de les restituer au représenté, la valeur de tous les investissements et dépenses réalisés pour l'exécution de l'opération, la valeur des actifs immatériels, prenant en compte la valeur des signes distinctifs sur le marché colombien quand le représentant a fait des investissements de promotion commerciale et les utilités passées et à l'avenir ou potentielles, en tenant compte des utilités obtenues pendant l'exécution de la représentation.

³⁹⁵ Il en va ainsi de l'article 1318 C. com. col. qui établit une présomption d'exclusivité en faveur de l'agent commercial. Les parties pouvant stipuler une clause contraire, il n'existe pas, en réalité, un régime inégalitaire entre l'agence commerciale et les contrats innommés de distribution à cet égard.

législateur n'a pas figé la matière et la jurisprudence a pris le relais pour décider sur le sujet. Si les premiers arrêts de la Cour de cassation colombienne ont conforté la conception protectrice en faveur de l'agent commercial voulue par le Code de commerce de 1971, elle s'est éloignée de cette approche au fil du temps afin de faire prévaloir la liberté des parties de déterminer le contenu du contrat. Cette attitude s'est notamment exprimée à travers une tendance à la neutralisation des règles de protection consacrées par le législateur en faveur de l'agent commercial. En particulier, après avoir soutenu pendant plus de trois décennies le caractère impératif de l'indemnité de fin de contrat accordée à l'agent commercial, la Cour de cassation a décidé de l'écarter en 2011 (a). Il s'en est suivi plusieurs conséquences quant à la règle qui restreint la liberté de choix de la loi applicable au contrat d'agence commerciale (b).

a. La levée du caractère impératif de l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial

178. Le Code de commerce colombien n'indique pas si l'indemnité de fin de contrat due à l'agent commercial est impérative ou si les parties peuvent en disposer librement³⁹⁶. Ce silence a suscité des controverses doctrinales importantes (i). La Cour de cassation a d'abord considéré comme impérative la règle qui consacre cette indemnité. Cependant, malgré cela, il était fréquent, en pratique, de rencontrer dans les contrats d'agence commerciale une clause qui excluait l'attribution d'une compensation de clientèle à l'agent commercial. Évidemment, cette clause était nulle. Les fournisseurs qui aspiraient à voir prévaloir la liberté de déterminer le contenu du contrat sur ce point, donc à pouvoir exclure cette indemnité, ont salué l'arrêt de la Cour de cassation colombienne dans lequel elle a cessé de considérer la règle relative à l'indemnité de clientèle comme impérative (ii).

i. La controverse doctrinale

179. En l'absence d'indication du législateur, la question qui se posait était celle de savoir si les parties peuvent exclure ou diminuer le montant de l'indemnité de fin de contrat lors de la conclusion du contrat ou pendant son exécution. En revanche, il ne fait pas de doute que l'agent

³⁹⁶ Il s'agit d'une discussion très particulière au droit colombien en raison du silence de la loi. La plupart des législations consacrent la prohibition d'exclure l'indemnité de fin de contrat au détriment de l'agent commercial. V. p. ex., l'art. 19 de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, droit français (L. 134-16 C. com. fr.), droit italien (art. 1751 C. civ. it.) et droit espagnol (art. 3, loi 12/1992 LCA).

commercial peut renoncer à cette prestation après la cessation du contrat une fois le droit acquis. La raison en est évidente : libéré du lien contractuel, il ne se trouve plus sous un rapport de domination ou de dépendance vis-à-vis de l'entrepreneur qui l'empêcherait de défendre ses intérêts³⁹⁷. Quant à la question posée, les opinions dans la doctrine étaient très divisées s'agissant de l'application des articles 15 et 16 C. civ. col. au regard de la règle relative à l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial. L'article 15 C. civ. col. indique qu'« *On peut renoncer aux droits conférés par les lois, pourvu qu'ils concernent le seul intérêt individuel de celui qui renonce, et que sa renonciation ne soit pas interdite* ». L'article 16 C. civ. col. dispose, quant à lui, qu'« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »³⁹⁸.

180. Une partie de la doctrine soutient l'impossibilité des parties de diminuer et de l'agent de renoncer à l'indemnité de fin de contrat³⁹⁹. Il en irait ainsi parce qu'il s'agit d'une règle d'ordre public : « même si elle ne concerne directement que les agents, sa finalité est d'organiser tout un secteur de l'économie que le législateur a considéré nécessaire de protéger et cela intéresse la société en général »⁴⁰⁰. En outre, la considération du contexte de la promulgation de la règle révèle que le législateur cherchait alors une protection des distributeurs face aux abus des producteurs qui mettaient fin au contrat et continuaient à profiter du marché gagné grâce aux efforts de l'agent. Ainsi, la règle devrait être interprétée de manière à atteindre

³⁹⁷ La jurisprudence a été claire en ce sens, v. CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 269 : « Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1o, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución ; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente ». *Contra* : J.A Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 178. Rappr. L'art. 19 de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, indique : « *Les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial* ».

³⁹⁸ Comp. C. civ. fr., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

³⁹⁹ V. A. Pérez Vives, « Intermediación o contratos comerciales », in *Comentarios al código de comercio* (sous dir. D. Guzmán), V. I., Colegio Antioqueño de Abogados, Medellín, 1980, p. 242. J.I Narváez, *Introducción al derecho mercantil*, 3^e éd., 1979, p. 283. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, p. 283. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia comercial*, *op. cit.* p. 120. E. Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, 3^e éd., Ed. Dike, Medellín, 1989, p. 313. J.A Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 178. J.A. Gómez Mejía, *Contratos comerciales*, Ediciones Ananké, Bogotá, 1980, p. 204.

⁴⁰⁰ J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia comercial*, *op. cit.* p. 120.

l'objectif voulu par le législateur⁴⁰¹. Ceci serait conforté par le fait que, d'une part, l'article 1328 C. com. col., affirme qu'« *À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont assujettis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* »⁴⁰². D'autre part, les articles relatifs à l'agence commerciale sont entrés en vigueur le 16 juin 1971, c'est-à-dire avant les autres articles du Code de commerce qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1972⁴⁰³. Enfin, ajoutons qu'en ce domaine, il existe une asymétrie très marquée entre les fournisseurs et les agents commerciaux. Partant de ce constat, la loi devrait instaurer des mécanismes de protection pour le rétablissement d'un équilibre entre ces deux acteurs⁴⁰⁴. En effet, le fait de permettre l'exclusion de l'indemnité de fin de contrat par une stipulation particulière conduirait à la priver d'efficacité pratique dans la mesure où les fournisseurs feraient de la clause de renonciation une clause de style dans les contrats d'agence commerciale⁴⁰⁵.

181. À rebours de ces opinions, d'autres auteurs affirment la liberté des parties d'exclure ou de modifier l'indemnité de fin de contrat⁴⁰⁶. En effet, cette prestation ne compromettant que les

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² D'autres auteurs invoquaient l'article 1328 C. com. col., qui indique qu'« *À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont régis par les lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». Cependant, il n'est pas possible de déduire de cette règle le caractère d'ordre public de toutes les règles relatives au contrat d'agence commerciale.

⁴⁰³ Un membre de la commission de révision définitive du Code de commerce de 1971 a affirmé le caractère de protection sociale de cette prestation compte tenu des objectifs poursuivis lors de son élaboration. D'une part, celui d'éviter la fraude à la loi du travail. L'auteur mentionne le cas des entreprises étrangères qui embauchaient, dans une relation de subordination juridique, une personne physique qu'ils obligeaient à constituer une société commerciale afin d'éviter l'application de la loi du travail. D'autre part, celui de protéger les entreprises nationales que se voyaient déplacées par le producteur lui-même ou par un autre agent désigné par celui-ci, après de longues années d'activité qui ont permis la consolidation, sur le marché national, des produits d'une entreprise étrangère. V. A. Pérez Vives, « *Intermediación o contratos comerciales* », in *Comentarios al código de comercio* (sous dir. D. Guzmán), V. I., Colegio Antioqueño de Abogados, Medellín, 1980, p. 242.

⁴⁰⁴ J. Suescún Melo, « *Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial y de algunos de sus efectos* », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. II, Legis, Bogotá, p. 524.

⁴⁰⁵ E. Gaviria, *Lecciones de derecho comercial*, 3^e éd., Ed. Dike, Medellín, 1989, p. 313. L'auteur ajoute que cette prestation est justifiée par la nécessité de protéger les intérêts généraux du commerce et le travail humain, qui mérite une protection spéciale selon la Constitution.

⁴⁰⁶ G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales I, negocios de sustitución*, 2^e éd., 1987, Universidad Externado de Colombia, n° 984, p. 439. V. J.A. Arrubla Paucar, « *Propuesta para la regulación de la agencia comercial* », in *Derecho comercial colombiano*, Colegio de Abogados de Medellín, Medellín, 1985, p. 329. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial, op. cit.*, p. 115. Unión de aseguradores colombianos, *Revista Asecolda*, n° 36, 1986, p. 79. J. Alpiniano, *Derecho económico de los contratos*, Editorial ABC, Bogotá, 2001, p. 363. *Superintendencia de industria y comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], consultation n° 13534, 4 oct. 1971. H. Cardozo Luna, *La agencia comercial, op. cit.*, p. 58 et s.

intérêts particuliers de nature patrimoniale des parties au contrat d'agence commerciale, sa renonciation ne porterait pas atteinte aux intérêts économiques essentiels de l'agent commercial⁴⁰⁷. Étant donné que ceux-ci sont des commerçants juridiquement et économiquement indépendants ayant une organisation propre, ils ne méritent, en conséquence, aucune protection particulière⁴⁰⁸. En outre, même si l'on admet que cette prestation concerne l'équilibre économique du contrat, elle n'a aucune finalité protectrice d'une classe sociale en particulier, contrairement au droit du travail à l'égard des salariés⁴⁰⁹. La condition de faiblesse des agents commerciaux ne pourrait être invoquée dans la mesure où ils peuvent disposer d'un pouvoir économique plus important que celui des mandants⁴¹⁰.

182. Enfin, le principe de la liberté contractuelle et la nécessité d'une règle légale interdisant aux parties d'exclure ou de modifier cette indemnité de fin de contrat ont été également invoqués⁴¹¹. Cependant, ce dernier argument est contestable car, comme on l'a justement relevé en droit français, « l'attribution d'un caractère impératif à un texte qui en est formellement dépourvu entre dans la mission générale d'interprétation judiciaire de la loi. Le juge est donc toujours libre de considérer que telle disposition exclut toute clause contraire »⁴¹². La doctrine française⁴¹³ et la doctrine colombienne⁴¹⁴ ont pu ainsi faire référence à un ordre public virtuel en vertu duquel, en dépit de l'absence d'un texte, les tribunaux peuvent déceler dans la loi une règle d'ordre public et décider de la nullité des stipulations qui y sont contraires⁴¹⁵. Les juges peuvent dès lors déterminer des valeurs supérieures qui sont placées hors d'atteinte des conventions particulières. Naturellement, il ne s'agit pas d'un choix arbitraire ; c'est de l'ensemble de la législation, ainsi que des antécédents et des finalités de la règle, que le juge

⁴⁰⁷ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁰⁸ G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales I, negocios de sustitución*, 2^e éd., Universidad Externado de Colombia, 1987, n° 984, p. 439. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., Legis, Bogotá, 2012, p. 238. F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁰⁹ G. Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales I, negocios de sustitución*, 3^e éd., 1987, Universidad Externado de Colombia, n° 984, p. 440. H. Cardozo Luna, *La agencia comercial*, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹⁰ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., Legis, Bogotá, 2012, p. 238.

⁴¹¹ F. Vallejo García, *El contrato de agencia comercial*, p. 114. Unión de aseguradores colombianos, *Revista Asecolda*, n° 36, 1986, p. 79.

⁴¹² C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, 454. En droit colombien, v. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia mercantil*, *op. cit.*, p. 119.

⁴¹³ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. I. 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 14, p. 111. B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in « 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. n° 6, p. 476.

⁴¹⁴ F. Hiestrosa, « Función, límites y cargas de la autonomía privada », *Revista de derecho privado*, n° 26, janvier-juin, 2014, p. 21.

⁴¹⁵ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. I. *op. cit.*, p. 111.

doit dégager la notion d'ordre public⁴¹⁶. En tout état de cause, en l'absence de règle fixée par le législateur, il est revenu aux juges de répondre à cette question.

ii. L'évolution jurisprudentielle

183. Après avoir reconnu en 1980, dans son premier arrêt relatif au contrat d'agence commerciale, le caractère impératif de l'indemnité de fin de contrat prévue par l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col. (α), la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence trois décennies plus tard (β).

a. La position initiale : la reconnaissance du caractère impératif

184. La Cour de cassation colombienne a répondu à cette question pour la première fois dans un arrêt du 2 décembre 1980⁴¹⁷. Elle y a affirmé que « la prestation que consacre l'article 1324, al. 1^{er}, ne peut faire l'objet d'une renonciation avant la conclusion du contrat ou pendant son exécution, mais seulement une fois que le contrat a pris fin pour n'importe quelle cause, c'est-à-dire lorsque la créance a été incorporée dans le patrimoine de l'agent commercial car aucune raison n'existe pour qu'elle ne puisse y être renoncée »⁴¹⁸. Bien que la Cour n'argumente pas sa prise de position, il ne fait aucun doute qu'elle opte pour l'attribution d'un caractère impératif à la règle qui accorde l'indemnité de fin de contrat à l'agent commercial dans la mesure où les parties ne peuvent en disposer librement, ni lors de la conclusion ni pendant l'exécution du contrat⁴¹⁹. La Cour a ultérieurement réitéré sa position dans un arrêt du 31 octobre 1995⁴²⁰.

185. Même si la Cour ne le dit pas expressément, l'objectif de ladite règle étant la protection des intérêts particuliers des agents commerciaux à la fin du contrat, elle entre dans le cadre de

⁴¹⁶ J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia comercial*, op. cit., p. 119.

⁴¹⁷ Le Conseil d'État colombien a assumé la même position dans un arrêt du 22 novembre 1982 en faisant valoir des raisons très précises. Selon lui, cette prestation est d'ordre public, car elle a deux objectifs : d'une part, celui de protéger le travail humain conformément à l'article 17 de la Constitution ; d'autre part, celui d'éviter les agissements des entreprises nationales et étrangères qui, après la création d'un marché grâce aux efforts de l'agent, décidaient de mettre fin au contrat, sans lui accorder aucune compensation économique, pour continuer à en profiter directement ou en désignant un autre agent.

⁴¹⁸ CSJ, chambre civile, 2 déc. 1980, M.R. Germán Giraldo Zuluaga, *G.J.*, CLXVI, n° 2407, p. 269.

⁴¹⁹ Rapp. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, T. II, 12^e éd., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2008, p. 279: « Si la observada prestación no puede ser renunciada por las partes al momento de celebrar su contrato de agencia mercantil, significa que la H. Corte le atribuye naturaleza de orden público, pues aunque no está prohibida expresamente su renuncia, la considera irrenunciable ».

⁴²⁰ CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701. La Cour affirme que dans le contrat d'agence commerciale, le législateur a réglementé certains aspects pour des raisons d'ordre public et mentionne la prestation de l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col.

l'ordre public de protection⁴²¹. Il convient de préciser qu'en droit colombien, la jurisprudence et la doctrine font référence à une règle d'ordre public ou à une règle impérative sans distinguer ces deux notions. Néanmoins, il est utile de préciser la signification de l'ordre public à l'égard de l'agent commercial⁴²². Il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'ordre public compris comme regroupant les principes fondamentaux sur lesquels repose le fonctionnement de la société. En effet, dans ce cas, il s'agit d'une règle impérative qui protège des intérêts privés. Or, ainsi qu'il l'a été observé, les règles impératives d'intérêt privé protègent des groupes ou des populations indéterminées dont la somme des intérêts individuels forme un intérêt collectif puissant⁴²³. Dès lors, la loi manquerait son objectif si la règle qui protège ces intérêts pouvait être écartée par la volonté des contractants.

186. Enfin, observons que l'attribution, par l'arrêt précité de 1980, d'un caractère impératif à la règle relative à l'indemnité de clientèle, ainsi que son coût élevé résultant de son mode de calcul⁴²⁴ et les difficultés liées à l'obscurité de la définition du contrat d'agence commerciale, ont été des facteurs de troubles de la pratique du droit de la distribution en Colombie⁴²⁵. Ces

⁴²¹ V. J.P. Cárdenas, *El contrato de agencia comercial*, op. cit., p. 119. V. égal. J. Hurtado, « La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolución del concepto de orden público. La renunciabilidad de la mal llamada cesantía comercial », *Revista Dikaion*, vol. 21, juin 2012, p. 261.

⁴²² Rapp. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, Tome 2 : *L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2166, p. 869 : « Bien qu'il soit protéiforme, l'ordre public de protection regroupe l'ensemble des règles impératives dont la finalité économique est de défendre un contractant en position de faiblesse (...) Elles ont cherché à protéger le particulier en situation de faiblesse en matière de consommation, d'assurance, de construction immobilière, de courtage matrimonial, par les dispositions impératives de la législation sur les baux d'habitation... mais également le professionnel en situation de dépendance ou d'infériorité, s'agissant de la vente du fonds de commerce, des statuts des baux commerciaux ou ruraux, du contrat d'agence commerciale ou du contrat d'intégration agricole ». La Cour de cassation colombienne a accueilli la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. V. récemment, CSJ, chambre civile, 24 juin 2016, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC8453-2016.

⁴²³ V. P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, n° 2, p. 512.

⁴²⁴ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, b.

⁴²⁵ Les producteurs et les distributeurs ont assumé des comportements peu transparents lors de la rédaction des contrats en recourant à tout type de formules pour éviter la qualification de contrat d'agence commerciale. Non seulement une pluralité d'intitulés (contrat de fourniture, concession, dépôt *ad vendendum* ou de consignation en vue de la distribution), mais également des tournures d'éléments contractuels (p. ex., transfert de risques liés à la commercialisation des produits). De plus, les clauses de renoncement à demander la requalification en contrat d'agence commerciale ou à demander l'indemnité de fin de contrat en cas de requalification judiciaire en contrat d'agence commerciale étaient courantes en pratique. Un contentieux important en droit de la distribution a émergé en raison des actions en justice formées par les distributeurs, devant la justice judiciaire et arbitrale, visant la requalification des contrats en contrats d'agence commerciale suite à la déclaration de nullité desdites clauses. V., p. ex., Sent. arb. Oscar Mario Trujillo y Cia. S. en C. Insucampu et Insucampu E.A.T. c/ Aventis Cropscience Colombia S.A., 21 mars 1998, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. Enrique Cala Botero, José Alejandro Bonivento et Jorge Suescún Melo.

difficultés empiriques sont certainement l'une des raisons qui ont conduit au changement de position de la Cour de cassation trois décennies plus tard.

β. Le revirement : la levée du caractère impératif

187. La Cour de cassation colombienne a neutralisé en deux temps la protection relative à l'indemnité de clientèle accordée par le Code de commerce de 1971 à l'agent commercial.

188. En premier lieu, dans un arrêt du 28 février 2005, la Cour a admis la possibilité d'un paiement de l'indemnité de clientèle de manière anticipée au fur et à mesure que s'exécute le contrat d'agence commerciale. Elle a ainsi considéré que le fait que le calcul de l'indemnité soit réalisé selon des critères qui ne sont connus qu'au moment de la cessation du contrat d'agence commerciale « n'exclut pas la possibilité de paiements anticipés, préalables et légitimement accordés par les parties »⁴²⁶. Cela permettait notamment d'affirmer la validité des clauses qui indiquent que le paiement que reçoit l'agent commercial après la conclusion d'une opération correspond en partie à la commission et en partie au paiement anticipé de l'indemnité de clientèle due à la fin du contrat⁴²⁷.

189. En second lieu, par un arrêt du 19 octobre 2011, la Cour de cassation a opéré un spectaculaire revirement de jurisprudence⁴²⁸. Saisie d'un litige relatif à un contrat d'agence commerciale où la question du caractère impératif de la règle qui prévoit l'indemnité de fin de contrat ne se posait pas, la Cour a toutefois décidé de s'y référer en affirmant que l'indemnité de fin de contrat, de nature « contractuelle et patrimoniale, ne compromet pas l'ordre public et, par conséquent, les parties peuvent en disposer à n'importe quel moment, sur le fondement de

⁴²⁶ CSJ, chambre civile, 28 février 2006, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 7504. En l'espèce, la clause indiquait : « Dans le pourcentage stipulé dans la clause précédente, au titre de commission, les parties ont inclus le douzième de la moyenne de la commission qui correspond à l'agent, conformément à l'article 1324 C. com. col. En conséquence, au moment de la cessation du contrat, l'agent n'aura pas droit au douzième de la moyenne de la commission mentionnée, car il le reçoit au fur et à mesure que le contrat s'exécute et, par suite, il renonce au droit consacré à l'article 1324 C. com. ».

⁴²⁷ Par exemple, les parties pouvaient stipuler que l'agent commercial recevrait un paiement correspondant à 10 % du prix de la vente réalisée, dont 1 % correspondrait au paiement de l'indemnité de fin de contrat. M. Ortega Jaramillo, « Algunas reflexiones sobre el contrato de agencia comercial », in *La distribución comercial en un mercado global*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2013, p. 26. L'auteur souligne qu'après cet arrêt de 2005, la clause établissant que le paiement réalisé à l'agent correspond en partie à l'indemnité de fin de contrat est devenue une clause de style.

⁴²⁸ Certains auteurs ont salué la décision de la Cour de cassation : v. N. Martínez Neira, « Su majestad : la autonomía de la voluntad », *Ambito jurídico*, 17 nov. 2011. A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ambito jurídico*, 17 janv. 2012.

son autonomie privée »⁴²⁹. Pour justifier son revirement, la Cour relève un changement de circonstances lié à la considération du caractère impératif de cette indemnité. Elle affirme, tout d'abord, qu'en 1980 la Cour s'est inspirée du contexte politico-économique de cette époque « caractérisée par la suprématie des entrepreneurs-mandants, l'absence de protection des agents, l'existence de relations de marché asymétriques et de situations inéquitables et injustes à l'égard d'intérêts considérés vitaux pour l'industrie et le commerce, et que la Cour a jugé nécessaire de protéger »⁴³⁰. Ensuite, elle affirme que l'indemnité circonscrit son intérêt aux seules parties au contrat d'agence commerciale et que l'ordre public n'est pas en jeu. De même, elle écarte son lien avec l'ordre public de protection en indiquant, d'une part, que les agents commerciaux ne sont pas une classe vulnérable ou faible nécessitant une protection particulière, et, d'autre part, que leur situation n'est pas comparable à celle des salariés mais qu'au contraire, ils peuvent disposer d'un pouvoir économique important. Enfin, la Cour relève le caractère fluctuant de l'ordre public et les changements de contexte économique en raison de l'importante mutation du commerce, des relations commerciales et des opérations juridiques, par rapport au contexte dans lequel a été prononcé l'arrêt du 2 décembre 1980⁴³¹. Observons du reste qu'avant ce revirement de la Cour de cassation, certaines sentences arbitrales s'étaient déjà éloignées de la position initiale de celle-ci en écartant le caractère impératif de l'indemnité de fin de contrat⁴³².

190. Ce revirement constitue un point d'inflexion important et plusieurs effets s'en suivront, même si, en pratique, sa portée est délicate à mesurer. En effet, dès lors que les parties peuvent fixer librement le montant de l'indemnité de fin de contrat, voire l'exclure, elles peuvent agir sans tromperie au moment de choisir le contrat de distribution qui répond le mieux à leurs besoins⁴³³. Toutefois, la qualification du contrat en contrat d'agence commerciale ne perd pas

⁴²⁹ CSJ, chambre civile, 19 oct. 2011, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² V. Sent. arb. Cellpoint vs Comunicación celular S.A., 18 mars 2002, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. M. Camacho, B. Leyva y G. Cuberos Gómez.

⁴³³ A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ámbito jurídico*, 17 janv. 2012. V. égal. M. Ortega Jaramillo, « Algunas reflexiones sobre el contrato de agencia comercial », in *La distribución comercial en un mercado global*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2013, p. 30 : « Abriéndose la puerta de la renuncia de la cesantía comercial, sumado al hecho del compromiso del Gobierno colombiano con el americano para que no se aplique la cesantía comercial a los contratos de agencia mercantil de bienes, sin duda se convertirá en el medio idóneo para la promoción de los negocios de los empresarios tanto nacionales como extranjeros, para la conquista o reconquista de una clientela, en nuestro territorio ».

tout son intérêt. Après le revirement, la règle qui prévoit l'indemnité de clientèle est devenu un élément naturel du contrat : les parties doivent l'exclure ou l'aménager par une clause particulière pour éviter son application. Le juge qui requalifie un contrat - auquel les parties avaient donné une autre qualification - en contrat d'agence commerciale doit appliquer la règle relative à l'indemnité de fin de contrat⁴³⁴. De plus, la clause de renonciation à cette prestation, qui n'était pas inhabituelle en pratique avant le revirement mais qui était déclarée nulle⁴³⁵, est à présent valable. Mais si le juge conclut que l'accord n'était pas un contrat d'agence commerciale, la requalification en un autre type contractuel n'aura pas de conséquences sur ce point, dans la mesure où les autres contrats de distribution n'imposent pas la charge de payer cette indemnité.

191. Ce revirement de la Cour de cassation a également eu des répercussions en droit international privé colombien.

b. Le corollaire : l'exclusion de l'indemnité de clientèle de l'ordre public interne colombien

192. La loi colombienne admet depuis 1996 la liberté de choisir la loi applicable aux contrats soumis à un arbitrage international⁴³⁶. Pour sa part, l'article 1328 C. com. col. dispose qu'« *À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont assujettis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». La doctrine se partage sur le fait de savoir si du fait du caractère spécial de cette règle contenu dans le régime de l'agence commerciale, elle constitue ou non une exception à la liberté de choisir la loi applicable aux contrats soumis à un arbitrage international⁴³⁷. En l'absence de réponse de

⁴³⁴ Pour éviter ce risque, si les parties hésitent sur la qualification du contrat, le plus judicieux serait de stipuler une clause relative à l'indemnité de fin de contrat.

⁴³⁵ P. ex., V. p. ex., Sent. arb., Distribuidora Marwill Ltda. c/ Comestibles Ricos Ltda., 26 mars 2007, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. J. Cediél de la Peña, J.P. Cárdenas Mejía et J.E. Narvaéz Bonnet.

⁴³⁶ L'article 2 de la loi 315 de 1996, relatif à l'arbitrage international, indiquait la possibilité pour les parties de choisir la règle de fond selon laquelle les arbitres devaient trancher le litige. Il a été dérogé à cette loi par la loi 1563 de 2012, actuellement en vigueur, qui indique dans son article 101, al. 1^{er} et 2^e que « *Le tribunal arbitral décide de la conformité aux règles de droit choisies par les parties. L'indication du droit ou de l'ordre juridique d'un État doit être comprise comme désignant, sauf si les parties s'expriment autrement, le droit matériel de cet État et non ses règles de conflits de lois. Si les parties n'indiquent pas la règle, le tribunal appliquera les règles de droit qu'il estime pertinentes* ». La loi faisant référence aux règles de droit ou à l'ordre juridique, les parties peuvent choisir la loi d'un État ou l'application des règles non étatiques.

⁴³⁷ Pour une autre partie de la doctrine, les parties peuvent choisir une loi autre que la loi colombienne lorsque le litige relatif au contrat d'agence commerciale relève de l'arbitrage international (V. C. Umaña Trujillo, « El arbitraje y la agencia mercantil : los efectos de los laudos arbitrales frente a las normas sobre

la jurisprudence, supposant l'admission de la primauté de la liberté de choisir la loi applicable au contrat d'agence commercial lorsque celui-ci relève de l'arbitrage international, force est de constater qu'avant le revirement opéré par l'arrêt du 19 octobre 2011, l'application d'une loi autre que la loi colombienne ne conduisait pas nécessairement à l'exclusion de l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col⁴³⁸. En effet, l'application de la loi choisie par les parties n'exclut pas nécessairement l'application de la loi d'autres pays avec lequel le contrat a des points de contact dans la mesure où l'arbitre international doit tenir compte des lois de ces pays qui font partie de l'ordre public international⁴³⁹. Certes, une règle impérative d'un pays ne fait nécessairement pas partie de son ordre public international. Cependant, avant le revirement de la Cour de cassation, puisque la règle relative à l'indemnité de clientèle était considérée comme une règle impérative, son application était possible si les arbitres considéraient qu'elle faisant partie de

agencia mercantil», in *El contrato de arbitraje* (E. Silva Romero y F. Mantilla), Legis, Bogotá, 2005, p. 466). 1. Pour une partie de la doctrine, puisque l'article 1328 est une règle spéciale, elle doit être appliquée même en cas d'arbitrage international, car la loi relative à cette matière est une règle générale J. Oviedo Albán, « La ley aplicable a los contratos internacionales », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 10, n° 21, 2012, p. 134.

⁴³⁸ À partir du moment où elle admet totalement ou partiellement la loi de l'autonomie, l'introduction de mécanismes pour la défense de l'ordre juridique national est nécessaire. Ces mécanismes sont principalement l'exception d'ordre public et les lois d'application immédiate ou lois de police. Il est communément admis que ces mécanismes contrebalancent l'entière liberté de choix laissée aux contractants. Pour l'instant, le droit colombien n'a fait application que du premier mécanisme (v. à cet égard, D. Rojas, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 116 et s.). Cependant, en matière d'arbitrage international, les lois de police sont un mécanisme répandu (v. Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001). Comme l'indiquent certains auteurs, « Sans la découverte du procédé des lois de police, il est certain que la loi d'autonomie n'occuperait sa place qui est la sienne aujourd'hui » (M.-E. Ancel, P. Deumier et Malik Laazouzi, *Droits des contrats internationaux*, Sirey, 2017, p. 164, n° 218).

⁴³⁹ Le terme de loi de police ne peut être évoqué ici. En effet, comme l'observe M. Rojas, à l'heure actuelle le droit internationale privé colombien ignore la méthode des lois de police et aucun des instruments internationaux en vigueur en Colombie ne les mentionne. L'auteur indique que « [D]e par leur définition, les lois de police ne semblent guère distinctes de l'ordre public international tel qu'il a été défini par la jurisprudence colombienne » (V. D. Rojas, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017, n° 127 et s.). En l'absence de notion de loi de police, on ne peut que faire référence à l'ordre public international de la Colombie pour affirmer que celui-ci s'exprime sous une forme positive lorsqu'il conduit à une application directe de la loi du for et sous une forme négative lorsqu'il conduit à exclure l'application de la règle étrangère désignée par la règle de conflit ou afin de refuser l'efficacité de jugements étrangers ou de sentences arbitrales. Le résultat de leur application est en tout cas celui d'écarter une loi étrangère au profit de la loi du for. En revanche, on sait qu'en droit français, même s'il s'agit d'une question très discutée à plusieurs égards, la distinction entre le mécanisme des lois de police et l'exception d'ordre public existe bel et bien. Ils sont généralement distingués sur le plan de la méthode : alors que le mécanisme des lois de police conduit à l'application de la loi du for indépendamment de la loi désignée par la règle de conflit, l'exception d'ordre public intervient après la désignation de la loi étrangère. Ils sont également distingués par certains auteurs sur un plan substantiel. V. B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2008, n° 4 et s. Cependant, pour l'instant, ces discussions ne peuvent pas être transposées au droit international privé colombien.

l'ordre public international de la Colombie. Néanmoins, dès lors que l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col. n'a pas de caractère impératif dans l'ordre interne⁴⁴⁰, il est certain qu'il ne fait pas partie de l'ordre public international de la Colombie.

193. Observons également qu'à la différence de l'article 1324 C. com. col. relatif à l'indemnité de clientèle, le caractère impératif de l'article 1328 C. com. col. est incontestable en raison de la lettre de son dernier alinéa⁴⁴¹. Récemment, la Cour de cassation colombienne, tout en confortant son caractère impératif, a indiqué qu'il ne fait pas partie de l'ordre public international colombien⁴⁴². Cette position semble constituer une suite du revirement réalisé par l'arrêt du 19 octobre 2011 relatif à l'indemnité de clientèle ; sachant que la jurisprudence a fixé sa position concernant la nature de cet article sans que la question ne soit posée dans le cas d'espèce⁴⁴³. Si dans l'ordre interne l'article 1328 C. com. col. revêt un caractère impératif, dès lors que la règle de l'indemnité de clientèle n'a plus ce caractère, il a perdu son utilité essentielle.

194. La désarticulation de la cohérence du régime de l'agence commerciale est ainsi manifeste. Elle a pour origine l'antinomie entre, d'une part, l'approche protectrice de l'agent commercial instaurée par le Code de commerce de 1971 et, d'autre part, la position récente de la Cour de cassation colombienne tendant à désactiver les règles de protection qui sont l'expression de cette approche protectrice. Naturellement, elle ne peut réaliser cette désactivation que dans les cas où le législateur n'a pas expressément affirmé le caractère impératif d'une règle. Or, ce n'est pas le cas de l'article 1328 C. com. col., qui dispose que toute clause contraire à sa lettre est réputée non écrite. C'est cependant le cas de la règle de l'indemnité de clientèle, dont le caractère impératif a été affirmé par la Cour de cassation pendant trois décennies avant le revirement du 19 octobre 2011⁴⁴⁴. La Cour a ainsi rompu le lien entre l'attribution de l'indemnité de clientèle comme mesure protectrice en faveur de l'agent commercial et le caractère impératif accordé par le législateur à l'article 1328 C. com. col. Le fondement de cette dernière différence, tout comme celui d'autres différences de

⁴⁴⁰ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 2, a.

⁴⁴¹ A. Zapata, « El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia », in *Derecho Internacional de los Negocios* (A. Zapata sous dir.), T. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 36.

⁴⁴² CSJ, chambre civile, 24 juin 2016, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC8453-2016.

⁴⁴³ En l'espèce, il s'agissait d'une question relative à la contestation de la compétence d'un tribunal arbitral siégeant à l'étranger et non pas d'une question relative à la loi applicable au contrat.

⁴⁴⁴ CSJ, chambre civile, 19 oct. 2011, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.

régimes entre contrats de distribution relatives à la période de leur cessation, peut être mis en doute.

B. La contestation de la justification de la diversité de régimes

195. Comme on l'a précédemment relevé, l'approche protectrice à l'égard de l'agent commercial, qui constitue l'une des causes de l'émergence de régimes différents concernant la cessation des contrats de distribution, tire son origine de l'idée des rédacteurs du Code de commerce de 1971 de protéger les agents commerciaux nationaux contre la puissance d'entreprises étrangères. Ce fondement est cependant de nos jours fortement contestable (1). La Cour de cassation colombienne, loin de remettre en cause le traitement différencié des distributeurs, a trouvé dans la distinction entre l'action pour le compte d'autrui et l'action pour compte propre un argument capital pour sa légitimation⁴⁴⁵. Néanmoins, si nous avons pu noter l'utilité de la distinction, il est à présent nécessaire d'en relever les limites pour justifier le traitement différencié des distributeurs concernant la cessation de ces contrats (2).

1. Le fondement discutabile de l'approche protectrice à l'égard de l'agent commercial

196. Le fondement de l'approche protectrice à l'égard de l'agent commercial peut être contesté à plusieurs égards. Tout d'abord, il est discutabile de partir d'une considération idéologique pour justifier la protection de l'agent commercial⁴⁴⁶. Non seulement les comportements considérés comme reprochables pris en compte pour légitimer cette approche pouvaient également être le fait de fournisseurs nationaux (et pas seulement de fournisseurs étrangers), mais plus généralement l'idée de protection des entreprises nationales contre les comportements indécents d'entreprises étrangères n'a plus sa place aujourd'hui. En effet, comme on l'a vu, cette considération, qui date de l'époque de l'après-seconde guerre mondiale et a été particulièrement forte durant les années soixante du dernier siècle, s'est inscrite dans un contexte politique et économique plus large de protection des économies latino-américaines

⁴⁴⁵ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2.

⁴⁴⁶ V. sur les idéologies qui sous-tendent les discussions en droit des contrats français : Th. Genicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales Association Henry Capitant, T. XVI, 2012, Dalloz, p. 85 et s. ; Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser, op. cit.*, 2012, p. 877 et s.

ayant pour objectif leur développement ainsi que la diminution de leur dépendance vis-à-vis des économies industrialisées de l'époque⁴⁴⁷. De nos jours, sauf à être une puissance mondiale pouvant imposer ses conditions aux autres pays, les mesures de protection qui ont pour seul objectif la protection des entreprises nationales constituent un obstacle à l'insertion des pays dans l'économie globale. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'une des exigences des États-Unis pour signer l'accord de libre-échange avec la Colombie, qui est entré en vigueur le 15 mai 2012⁴⁴⁸, ait été la suppression de l'indemnité de fin de contrat lorsque l'agence commerciale porte sur des biens (par opposition à celle qui porte sur des services)⁴⁴⁹.

197. Cela ne signifie pas que le législateur ne puisse établir des règles spéciales de protection en faveur des distributeurs, mais leur justification doit trouver appui sur des critères liés aux caractères juridiques de ces contrats. Par ailleurs, les relations entre distributeurs et fournisseurs ne peuvent être réduites à un rapport de partie dominante-partie faible qui justifie l'instauration d'une approche protectrice générale en faisant ainsi fi, de manière contestable, des distinctions qui doivent être opérées quant aux différents aspects des contrats de distribution. Ainsi, à titre d'exemple, en droit français ont été promulguées des mesures de protection en faveur des distributeurs prévoyant l'introduction d'une obligation précontractuelle d'information⁴⁵⁰, ou encore l'encadrement des clauses post-contractuelles de non-concurrence⁴⁵¹.

198. Enfin, l'expérience du droit colombien montre que l'instauration d'une approche protectrice ne visant qu'un type de distributeur peut avoir des conséquences néfastes en pratique. En effet, comme il l'a été constaté, la protection du seul agent commercial a levé le voile sur ce contrat qui a donné lieu à un contentieux considérable monopolisant l'activité de la justice étatique et des tribunaux arbitraux depuis les années quatre-vingt. Au-delà de la contestation des idées qui ont inspiré la protection accordée par le Code de commerce de 1971 à l'agent commercial, une remise en cause, sur le plan substantiel, de la justification de la distinction entre régimes de cessation des contrats de distribution doit être réalisée.

⁴⁴⁷ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 1, a.

⁴⁴⁸ L'Accord de libre-échange a été signé à Washington le 22 novembre 2006. Il a été adopté par la Colombie en 2007 (loi 1143 du 4 juillet 2007). Postérieurement, il a été approuvé le 12 octobre 2011 par le Parlement américain.

⁴⁴⁹ Un projet de loi a été présenté par le Gouvernement le 21 septembre 2012 visant l'accomplissement de cet engagement mais il n'a cependant jamais été adopté par le Parlement.

⁴⁵⁰ C. com. fr., art. L. 330-3, anciennement art 1^{er} de la loi du 31 de décembre 1989, dite « loi Doubin ».

⁴⁵¹ C. com. fr., art. L. 341-2.

2. Les limites de la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui

199. La distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui avancée pour justifier les différences entre le régime applicable à l'agent commercial et ceux applicables aux autres distributeurs doit être en partie contestée. En effet, elle n'est pas seulement relative dans la mesure où elle dépend, en dernière analyse, de l'assignation des risques économiques dans l'opération de distribution (a) ; elle est surtout insuffisante pour expliquer le contenu complexe des contrats de distribution (b).

a. La relativité de la distinction

200. Cette distinction est relative tant elle dépend de l'attribution des risques dans l'opération de distribution (i). De ce fait, elle peut jeter un trouble sur l'opération de qualification du contrat lorsque la notion d'action pour compte d'autrui est un élément indispensable de cette qualification (ii).

i. La dépendance de l'attribution aux risques économiques

201. La distinction entre l'action pour compte propre et l'action pour compte d'autrui est relative dans la mesure où elle dépend *in fine* de l'attribution des risques réalisée par les parties. En effet, l'action pour le compte d'autrui ou l'action pour compte propre sont des notions juridiques qui impliquent, en principe, la désignation de la partie à qui incombent les effets juridiques et économiques produits par un contrat. Un distributeur agit ainsi pour le compte d'autrui lorsqu'il n'a pas vocation à assumer les risques, les pertes et les bénéfices liés au contrat dont il est l'auteur matériel⁴⁵². L'action pour compte propre ou pour le compte d'autrui est ainsi le reflet de l'aménagement des éléments qui composent le contrat de distribution débouchant sur l'attribution des risques, des bénéfices et des pertes liés aux contrats conclus par le distributeur. Cela étant, c'est généralement le transfert de la propriété des produits qui permet de déterminer si le distributeur agit pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur. En effet, le transfert de la propriété implique, en principe, la prise en charge de risques importants par le distributeur. Concrètement, en tant que propriétaire, il assume normalement

⁴⁵² J.A. Bonivento Jiménez, *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, p. 141.

les risques de dépréciation, de perte ou de dommages causés par les produits. Il supporte surtout le risque de non-paiement du prix par le client et l'impossibilité de vendre le produit.

202. Toutefois, puisque les risques liés à la conclusion d'un contrat sont nombreux, une analyse globale pour déterminer quelle partie assume la plupart des risques liés à la commercialisation des produits est caractérisée par certaines difficultés. En outre, les parties peuvent les aménager en transférant un ou plusieurs d'entre eux à la partie qui ne doit pas en principe les assumer. De ce fait, la réponse à la question de savoir si le distributeur agit pour son propre compte ou le compte d'autrui peut devenir délicate lorsque les parties ont aménagé les risques associés au transfert de la propriété des produits⁴⁵³. Des incertitudes quant à la qualification du contrat peuvent donc naître à la suite d'un aménagement conventionnel de certains de ces risques.

ii. Les troubles quant à la qualification du contrat

203. Même si la qualification d'un contrat est une opération intellectuelle de caractère juridique, lorsqu'elle dépend en partie de savoir si le distributeur a agi pour le compte d'autrui ou pour compte propre, elle peut conduire à une analyse fastidieuse par le juge de la répartition des risques économiques de l'opération par les parties. Ainsi, l'aménagement des risques économiques par les parties peut susciter des doutes quant à la qualification du contrat. En guise d'illustration, notons que la Cour de cassation a récemment étudié une décision d'une cour d'appel qui avait débouté un distributeur de sa demande de requalification d'un contrat de distribution pour compte propre en un contrat d'agence commerciale. Le distributeur qui achetait les produits, faisait valoir, notamment, que le fournisseur assumait des risques liés aux opérations conclues par lui. En effet, des notes de crédits sur des factures d'achat des produits indiquaient des montants en faveur du distributeur en raison de la dévolution des produits ou de réductions de prix autorisées par le fournisseur⁴⁵⁴. Une telle situation est gênante : la qualification juridique dépend ici, en partie, d'une analyse des risques économiques de l'opération de distribution.

204. La pratique de la distribution en Colombie a également montré que les parties peuvent chercher à aménager les risques du contrat de manière à éviter la caractérisation de l'action

⁴⁵³ J. Mendieta, « Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial », *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, Vol. 5, n° 1, 26 juin 2006.

⁴⁵⁴ CSJ, chambre civile, 18 avr. 2018, M.R. Luis Armando Tolosa, n° SC1121-2018.

pour le compte d'autrui du distributeur et ainsi contourner la qualification de contrat d'agence commerciale afin d'éviter le paiement de l'indemnité de clientèle. Il peut ainsi arriver, malgré le transfert de la propriété des produits au distributeur, que le juge considère que ce dernier n'assume pas les risques qu'il doit normalement supporter en tant que propriétaire des produits ; le fournisseur assumant en réalité la plupart des risques liés à leur revente en raison de l'accumulation de clauses qui mettent à sa charge les risques de perte, de destruction, de péremption ou de dévalorisation pour vétusté des produits, de non-paiement du prix par le client, ou encore prévoient une obligation de reprise des invendus⁴⁵⁵.

205. La distinction entre l'action du distributeur pour compte propre et l'action du distributeur pour compte d'autrui révèle ainsi ses limites. Elle ne devrait ainsi pas être le pivot sur lequel gravite la distinction des régimes applicables à la cessation des contrats de distribution. Nous devons encore formuler une autre critique à l'encontre de cette distinction tenant à son insuffisance.

b. Les insuffisances de la distinction

206. La distinction en question se révèle insuffisante à plusieurs égards. Tout d'abord, elle ne tient pas compte de tous les risques de l'opération économique de distribution, mais seulement de ceux liés aux opérations conclues avec les clients. Or, le contrat de distribution comporte d'autres éléments qui ne sont pas considérés par cette distinction (i). Ensuite, elle ne suffit pas à justifier les différences de régime qui gouvernent la cessation des contrats de distribution (ii). Enfin, elle est un critère inutile de rattachement de la clientèle (iii).

⁴⁵⁵ P. ex., v. Sent. arb. Oscar Mario Trujillo y Cia. S. en C. Insucampu et Insucampu E.A.T. c/ Aventis Cropscience Colombia S.A., Chambre de commerce de Bogotá, 21 mars 1998, Arb. E. Cala Botero, J. Alejandro Bonivento et J. Suescún Melo. En l'espèce, les parties ont conclu un contrat de dépôt *ad vendentum*. Le fournisseur mettait à la disposition du distributeur les produits en vue de leur vente aux consommateurs. Lorsque le distributeur vendait un produit à un client, il devenait propriétaire du produit vendu par une sorte d'effet rétroactif. Il devait payer le prix des produits vendus au fournisseur selon une liste fixée par celui-ci à la fin de chaque mois. Ce prix correspondait au prix de vente au public (auquel le distributeur avait vendu le produit au client) moins un pourcentage de réduction. Puisqu'avant la vente aux clients le distributeur détenait les produits à titre de dépôt, le fournisseur assumait les risques de péremption des produits et des invendus. Le fournisseur invoquait la qualité de revendeur du distributeur pour repousser la qualification de contrat d'agence commerciale. Le tribunal a requalifié le contrat en contrat d'agence commerciale. Il a conclu que, malgré ce schéma complexe, le fournisseur était bel et bien celui qui assumait les risques des opérations de vente aux clients et, qu'en conséquence, le distributeur agissait en réalité pour le compte du fournisseur malgré son apparente qualité de revendeur.

i. L'absence de la considération de tous les aspects du contrat de distribution

207. Les notions d'action pour compte propre et d'action pour le compte d'autrui ne sont pas aptes à saisir la complexité des contrats de distribution, tant s'agissant d'aspects qualitatifs que de la multiplicité des risques associés à l'opération de distribution.

208. En premier lieu, outre les risques économiques, les contrats de distribution revêtent d'autres aspects que l'on pourrait qualifier de qualitatifs par opposition aux premiers. Il en est ainsi de la liberté de fixation des prix, des instructions auxquelles est soumis le distributeur et de son degré d'autonomie juridique quant à la fixation de la politique et des conditions de commercialisation des produits, de la méthode de vente, de la gestion des stocks, voire du recrutement du personnel. Or, la distinction entre l'action pour compte d'autrui et l'action pour compte propre ne permet pas d'appréhender ces aspects qualitatifs du contrat de distribution. Certes, concernant l'autonomie du distributeur, il existe en principe une idée de rapport de proportionnalité entre les risques assumés par le distributeur et le degré d'autonomie dont il dispose. Néanmoins, l'un des caractères de l'évolution du droit de la distribution a été précisément la formation d'un décalage entre les risques assumés par le distributeur et l'ingérence du fournisseur dans son activité⁴⁵⁶. En effet, le fournisseur a eu recours à de nouvelles figures contractuelles pour transférer le risque de la commercialisation de ses produits à un tiers, tout en conservant un contrôle étroit sur celle-ci. En réalité, comme nous le verrons ultérieurement, indépendamment des risques assumés par le distributeur, il peut jouir d'une autonomie juridique plus ou moins importante au regard de divers aspects du contrat de distribution⁴⁵⁷.

209. En second lieu, les notions d'action pour le compte d'autrui ou d'action pour compte propre ne tiennent compte que des risques liés aux contrats conclus par le distributeur avec les clients. Or, ces risques ne sont qu'une partie de ceux liés à l'opération de distribution⁴⁵⁸. En d'autres termes, les contrats conclus avec les clients s'inscrivent dans le cadre d'une opération plus large qui implique d'autres risques. Tous les distributeurs - qu'il s'agisse d'un agent

⁴⁵⁶ V. C. Del Cont, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. F. Collart-Dutilleul et G. Martin, Harmattan, 1997.

⁴⁵⁷ *Infra* n° Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1, a.

⁴⁵⁸ V. les Lignes directrices 2010/C 130/01 de la Commission européenne sur les restrictions verticales qui indique que le critère déterminant pour la définition de l'agent commercial aux fins d'application du droit de la concurrence est le risque supporté par l'agent commercial (n° 2 et s.). Elle met en évidence la diversité des risques liés aux opérations conclues par l'agent, à son activité ou à des activités confiées par le fournisseur que l'agent exécute à ses propres risques.

commercial, d'un concessionnaire ou d'un franchisé - exercent leur activité à leurs risques et périls. Ils assument des risques liés aux investissements propres à leur domaine d'activité (mobilier, outillage, matériel), aux investissements généraux (local, personnel), ainsi que ceux relatifs à l'obtention de bénéfices sachant que la continuation de leur entreprise est liée à la réussite de l'opération de distribution. La relation risque-profit peut être fondée sur la rémunération qu'il négocie ou consent à recevoir (distributeur pour compte d'autrui) ou sur une marge bénéficiaire selon les prix de revente au public qu'il fixe (distributeur pour compte propre). Ainsi, la distinction analysée ne prend pas en compte l'opération de distribution dans sa globalité. Pourtant, l'affirmation selon laquelle l'agent commercial, à la différence du concessionnaire ou du franchisé, agit pour le compte d'autrui est récurrente. Si elle est vraie, il n'en reste pas moins qu'elle masque tous les autres risques assumés par l'agent commercial lorsqu'il souscrit le contrat, notamment ceux liés aux investissements. Plus encore, cette distinction ne saurait justifier toutes les différences de régimes qui existent quant à la cessation des contrats de distribution.

ii. L'inaptitude à justifier toutes les différences de régimes

210. Certainement, la distinction entre les contrats d'agence commerciale dans lesquels l'agent agit pour le compte d'autrui et les autres contrats de distribution dans lesquels le distributeur agit pour compte propre justifie l'application de règles différentes à plusieurs égards. L'une et l'autre de ces modalités de distribution comportent des atouts et des désavantages qui sont pris en considération par chacune des parties⁴⁵⁹. Il en va ainsi des risques de commercialisation (risques d'invendus, de non-paiement du prix) et d'autres risques liés à l'acquisition de la propriété des produits (perte, dépréciation), ainsi que de la liberté de la fixation des prix de revente dont jouit en principe le distributeur pour compte propre en vertu de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles.

211. Néanmoins, la généralisation de ce critère pour légitimer toutes sortes de différences de traitement entre les contrats qui appartiennent à l'une ou à l'autre catégorie peut être mise en doute. En réalité, au lieu d'invoquer cette distinction comme critère de justification générale de ces différences, il est plus judicieux de déterminer quand elle est réellement apte à justifier telle ou telle différence. En guise d'illustration, relevons que la distinction ne suffit pas à affirmer

⁴⁵⁹ J.-B. Blaise, « Comment configurer un réseau de distribution aujourd'hui », in *Colloque, Réseau de distribution et droit de la concurrence, Concurrences*, n° 1, 2012.

une différence de nature entre l'autonomie du distributeur pour compte propre et celle du distributeur pour compte d'autrui. Cette différence est simplement de degré et n'est pas tributaire d'un type contractuel de distribution donné dans la mesure où l'autonomie est une notion complexe qui peut être appliquée à divers aspects de ces contrats. Plus substantiellement, si les restrictions à l'autonomie commerciale de l'agent commercial s'expliquent par les risques plus importants qu'assume le fournisseur, s'agissant de la concession et de la franchise, elles s'expliquent par la mise à disposition des signes distinctif mais surtout par la protection de l'identité commune et de la réputation du réseau qui conduit à l'application de normes de commercialisation communes⁴⁶⁰. Concernant la franchise, cela est encore plus évident, car elle est la réitération d'un succès commercial qui implique des normes d'exploitation communes imposées pour assurer l'application uniforme du savoir-faire transmis.

212. En outre, comme nous le traiterons en détail, cette distinction n'est pas apte à justifier les différences de traitement concernant la cessation des contrats de distribution précédemment relevées : la restriction du droit de résiliation unilatérale du fournisseur et de la liberté du choix de la loi applicable ainsi que l'attribution d'un droit de rétention et d'une indemnité de clientèle au seul agent commercial. Ce dernier point s'explique par l'inutilité de cette distinction pour déterminer le rattachement de la clientèle à l'une des parties au contrat de distribution.

iii. L'inutilité en tant que critère de rattachement de la clientèle

213. En droit colombien, tout comme en droit français, un *idealtypus* de distribution semble avoir été forgé : l'agent commercial crée une clientèle en faveur d'autrui tandis que les distributeurs pour compte propre, tels que les concessionnaires et les franchisés, créent une clientèle propre qui les suivra après la cessation du contrat⁴⁶¹. Or, comme l'indique un auteur,

⁴⁶⁰ Rappr. N. Ferrier, « La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ? », *Revue de l'Institut de droit des affaires internationales*, n° 3, janv. 2016, p. 23.

⁴⁶¹ Rappr. M. Huhtamaki, « Protection contractuelle des distributeurs - Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil », *RDC* 2008, p. 949 : « Toutefois, lorsque l'on compare distributeurs et agents commerciaux, il faut également se poser la question du risque financier : qui supporte in fine le risque financier de la vente des biens ou services fournis ? Les véritables agents commerciaux indépendants agissent pour le compte de leurs commettants et ne supportent donc qu'un risque financier limité, alors que les distributeurs assument toujours ce dernier intégralement. Cette différence est fondamentale pour la révision suggérée dans la présente proposition, car même si les agents sont de taille plus petite et sont encore plus en position de faiblesse que les distributeurs dans les relations contractuelles, ces derniers doivent assumer la charge financière de leur activité. Dès lors, les distributeurs méritent de bénéficier du même type de protection contractuelle que les agents commerciaux, qui exercent leur activité sans risque de perdre leur capital et/ou leurs clients ».

« dans bien des cas, cette conservation juridique sera en réalité purement formelle, véritable coquille vide »⁴⁶². En réalité, il est inutile d'établir des archétypes s'agissant du rattachement matériel ou juridique de la clientèle fondés sur cette distinction. Les situations réelles sont très diverses et ne sont pas réductibles à cette formule. Cela dépend largement de situations de fait qu'il n'est pas possible de systématiser⁴⁶³. La pratique montre que dans beaucoup de cas, la clientèle se dirige vers le nouveau concessionnaire ou le nouveau franchisé désigné par le fournisseur sur le marché concerné⁴⁶⁴. Il a notamment été relevé, à cet égard, que « la clientèle est bien plus attachée à la marque du concédant qu'à la personne du concessionnaire et qu'à l'issue de la rupture du contrat, le concédant a à sa disposition moult moyens pour conserver la clientèle de son ex-partenaire dans son réseau »⁴⁶⁵. La probabilité est logiquement plus élevée lorsqu'il s'agit d'une marque réputée. Mais parfois, la clientèle peut être attirée par la personne ou l'activité du distributeur. Il en va ainsi d'un agent commercial dont la renommée est très importante ou lorsqu'il est un commerçant très respecté, sur le plan commercial ou social. Il est probable que la clientèle soit ainsi attachée à un agent commercial et que celui-ci puisse conserver la clientèle en cas de changement de fournisseur.

214. Il reste à souligner que l'un des traits caractéristiques de la clientèle est sa liberté de choisir avec qui contracter. Comme on l'a observé, « [l]e client a la liberté renouvelée de contracter ou de ne pas contracter. Dès lors, la clientèle n'est qu'un espoir »⁴⁶⁶. Dès lors, le fait de lier l'attribution d'une indemnité de clientèle à un type de distributeur conduit à méconnaître cet aspect aléatoire et contingent de la clientèle, ainsi qu'à négliger les multiples facteurs qui peuvent mener les consommateurs à contracter avec le même distributeur malgré le changement de fournisseur ou avec le nouveau distributeur assigné sur le territoire par le fournisseur.

215. Conclusion de la Section II du Chapitre 1 du Titre I de la Première partie. Les différences relatives aux régimes de cessation des contrats de distribution ont été en quelque sorte légitimées par l'indifférence du législateur et leur entérinement par la jurisprudence. Plus

⁴⁶² N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, p. 318, note de bas de page n° 1156. « Autrement dit, qu'est-ce qu'une conservation juridique sans conservation matérielle effective ? Un simple jeu de mots ».

⁴⁶³ Rappr. Ch. Jamin, « Nouvelles précisions sur le régime juridique de la résiliation des contrats de concession commerciale », *D.* 1998, p. 413.

⁴⁶⁴ V. H. Aubry, « La franchise et les modèles concurrents », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., n° 7, p. 12.

⁴⁶⁵ D. Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129, n° 26.

⁴⁶⁶ Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 3, p. 5.

encore, la doctrine et la jurisprudence les ont justifiées en mettant en avant la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui. Les distributeurs pour compte propre ont tenté de se voir appliquer la protection accordée à l'agent commercial. Dans cette même direction, de rares propositions de loi ont été présentées devant le Parlement. Toutes ces tentatives pour parvenir à une meilleure protection des distributeurs pour compte propre ont échoué. En revanche, l'aspiration des fournisseurs visant à désamorcer la protection accordée à l'agent commercial par l'admission de l'exclusion conventionnelle de l'indemnité de fin de contrat a réussi. En effet, après avoir soutenu pendant plus de trois décennies le caractère impératif de la règle qui la consacre, la Cour de cassation colombienne, par un revirement de jurisprudence en 2011, a indiqué que cette règle n'était pas d'ordre public. Malgré cela, force est de constater que la différence de traitement de l'agent commercial au regard des autres distributeurs pour compte propre concernant la cessation du contrat est contestable. En effet, si cette distinction apparaît utile à certains égards, nous avons constaté qu'elle révèle ses limites à d'autres égards. D'une part, étant tributaire de la répartition des risques liés à la commercialisation des produits opérée par les parties, elle peut devenir parfois difficile à manier en vue de la qualification d'un contrat. D'autre part, elle est non seulement inapte à saisir tous les risques et aspects qualitatifs que comporte l'opération de distribution, mais surtout elle se révèle insuffisante pour justifier les différences de régimes en matière de cessation des contrats de distribution, ainsi que le rattachement de la clientèle à l'une des parties au contrat de distribution.

216. Conclusion du Chapitre 1 du Titre I de la Première partie. L'intervention du législateur par la voie du Code de commerce de 1971, qui consacre une approche protectrice en faveur de l'agent commercial, tranche avec son immobilisme et le libre cours de la volonté des parties à l'égard des autres contrats de distribution, tels que les contrats de concession et de franchise. Ce contraste qui caractérise l'action du législateur est à l'origine des différences de régimes qui existent quant à la cessation de ces contrats. Ces disparités tiennent aux règles de protection en faveur de l'agent commercial qui restreignent le droit de résiliation unilatérale du mandant et la liberté de choix de la loi applicable au contrat, ainsi qu'aux règles qui lui accordent un droit de rétention et une indemnité de clientèle à la fin du contrat. Les distributeurs pour compte propre ont tenté d'obtenir une protection similaire à celle de l'agent commercial en faisant valoir une interprétation large de la définition de ce contrat. À l'évidence, leur intérêt résidait en particulier dans l'attribution d'une indemnité de clientèle. Loin de faire écho à leurs

prétentions, la jurisprudence a adopté une conception étroite de l'agence commerciale. Plus récemment, elle a montré une tendance à neutraliser l'approche protectrice du Code de commerce en faveur de l'agent commerciale par la levée du caractère d'ordre public de la règle prévoyant l'indemnité de clientèle. En outre, pour justifier le traitement différencié de l'agence commerciale par rapport à d'autres contrats de distribution, la jurisprudence a mis en avant la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui. En réalité, les raisons qui fondent ces différences de régime entre distributeurs peuvent être contestées. D'une part, parce que les raisons qui ont justifié l'approche protectrice adoptée à l'égard de l'agent commercial ont obéi à un contexte politico-économique particulier, propre à l'époque de la promulgation du Code de Commerce. D'autre part, parce que si la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui est utile concernant certains aspects de ces contrats, elle est insuffisante pour appréhender la complexité des éléments qui les composent et surtout pour justifier les différences de règles applicables quant à leur cessation. Le traitement différencié des distributeurs lors de la cessation du contrat n'est cependant pas le seul défaut du droit positif. L'application du droit commun à certains aspects de la cessation de ces contrats se révèle également inadaptée.

Chapitre 2

L'inadaptation du droit commun des contrats

217. À l'instar du constat réalisé par la doctrine française à l'égard du Code civil français de 1804, on peut considérer que le droit commun des contrats contenu dans le Code civil colombien a également été instauré sur le modèle du contrat de vente. La doctrine française a démontré que ces règles ne sont pas toujours adaptées pour appréhender de nouvelles figures contractuelles qui s'inscrivent dans des relations de longue durée et impliquent un degré important de collaboration⁴⁶⁷. Il n'est alors pas étonnant que les contrats de distribution aient été à l'origine des débats les plus importants qui se sont tenus en France en matière de droit des contrats durant les dernières décennies du XX^e siècle⁴⁶⁸. De même, les règles du droit commun des contrats ne peuvent prendre en compte toutes les particularités de tous les contrats créés par la pratique. À cet égard, le droit de la distribution constitue à nouveau un bon exemple dans la mesure où il existe des problématiques spécifiques à ces contrats que le droit commun des contrats ne considère pas⁴⁶⁹. Le droit commun des contrats est notamment peu adapté aux particularités de la cessation de ces contrats (Section 1) ; en outre, l'action du juge à leur égard peut être discutée à plus d'un titre (Section 2)⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ S. Lequette, *Le contrat-coopération, op. cit.*, n° 4 et s. R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux, Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s. D. Galbois, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2018, n° 346 et s.

⁴⁶⁸ P. ex., les discussions autour de la fixation unilatérale du prix dans les contrats de distribution qui ont abouti aux arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, l'obligation de renégociation dans les arrêts *Huard* (Cas. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547) et *Danone* (Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357), l'annulation pour défaut de cause d'un contrat conclu entre un fournisseur de cassettes de vidéo et un locataire en vue de leur sous-location sur un marché (Cass. civ. 1^{er}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800), l'obligation de motiver la rupture du contrat (v. p. ex., Cass. com. 26 janv. 2010, n° 09-65.086).

⁴⁶⁹ V. M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, 2002, *Economica*, n° 145, p. 102 : « Pourtant, l'application des règles communes n'apparaît pas toujours opportune : dans certains cas, elle peut favoriser les manœuvres de contractants cherchant à échapper aux dispositions impératives d'une réglementation spéciale ; dans d'autres, elle peut tout à la fois méconnaître la spécificité de l'innovation et infliger aux concepts du droit commun des déformations critiquables ».

⁴⁷⁰ Au-delà des contrats de distribution, une réflexion plus générale apparaît sur l'adaptation du droit commun des contrats à la diversification du droit des contrats (v. en droit français R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 229 et s). En France, l'activité de la doctrine et des pouvoirs publics après le Bicentenaire du Code civil français, afin d'impulser une réforme du droit commun des contrats qui a finalement été menée à bon terme, contraste avec l'inaction de la doctrine et des pouvoirs publics en Colombie. Nous limiterons nos propos aux contrats de distribution étudiés.

Section 1 : Les insuffisances du droit commun des contrats

218. Fondé sur le modèle du contrat échange à durée instantanée, le droit commun des contrats s'avère inapte à appréhender les conséquences de la durée des contrats de distribution. Il en va ainsi, notamment, de la nécessité d'annoncer la rupture des contrats de distribution qui ont eu une durée importante (§1). De même, le droit commun des contrats ne traite pas de la question du sort des stocks invendus à la fin du contrat lorsque le distributeur a acquis la propriété des biens, celle-ci étant spécifique à ce type de contrat. La réponse qui résulte de son application est insatisfaisante (§2).

§1. La protection insatisfaisante contre la rupture brusque du contrat de distribution

219. À la différence d'autres législations⁴⁷¹, les dispositions relatives à l'agence commerciale en droit colombien ne consacrent pas de règles sur le préavis de rupture. C'est alors le droit commun des contrats qui s'applique sur ce point à tous les contrats de distribution. Or, son application ne permet pas la protection des parties contre rupture brusque du contrat de distribution. En effet, en vertu de ces règles, l'exigence d'un préavis de cessation est d'application restrictive puisqu'il n'est exigé que pour les contrats à durée indéterminée (A). En outre, le délai de préavis convenu par les parties prévaut même lorsqu'il existe une disproportion entre celui-ci et la durée effective d'exécution du contrat (B).

A. L'exigence de préavis limitée aux contrats à durée indéterminée

220. L'exigence d'un préavis de cessation n'est prévue en droit positif que pour les contrats de distribution à durée indéterminée (1). Il est écarté lorsque les parties ont stipulé un terme qui marque la fin du contrat (2).

⁴⁷¹ P. ex., C. com. fr., art. L. 134-11.

1. L'obligation d'un préavis dans les contrats à durée indéterminée

221. Dans les contrats à durée indéterminée, chacune des parties dispose d'un droit de résiliation unilatérale qui ne peut produire ses effets immédiatement après son exercice. Un temps est en effet nécessaire entre l'annonce de la mise en œuvre de la résiliation et l'extinction du contrat. Le Code civil et le Code de commerce ne consacrent l'exigence de préavis de rupture que pour certains contrats⁴⁷². Toutefois, la jurisprudence a soutenu pendant un temps, et de manière générale pour les contrats à durée indéterminée, que le droit de résiliation unilatérale ne pouvait être exercé que moyennant un préavis raisonnable. En particulier, dans un arrêt du 28 mars 1955, la Cour de cassation colombienne a affirmé que « lorsqu'il s'agit de contrats dans lesquels aucun terme n'a été stipulé, une partie ne peut mettre fin au contrat que moyennant un préavis donné à l'autre partie avec une anticipation raisonnable »⁴⁷³. Plus récemment, la Cour a affirmé qu'en l'absence d'obligation légale ou contractuelle de donner un préavis, cette exigence émane des devoirs de bonne foi, de loyauté et d'interdiction d'abus⁴⁷⁴.

222. Si le devoir de loyauté se révèle être un fondement adapté pour exiger un préavis dans les contrats à durée indéterminée, il nous semble que dans le domaine de la distribution, l'article 977 C. com. col. relatif au contrat de fourniture pourrait être appliqué par analogie aux contrats de distribution innommés. Cette dispose indique en effet que « *Si la durée de la fourniture n'a pas été stipulée, l'une ou l'autre partie peut mettre fin au contrat en donnant un préavis selon le délai convenu ou selon celui fixé par l'usage ou, à défaut, dans un délai en accord avec la nature de la fourniture* ». La Cour suprême colombienne semble avoir effectué un premier pas en ce sens dans un arrêt du 13 mai 2014⁴⁷⁵. En l'espèce, après avoir reconnu l'existence d'un contrat innommé⁴⁷⁶ en vue de la distribution de biens, la Cour a affirmé que compte tenu du

⁴⁷² Par ex., pour le bail d'habitation (loi 820 de 2003, art. 5 et 6), contrat de transport (art. 1002 C. com. col.), contrat de crédit (art. 1406 C. civ. col.), contrat de dépôt commercial (art. 1174 C. com. col.), contrat de fourniture (art. 977 C. com. col.), contrat d'hébergement (art. 1197, al. 4, C. civ. col.).

⁴⁷³ CSJ, chambre civile, 28 mars 1955, M.R. Alberto Zuleta Angel. G.J., LXXIX, n° 2150, p. 814 et s.

⁴⁷⁴ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. William Nemen, n° 11001-3103-012-1999-01957-0.

⁴⁷⁵ CSJ, chambre civile, 13 mai 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° SC5851-2014.

⁴⁷⁶ Le contrat de fourniture a été repris du Code civil italien. Il régit les relations entre un fournisseur et un acquéreur de produits ou de services, par exemple le fabricant qui achète de la matière première à une autre entreprise. Cependant, le Code de commerce colombien n'a pas repris cette approche si restreinte et ne distingue pas la finalité de la fourniture. Il peut s'agir d'une fourniture de prestations ou de services entre entreprises situées au même ou à différents niveaux de la chaîne économique. On peut reprocher que la Cour fasse référence à un contrat innommé de fourniture en vue de la distribution lorsqu'en réalité, la loi ne fait aucune distinction à cet égard. La Cour a dû appliquer directement l'article 977 du C. com. col.,

fait qu'il n'existe pas de régime applicable à ce contrat et que le plus semblable est celui du contrat de fourniture (art. 968 C. com. col.), le tribunal d'instance aurait dû exiger un préavis raisonnable de cessation en appliquant par analogie la règle de l'article 977 C. com. col.

223. Cette règle pourrait donc être appliquée par analogie notamment aux contrats de concession et de franchise. Il en va ainsi parce que le préavis est exigé pour le contrat de fourniture en raison de sa nature de contrat à exécution successive dans lequel chacune des parties requiert un temps raisonnable pour trouver un autre partenaire qui supplée à la fonction exercée par son cocontractant. Ce sont des contrats de situation en ce sens qu'ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité⁴⁷⁷. Le contractant exclu doit donc préparer la réorganisation de son activité pour mitiger autant que possible les conséquences négatives de la décision de son partenaire sur son entreprise. Cette caractéristique commune permet de donner une assise à l'application de cette disposition, par analogie, aux contrats de distribution⁴⁷⁸. En revanche, l'exigence de préavis est écartée lorsque les parties ont convenu un terme de durée du contrat.

2. L'exclusion discutable du préavis dans les contrats à durée déterminée

224. Selon la règle traditionnellement admise, le préavis est exclu des contrats à durée déterminée⁴⁷⁹. La Cour de cassation colombienne a affirmé en ce sens qu'à l'arrivée du terme, légal ou conventionnel, le contrat prend fin automatiquement⁴⁸⁰. Cela s'explique par le fait que

car les parties ont entendu conclure un contrat de fourniture. V. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 8^e éd., Legis, Bogotá, 2012, p. 1 et s.

⁴⁷⁷ M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

⁴⁷⁸ Rapp. R. Baldi et A. Venezia, *Il contratto di agenzia : la concessione di vendita, il franchising*, 8^e éd., Giuffrè, 2008, n° 7.2.2, p. 183, qui proposent l'application de l'article 1563 du Code civil italien, consacrant l'exigence d'un préavis de cessation adéquat dans le contrat de fourniture, aux autres contrats de distribution, dans le but d'établir une durée minimale du contrat qui permette au distributeur l'amortissement des investissements réalisés.

⁴⁷⁹ La pratique démontre que dans ces contrats, les parties ne se conforment pas toujours à la stipulation d'un terme, mais que le préavis est d'utilisation commune pour empêcher le jeu des clauses de renouvellement ou de prorogation automatiques. L'étude du contentieux en droit colombien montre qu'une clause de style dans les contrats de distribution est celle selon laquelle les parties entendent proroger ou renouveler le contrat à la fin de la durée convenue, sauf si l'une des parties donne un préavis à l'autre partie de sa volonté de ne pas continuer l'exécution du contrat.

⁴⁸⁰ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. William Nemen, n° 11001-3103-012-1999-01957-0. V. aussi, CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 1269.

dans ce cas, les parties connaissent l'échéance du contrat qui « expire de plein droit sans qu'il soit nécessaire pour l'une ou l'autre des parties de confirmer à l'avance ce point »⁴⁸¹. Cet évènement n'a rien de surprenant puisqu'il a été prévu dès l'origine⁴⁸². En l'absence d'exigence de renouvellement du contrat de distribution, l'autre partie ne peut ni compter sur la continuation du contrat ni sur un préavis de cessation. La stipulation d'un terme indique la décision des parties d'exécuter le contrat jusqu'à cette date, sauf clause de renouvellement ou de prorogation automatiques⁴⁸³.

225. Il n'est pas certain qu'une telle solution soit adaptée aux contrats de distribution. En effet, ces contrats ont la particularité de pouvoir s'étendre indéfiniment dans le temps : pourvu qu'il existe un marché, les contractants peuvent continuer l'exécution de l'opération. De ce fait, les parties ne se trouvent généralement pas dans une position différente lorsqu'elles concluent un contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée, sauf si le producteur n'envisage l'activité du distributeur que comme un moyen de conquête d'un marché pour assumer ensuite directement la distribution de ses produits, les deux parties aspirent à la continuation des relations contractuelles. Comme on l'a relevé, elles partent du principe que « la coopération est établie sur une base durable et que le contrat sera renouvelé »⁴⁸⁴.

226. Des comportements du producteur peuvent également démontrer son intention de poursuivre l'exécution du contrat. Il en est ainsi lorsque le producteur a remis au distributeur une estimation de commandes pour l'année suivante⁴⁸⁵, lui a demandé de réaliser des investissements importants ou lorsque le contrat a été renouvelé à plusieurs reprises. Dans ces cas, l'attente du distributeur est cependant frustrée si le producteur décide de ne pas renouveler le contrat. Le producteur pourrait en effet exciper de l'échéance du terme pour repousser toute demande de continuation du contrat de la part du distributeur. Alors, le distributeur pourrait invoquer des mécanismes de droit commun, tels que le devoir de loyauté ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, afin d'obtenir une réparation du préjudice subi ; cependant,

⁴⁸¹ A. Sonet, *Le préavis en droit privé*, *op. cit.*, n° 147, p. 85.

⁴⁸² A. De Brosses, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et Patr.*, juin 2003, p. 116.

⁴⁸³ V. CA Paris, 12 janv. 2005, 5e Chambre, Section A, SARL Soixante c/ SA Ada, qui écarte l'application de l'art. L. 442-6-I-5 ° C. com. fr. au motif que le contrat avait été conclu pour une durée déterminée, sa cessation par l'arrivée du terme correspondant dès lors nécessairement à la volonté des parties.

⁴⁸⁴ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 499, p. 412.

⁴⁸⁵ CSJ, chambre civile, 13 mai 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° SC5851-2014.

ces remèdes ne sont pas toujours efficaces. Par ailleurs, l'intangibilité du préavis convenu par les parties peut se révéler parfois inappropriée.

B. L'absence de contrôle du délai de préavis

227. Les parties à un contrat de distribution peuvent stipuler un préavis pour la mise en œuvre de la clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ou pour empêcher le jeu d'une clause de renouvellement automatique. Puisque telle est leur volonté, le juge n'a pas à contrôler ce choix en principe librement exprimé. La solution du droit positif conformément à laquelle le délai de préavis est inattaquable, même dans le cas où il est devenu disproportionné par rapport à la durée du contrat, est cependant discutable (1). Un contrôle n'est envisageable que lorsque l'une des parties peut fixer unilatéralement le délai de préavis de rupture (2).

1. L'intangibilité du délai de préavis convenu

228. Certes, les parties sont les mieux placées pour déterminer le délai de préavis selon la nature de l'opération économique en question. Le principe doit dès lors être celui de l'impossibilité pour le juge de modifier la durée du préavis librement convenu. Pourtant, il peut arriver que les parties stipulent un délai de préavis et que l'exécution de la relation contractuelle s'étende sur plusieurs années. Il en va ainsi lorsque le contrat à durée indéterminée continue à être exécuté ou le contrat à durée déterminée est renouvelé à plusieurs reprises. Dans ces cas, le préavis peut devenir disproportionné par rapport à la durée globale des relations contractuelles entretenues par les contractants.

229. En guise d'illustration, dans un arrêt du 23 août 2013, la Cour de cassation colombienne a examiné le cas d'un contrat de distribution conclu le 16 septembre 1994 et renouvelé par un autre contrat le 16 mars 1998. Les parties avaient inséré une clause qui permettait la rupture du contrat moyennant un préavis d'un mois. En se prévalant de ce droit, le producteur avait donné un préavis de rupture le 8 août 2006 pour une cessation du contrat le 16 septembre⁴⁸⁶. Même si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée expressément sur ce point, il doit être relevé qu'en réponse à la demande de réparation du préjudice de la part du distributeur en raison de l'insuffisance du délai de préavis de rupture, la Cour d'appel avait affirmé que « la cessation de l'accord moyennant un préavis d'à peine 30 jours d'anticipation était prévisible conformément

⁴⁸⁶ CSJ, chambre civile, 23 août 2013, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 47001-3103-005-2007-00285-01.

à la clause huitième et, par conséquent, aucun grief ne pouvait être fait à la partie qui a exercé cette faculté dans le délai et la forme stipulés dans le contrat »⁴⁸⁷. En somme, après une relation contractuelle de douze ans, un préavis de cessation de trente jours convenu dans le contrat a été considéré comme légitime dans la mesure où il faisait partie des prévisions des parties.

230. Force est ainsi de constater que pour mesurer le délai de préavis, les juges colombiens limitent leur analyse à la vérification de la stipulation contenue dans le contrat et ne prennent en considération que la durée du contrat renouvelé. Ils font donc fi de la durée totale des relations contractuelles des parties pour apprécier le caractère raisonnable ou adapté du délai de préavis convenu. Pourtant, la nature du contrat de distribution appelle une analyse différente. Concrètement, lorsque le contrat a été renouvelé à maintes reprises, le juge ne peut cantonner son appréciation au dernier contrat résultant du renouvellement, mais doit considérer la durée totale des relations contractuelles. Cependant, un contrôle judiciaire exceptionnel peut avoir lieu lorsque les parties sont demeurées silencieuses sur le délai de préavis.

2. Le contrôle exceptionnel du délai de préavis fixé par une partie

231. Un contrôle du juge n'est envisageable que lorsque les parties n'ont pas précisé le délai de préavis et qu'il revient à l'auteur de la rupture de le fixer unilatéralement au moment d'exercer son droit. Cependant, souvent, l'autre partie conteste le délai en considérant que la rupture est brutale. À cet égard, il convient de citer un arrêt du 13 mai 2014⁴⁸⁸ dans lequel la Cour de cassation colombienne a étudié un contrat qui avait pour objet la fourniture de cigarettes en vue de leur distribution. Les parties avaient stipulé une clause de prorogation automatique et la possibilité pour chacune d'elles d'empêcher sa mise en œuvre avec l'envoi d'une lettre à son partenaire. Le contrat ne précisait toutefois pas le délai dans lequel la décision de ne pas proroger le contrat pouvait être annoncée⁴⁸⁹. Or, le fournisseur a communiqué au distributeur sa volonté de ne pas continuer l'exécution du contrat le jour même de l'échéance du terme du contrat. La question s'est alors posée de savoir si, à défaut de délai spécifique de préavis, les parties pouvaient exercer ce droit à n'importe quel moment. Pour y répondre, la

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ CSJ, chambre civile, 13 mai 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° SC5851-2014.

⁴⁸⁹ La clause affirmait : « *Le contrat aura une durée d'un an à partir du moment de la signature des parties et il sera prorogé pour une durée égale, sauf si l'une des parties manifeste son intention contraire moyennant un écrit dirigé à l'autre partie* ».

Cour de cassation a indiqué que l'exercice du droit était efficace tant qu'il avait opéré à la date limite indiquée par la clause (le jour de l'arrivée du terme). Néanmoins, elle a ajouté que même s'il pouvait être considéré comme efficace, il avait été exercé en l'espèce de façon brutale. La Cour a fait grief au fournisseur d'avoir dédaigné l'intérêt du distributeur dans la mesure où son comportement l'a privé de la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour se préparer à la cessation du contrat. Selon la Cour, le fournisseur n'a en effet pas respecté l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi (art. 1603 C. civ. col.), commandant de donner un préavis raisonnable au distributeur qui « aurait permis de créer, pour le commerçant, des conditions favorables pour changer d'activité ou de prendre des mesures pour éviter de subir des préjudices »⁴⁹⁰.

232. Les juges peuvent, en conséquence, exercer un contrôle sur le délai de préavis lorsque les parties sont restées silencieuses à cet égard et qu'il appartenait à l'auteur de la rupture de le fixer. Il s'agit d'un pouvoir exceptionnel du juge qui lui permet de vérifier le caractère raisonnable du délai de préavis de la cessation du contrat. Il est néanmoins insuffisant dans la mesure où il ne recouvre pas les situations dans lesquelles le délai de préavis fixé par les parties devient dérisoire par rapport à la durée effective d'exécution du contrat. Une autre insuffisance du droit des contrats peut également être relevée concernant la question des stocks invendus à la fin du contrat de distribution.

§2. L'absence de réponse spécifique à la question des stocks invendus à la fin du contrat de distribution

233. La question des stocks restant à la fin du contrat parce qu'ils n'ont pas été vendus se pose différemment selon que le distributeur a acquis ou non la propriété des produits. Il se peut qu'en vertu d'un contrat de dépôt ou d'un contrat estimatoire⁴⁹¹, le fournisseur remette les produits au distributeur, un agent commercial par exemple, pour que celui-ci les conserve dans ses locaux et les livre aux clients. Puisqu'il conserve la propriété des produits, le fournisseur

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ Le contrat estimatoire est un contrat typique en droit colombien. L'article 1377 C. com. col., indique : « Par le contrat de consignation ou estimatoire, une personne dénommée consignataire, assume l'obligation de vendre les marchandises d'une autre partie, dénommée consignante, après la fixation d'un prix que celui-là doit remettre à celui-ci. Le consignataire a le droit de conserver la plus grande valeur ajoutée de la vente des marchandises et doit payer au consignante le prix de celles qu'il a vendues ou ne lui a pas retournées à l'expiration du terme convenu ou, à défaut, de celui indiqué par la coutume ».

récupère en fin de contrat les produits en possession du distributeur⁴⁹². Corrélativement, si ce dernier ne restitue pas les produits en fin de contrat, il engage sa responsabilité contractuelle. Ce point ne pose aucune difficulté particulière.

234. À l’opposé, une vraie difficulté se pose s’agissant du distributeur qui acquiert la propriété des produits. Il va chercher à les écouler avant la cessation du contrat afin d’éviter tout risque de perte. Après l’extinction du contrat, en raison de l’épuisement du droit des marques, le fournisseur ne peut s’opposer à la revente des produits revêtus de sa marque qu’il a mis en circulation⁴⁹³. L’ancien distributeur, concessionnaire ou franchiseur, peut faire usage de la marque du fournisseur afin de commercialiser les produits qui restent en sa possession. Il est alors dans la situation d’un revendeur parallèle qui s’est régulièrement approvisionné⁴⁹⁴. Certes, il peut éventuellement les revendre et sortir du contrat sans éprouver de perte ; cependant, force est de constater que son cadre d’action est restreint. En effet, le distributeur ne détient plus l’enseigne du fournisseur et il a déjà restitué d’autres éléments qui permettaient l’adéquate commercialisation des produits (moyens publicitaires, aménagement mobilier, biens d’exploitation)⁴⁹⁵, il doit s’abstenir de tout comportement qui puisse constituer un acte de concurrence déloyale, notamment celui qui créerait un risque de confusion dans l’esprit des consommateurs quant à la qualité de concessionnaire ou de franchisé qu’il ne détient plus⁴⁹⁶.

⁴⁹² V. C. Diloy, *Le contrat d’agence commerciale en droit international*, LGDJ, 2000, p. 82, n° 85. L’auteur remarque que le maintien de la propriété permet au mandant de se prémunir contre le risque de faillite de l’agent.

⁴⁹³ En Colombie, les règles relatives aux marques sont établies par la Décision 486 de la Communauté andine des Nations (CAN) relative au régime commun de la propriété industrielle. L’article 158, al. 1^{er} indique : « *L’enregistrement d’une marque ne confère pas le droit d’empêcher un tiers d’effectuer un acte de commerce portant sur un produit protégé par cet enregistrement après que ce produit a été mis sur le marché de n’importe quel pays par le titulaire de l’enregistrement ou par toute autre personne ayant obtenu le consentement du titulaire ou lié économiquement à celui-ci, en particulier lorsque les produits et les conditionnements ou les emballages en contact direct avec les produits n’ont subi aucune modification, altération ou détérioration* ».

⁴⁹⁴ N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 727, p. 438.

⁴⁹⁵ En cas d’utilisation de ces matériels, le distributeur pourrait être poursuivi pour concurrence déloyale vis-à-vis du fournisseur ou du nouveau distributeur désigné sur le territoire.

⁴⁹⁶ L’article 158, al. 1^{er} de la Décision 486 de la Communauté andine de Nations (CAN) exige que les produits et les emballages n’aient subi aucune altération ou détérioration. Comp., en droit français, la Cour de cassation française a admis que les conditions de vente de produits de luxe pouvaient constituer un motif légitime susceptible de paralyser l’épuisement du droit de marque dès lors qu’elles affectent négativement la valeur de la marque en ternissant l’allure et l’image de prestige des parfums (Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-65.839 : *Propr. industr.* 2010, comm. 40, note P. Tréfigny-Goy ; *JCP E* 2010, 1714, note M. Schaffner et S. Georges ; *Comm. com. electr.* 2011, comm. 3, note Ch. Caron). La Cour de cassation française a ainsi fait sienne la solution de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), qui avait admis que les mauvaises conditions de vente de produits de luxe, mis initialement sur le marché avec le consentement du titulaire de la marque, pouvaient constituer un motif légitime susceptible de paralyser l’épuisement du droit (CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-59/08 : *Comm. com. électr.* 2009, comm.

L'usage de la marque ne doit pas donner l'impression qu'il existe encore un lien commercial entre l'ancien distributeur et le fournisseur titulaire de la marque, notamment qu'il appartient encore au réseau. Le distributeur ne doit pas laisser planer d'ambiguïté sur sa situation⁴⁹⁷. Le distributeur peut également se trouver dans une impossibilité de fait ou dans une impossibilité juridique de revendre les produits restants en stock (produits et pièces de rechange). Il en va ainsi lorsqu'il a déjà quitté les locaux. L'écoulement des stocks qui portent la marque du fournisseur devient impossible et le distributeur subit alors un préjudice important. Dans le cas du contrat de franchise, le franchisé se voit dans l'impossibilité absolue de revendre les produits, car il ne peut plus utiliser le savoir-faire et l'enseigne du franchiseur ni compter sur son assistance. Il se peut également que les parties aient stipulé une clause de non-concurrence post-contractuelle qui interdit au distributeur toute activité concurrente après la cessation du contrat. De plus, si le fournisseur a accordé un droit d'exclusivité territoriale au nouveau distributeur, l'ancien ne peut plus les revendre sur le marché concerné. Dans le cas contraire, il commettrait un acte de concurrence déloyale à l'encontre de son ancien concédant et à l'égard du nouveau concessionnaire installé sur le territoire⁴⁹⁸.

235. Certes, le droit positif octroie aux parties une large marge de manœuvre pour régler le sort des stocks invendus au terme du contrat. Les parties peuvent éventuellement aménager à leur discrétion des modalités de reprise des stocks restants en possession du distributeur à l'issue du contrat (A). Cependant, en l'absence de stipulation conventionnelle, aucune obligation de rachat des stocks invendus ne pèse sur le fournisseur. Cette solution découle non pas d'une règle spéciale du droit positif mais de son silence, qui favorise les intérêts du fournisseur ne voulant pas racheter les stocks restants en fin de contrat. On ne peut que constater une insuffisance du droit positif à cet égard (B).

A. La liberté d'aménager le sort des stocks invendus

236. Les parties disposent d'une large liberté pour régler le sort des stocks invendus à la fin du contrat. En pratique, il existe une grande diversité de clauses, qui peuvent être plus ou moins favorables à la situation du distributeur. Relevons que la reprise des marchandises n'intéresse

62, note Ch. Caron ; *JCP E* 2009, 1675, note Ch. Caron ; *Propri. industr.* 2009, comm. 38, note A. Folliard-Monguiral ; *Europe* 2009, comm. 250, note L. Idot).

⁴⁹⁷ M. Malaurie, « La cessation des contrats de distribution automobile », *DPCI*, n° 4, p. 574.

⁴⁹⁸ V. en droit français, Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 193, p. 92.

pas seulement le distributeur. Elle est également importante pour le réseau de distribution⁴⁹⁹. En effet, le distributeur, animé par le dessein d'éviter des pertes économiques importantes, peut vendre les marchandises dans des conditions différentes de celles appliquées pendant l'exécution du contrat au détriment de l'image et de l'homogénéité du réseau⁵⁰⁰. Notamment, dans le cas d'un contrat de franchise, la revente des produits après la cessation du contrat pourrait « porter atteinte à l'image de la franchise au point que le dommage serait plus important que la valeur des stocks concernés »⁵⁰¹.

237. En pratique, la situation la plus favorable au distributeur est celle dans laquelle une clause oblige le fournisseur à racheter des stocks détenus par le distributeur. Cette clause s'analyse en une promesse unilatérale de rachat de marchandises⁵⁰². Elle peut établir des conditions pour sa prise d'effet, telles qu'un délai pour demander la reprise, le bon état des produits ou des pièces de rechange ou une limite quant à la date à laquelle les produits ont été livrés au distributeur⁵⁰³. Les parties peuvent prévoir également le prix de rachat et la partie qui assumera les frais de reprise et de transport. Dans d'autres cas, il s'agit simplement d'une offre de rachat formulée par le fournisseur ou d'une proposition qui lui réserve le droit de décider en dernier ressort de la reprise.

238. Il existe cependant des clauses moins favorables au distributeur, qui mettent à sa charge un risque plus ou moins important concernant le stock restant en sa possession. Ainsi, si en principe le distributeur doit exécuter les clauses relatives au maintien d'un stock de

⁴⁹⁹ L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Droit Global Law, Éd. Panthéon-Assas, 2011, n° 240, p. 169 : « De même, le Code de déontologie de la Fédération française de la franchise recommande que « le franchiseur, ayant indiqué dans le contrat les conditions de reprise et/ou des matériels spécifiques à la franchise ne recherche pas, par ces conditions à pénaliser l'ancien franchisé, mais à protéger l'identité et la réputation du réseau de franchise ».

⁵⁰⁰ V. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 8^e éd., n° 729, p. 439 : « Au demeurant, le concédant qui souhaite ne pas voir les produits commercialisés sur le « marché gris », aménage souvent le rachat des stocks détenus par le concessionnaire en fin de contrat ». L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, op. cit.*, n° 240, p. 169 : « De même, le Code de déontologie de la Fédération française de la franchise recommande que « le franchiseur, ayant indiqué dans le contrat les conditions de reprise et/ou des matériels spécifiques à la franchise ne recherche pas, par ces conditions à pénaliser l'ancien franchisé, mais à protéger l'identité et la réputation du réseau de franchise ».

⁵⁰¹ L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, op. cit.*, n° 243, p. 171.

⁵⁰² J. Raynard, « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles de distribution*, PUAM, 1997, p. 183.

⁵⁰³ Pour un exemple en droit allemand, v. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 606.

marchandises ou de pièces de rechange pendant l'écoulement de la durée du préavis de cessation, les parties peuvent convenir de l'extinction totale ou graduée de leurs obligations pour que le distributeur puisse, pendant cette période, se défaire des stocks. Cette clause entraîne une imputation particulière des risques liés aux stocks : le distributeur devra assumer la perte des stocks qu'il ne peut pas vendre.

239. Par ailleurs, il est possible de rencontrer des clauses qui autorisent le distributeur à liquider les stocks après la cessation du contrat en lui donnant certains avantages pour assurer une meilleure commercialisation, notamment en lui permettant l'utilisation de l'enseigne du fournisseur pour une durée limitée. Le fournisseur peut s'obliger, dans le même temps, à ne pas désigner un nouveau distributeur sachant que « cette liquidation est d'autant plus facilitée qu'il a encore son statut de distributeur exclusif sur le territoire donné qui le protège ainsi de toute interférence d'un autre concurrent »⁵⁰⁴. Également, le contrat peut stipuler une clause qui indique la possibilité de vendre les stocks restants au nouveau distributeur assigné à la zone concernée. Le fournisseur ne se porte pas fort pour le nouveau distributeur, mais assume une obligation de moyens qui lui impose de réaliser les actions nécessaires vis-à-vis du nouveau distributeur pour que celui-ci reprenne les stocks. Naturellement, à la fin du contrat, l'ancien distributeur aura la possibilité d'essayer de vendre son stock au nouveau distributeur « qui pourra répondre aux besoins de la clientèle tout en évitant ainsi une situation de dumping des produits ou d'instabilité des prix »⁵⁰⁵.

240. Enfin, les parties peuvent exclure toute obligation de reprise des stocks invendus ou stipuler l'interdiction de toute vente des produits du fournisseur après la cessation du contrat⁵⁰⁶. Évidemment, si les parties n'ont rien prévu lors de la conclusion du contrat, elles peuvent toujours convenir de la reprise des stocks invendus par le fournisseur lors de la cessation du contrat⁵⁰⁷. Mais si les parties demeurent silencieuses à cet égard, aucune obligation de reprise ne pèse sur le fournisseur.

⁵⁰⁴ C. Truong, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, préf. Ph. Fouchard, Litec, n° 300, p. 257.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ Pour un classement de clauses de reprise de stocks v. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 26, p. 34. V. égal. P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017, p. 353, n° 1115.

⁵⁰⁷ V., p. ex., CSJ, chambre civile, 27 mars 2012, M.R. Fernando Giraldo, n° 100131030032006-00535-01.

B. L'inexistence d'une obligation de reprise résultant du silence de la loi

241. Cessation ordinaire. En l'absence de stipulation d'une obligation de reprise, une question se pose : le fournisseur est-il contraint de reprendre les stocks qui restent dans les locaux du distributeur à l'extinction du contrat ? En l'absence de réponse de la jurisprudence à cette interrogation, si l'on s'en tient au droit commun, il n'existe pas d'obligation de rachat des stocks invendus. En effet, de la position d'acheteur ferme reconnu au distributeur, il découle que le fournisseur n'est pas tenu de racheter les marchandises vendues⁵⁰⁸. Le mutisme du contrat est favorable au fournisseur⁵⁰⁹. Cette réponse a vocation à s'appliquer dans toutes les hypothèses, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les parties ont stipulé ou non des obligations de maintien d'un stock ou des clauses de quota ou d'achat minimal.

242. Certes, lorsque le distributeur n'est pas lié par une clause qui lui impose un achat minimal de marchandises, il doit prévoir un achat raisonnable pendant l'écoulement du terme du préavis (contrat à durée indéterminée) ou pendant la période précédant l'expiration du terme (contrat à durée déterminée). Comme le remarque un auteur, « le distributeur devait être prudent et n'acheter que le minimum de marchandises, au coup par coup, celles qui lui avaient été commandées fermes par ses propres clients »⁵¹⁰. En revanche, comme nous le verrons ultérieurement, le régime devrait être différent lorsque le distributeur est contraint de maintenir une certaine quantité de stocks ou de réaliser un achat minimal de produits⁵¹¹.

243. Cessation fautive. Au reste, la reprise peut être imposée exceptionnellement dans l'hypothèse d'une résolution pour inexécution ou d'une rupture illégitime imputable au fournisseur⁵¹². Le distributeur peut invoquer un préjudice du fait de l'impossibilité de revendre les marchandises restantes. Le dommage correspondra au prix que le distributeur a payé pour

⁵⁰⁸ Comp. Cl. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 472, n° 27 : « Les marchandises livrées par le concédant au concessionnaire deviennent sa propriété. Ce principe est tiré de la position d'acheteur ferme reconnue au concessionnaire. Plusieurs conséquences importantes en sont déduites (...) En aucun cas, le concédant n'est fondé à reprendre dans les magasins du concessionnaire et contre sa volonté, les marchandises qu'il lui a vendues ».

⁵⁰⁹ La même constatation a été faite à l'égard du droit à l'indemnité de contrat à l'égard du concessionnaire et du franchisé.

⁵¹⁰ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, Litec, 2^e éd., 2010, n° 194, p. 93.

⁵¹¹ *Infra* Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §2.

⁵¹² J. Raynard, « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles de distribution*, PUAM, 1997, p. 183. Pour un exemple, en droit français, v. Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553 : *RTD. civ.* 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages.

les marchandises qu'il n'a pas pu vendre. Ce dernier devra, pour sa part, restituer les produits au fournisseur. La réparation en nature revient ainsi à imposer indirectement le rachat des marchandises au fournisseur⁵¹³. À l'inverse, une clause de reprise de stocks peut être privée d'efficacité lorsque la rupture est imputable à la faute du distributeur⁵¹⁴.

244. Conclusion de la Section I du Chapitre 2 du Titre I de la Première partie. Certes, l'une des vertus du droit commun des contrats est en principe son caractère malléable qui permet son application à toute sorte de contrat. Cependant, puisqu'il est fondé sur le modèle du contrat échange à exécution instantanée, il n'est pas toujours apte à appréhender les spécificités des contrats de longue durée. Ainsi, dans l'état actuel de son application par la jurisprudence, le droit commun des contrats ne permet pas de contrôler le préavis contractuel devenu trop court par rapport à la durée effective du contrat, ni d'imposer un préavis de rupture s'agissant des contrats à durée déterminée. En outre, l'application du droit commun des contrats conduit au refus catégorique d'une obligation de reprise des stocks invendus à la fin du contrat à la charge du fournisseur. Il s'agit d'une solution peu satisfaisante dans la mesure où elle ne permet pas de considérer les particularités de ces contrats, notamment lorsque le distributeur doit supporter le risque des invendus en fin de contrat malgré la restriction de sa liberté de décider librement le rythme d'écoulement des produits du fait de l'exigibilité des clauses qui lui imposent un achat minimal de marchandises ou le maintien d'une certaine quantité de stocks dans la période antérieure à la cessation du contrat. Le rôle assigné par le droit commun des contrats au juge se révèle également discutable.

Section 2 : Le rôle discutable du juge en droit commun des contrats

245. L'application de droit commun des contrats peut se révéler inadaptée à la nature des contrats de distribution. Concrètement, la nécessité d'une intervention du juge peut être discutée à plusieurs égards. Bien que ces réflexions intéressent plus généralement la place du juge en

⁵¹³ V. en droit français, J. Raynard, « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles de distribution*, PUAM, 1997, p. 183. Comp. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 273, p. 213 : « ce "contrat forcé" de reprise à titre de réparation du préjudice souffert par le distributeur paraît cependant heurter la liberté contractuelle ».

⁵¹⁴ P. ex., en droit français, v. Cass. com., 8 mars 1967 : *JCP G* 1968, II, 15346, note J. Hémar ; 27 oct. 1998, n° 96-10.759.

droit des contrats⁵¹⁵, notre étude ne portera toutefois que sur le rôle du juge à l'égard de la cessation des contrats de distribution. Il en va ainsi du pouvoir que lui attribue la loi lorsque la survenance d'un événement rend l'exécution du contrat excessivement coûteuse pour l'une des parties (§1). Il en va de même de l'intervention obligatoire du juge lorsque l'une des parties a commis une inexécution grave (§2).

§1. La contestation de l'adaptation du contrat par le juge en cas d'imprévision

246. Les contrats de distribution se développent dans un certain contexte économique, géographique, social et politique. Le contrat est « relié au milieu juridique qui l'accueille et le façonne, où il rayonne ses effets et développe des interactions croissantes sur différents plans »⁵¹⁶. La durée des contrats de distribution les rend notamment fragiles, car « ils se trouvent à la merci du changement de circonstances qui peut en bouleverser l'équilibre, ou affecter directement l'une des parties »⁵¹⁷. Bien plus, les parties ne peuvent espérer que les circonstances entourant l'exécution du contrat soient figées, comme si le contrat était enfermé dans une bulle. Les changements de l'environnement contractuel, ainsi que leurs conséquences sur l'exécution du contrat de distribution, peuvent être très variés. Or, la force obligatoire du contrat impose en principe le respect des obligations stipulées malgré les variations des conditions de son exécution⁵¹⁸. Le lien contractuel est ainsi préservé, car un contractant ne peut à sa guise remettre en question son engagement en cas de mutation de l'environnement entourant l'exécution contractuelle. La cessation du contrat de distribution n'a donc pas lieu, en principe, dans ces situations.

⁵¹⁵ V. sur ce point, en droit français, « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », Colloque, *RDC* 2016/2, p. 352 et s. Égal., Aynès L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, Hors-série, p. 14. D. Mazeaud, « Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple illégitime) », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 et s. « La place du juge dans la réforme du droit des contrats », Colloque, *LPA*, 30 déc. 2016, n° 261.

⁵¹⁶ C. Thibierge-Guelfuci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357, n° 9.

⁵¹⁷ L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, nov. 1999, p. 12.

⁵¹⁸ L'article 6.111, al. 1^{er} PEDC, qui consacre la théorie de l'imprévision, réaffirme la force obligatoire du contrat en ces termes : « Une partie est tenue de remplir ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ».

247. Néanmoins, la loi ne reste pas indifférente à certains événements qui conduisent à ce que l'exécution du contrat devienne impossible ou beaucoup plus difficile pour l'un des contractants⁵¹⁹. La loi réagit ainsi à la rupture de l'équilibre provoquée par une cause extérieure aux parties. Il s'agit de situations exceptionnelles face auxquelles la réaction de la loi n'est pas toujours la même. Celle-ci dépendra en effet de la gravité de l'altération des conditions d'exécution du contrat de distribution, ainsi que de ses effets sur les obligations de l'une ou des deux parties et sur l'opération de distribution plus globalement. Des circonstances postérieures à l'exécution du contrat, extérieures à la volonté des parties, peuvent exceptionnellement donner lieu à la cessation du contrat de distribution. Le droit colombien établit un régime spécial concernant le traitement de l'imprévision qui attribue au juge un rôle prépondérant (A) ; un rôle qui mérite néanmoins une appréciation critique dès lors qu'il n'est pas de nature à assurer la subsistance du contrat dans le temps (B).

A. Le régime de la révision judiciaire

248. Il convient d'examiner en premier lieu la spécificité des circonstances extérieures qui peuvent potentiellement conduire à la cessation du contrat de distribution (1), avant d'analyser le rôle du juge dans le traitement de l'imprévision (2).

1. Les circonstances de l'admission de la révision du contrat pour imprévision

249. Le changement de circonstances en cours d'exécution du contrat de distribution est, en principe, incapable de provoquer la cessation du contrat de distribution. Comme on l'a observé, « [n]'importe quel changement et n'importe quel effet sur le contrat ne suffisent pas »⁵²⁰. Le

⁵¹⁹ Il n'est pas question ici d'examiner les événements qui rendent impossible l'exécution du contrat de distribution dès sa conclusion. L'impossibilité d'exécution du contrat dès sa conclusion par absence d'objet ou de cause peut provoquer sa nullité. Par exemple, la nullité pour inexistence du savoir-faire dans le contrat de franchise (V. p. ex., Cass. com., 10 mai 1994, n° 09-15.834). De même, la révision du contrat n'est permise que dans le cas d'un déséquilibre survenu en cours d'exécution du contrat. Un déséquilibre existant au moment de la conclusion du contrat doit être traité par d'autres mécanismes, mais pas par la théorie de l'imprévision (J. Bonivento Jiménez, « Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano », in *Estudios de derecho privado, Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* [A. Venegas, J. P. Cárdenas. F. Mantilla sous dir.], T. I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 110). De même, un vice du consentement, notamment pour un défaut dans la transmission d'informations lors de la formation du contrat (l'erreur ou le dol), peut conduire à la nullité du contrat.

⁵²⁰ M. Mekki, « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G* 2010, doctr. 1257, n° 6.

droit colombien prend en compte principalement deux modalités de changement de circonstances auxquelles la loi attribue des effets particuliers : la force majeure et l'excessive onérosité des prestations à la charge d'une partie en raison de l'irruption d'un évènement imprévisible. Nous n'examinerons ici que le second cas.

250. L'article 868 C. com. col. indique : « Lorsque des circonstances extraordinaires, imprévues ou imprévisibles, postérieures à la conclusion d'un contrat à exécution successive, périodique ou échelonnée, altèrent ou aggravent la prestation d'exécution future à la charge de l'une des parties, au point qu'elle devient excessivement onéreuse, elle pourra demander sa révision. Le juge examinera les circonstances qui ont altéré les bases du contrat et ordonnera, lorsque cela est possible, les réajustements que l'équité indique ; dans le cas contraire, le juge prononcera la résiliation du contrat. Cette règle ne s'applique aux contrats aléatoires ni à l'exécution instantanée »⁵²¹. Il convient d'examiner, d'abord, la condition relative à l'imprévisibilité de l'évènement qui a bouleversé l'équilibre du contrat (a), puis celle relative au caractère excessivement coûteux de son exécution (b).

a. Le caractère imprévisible

251. L'article 868 C. com. col. fait allusion à la survenance de circonstances « *extraordinaires, imprévues ou imprévisibles* ». Le fait qui empêche ou conduit à une exécution plus coûteuse du contrat de distribution devait être imprévisible lors de sa formation. L'imprévisibilité implique l'impossibilité de prévoir la survenance de l'évènement avant qu'elle n'intervienne⁵²². Malgré la lettre de la loi, la doctrine est unanime pour affirmer qu'il doit s'agir d'un évènement qui n'a pas été prévu par les parties lors de la conclusion du contrat, mais également qu'il ne pouvait être prévu raisonnablement à ce moment⁵²³.

252. Le législateur aurait mieux fait d'exiger simplement des circonstances « imprévisibles ». En outre, une circonstance imprévisible est toujours une circonstance extraordinaire et elle ne peut donc constituer une condition supplémentaire. Pour sa part, la

⁵²¹ La doctrine colombienne est unanime pour considérer que la théorie de l'imprévision consacrée dans le Code de commerce est également applicable aux contrats civils. V. p. ex., A. Tamayo Lombana, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7^e éd., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2008, p. 356. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil*, 3^e éd, Legis, Bogotá, 2013, p. 165.

⁵²² J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2015, n° 131, p. 149.

⁵²³ J. Bonivento Jiménez, « Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano », *op. cit.*, p. 123.

jurisprudence colombienne analyse cette condition en se demandant si l'évènement était prévisible ou non lors de la conclusion du contrat. Elle adopte un critère d'appréciation *in concreto*⁵²⁴. Parfois, cette forme de raisonnement, appliquée également en matière extracontractuelle (à la seule différence du moment de son appréciation), masque le particularisme de la survenance d'un phénomène imprévisible en matière contractuelle. Il convient dès lors de concentrer notre étude sur ses particularités dans le domaine contractuel.

b. L'exécution devenue excessivement onéreuse

253. La révision judiciaire du contrat pour imprévision permet d'appréhender les situations dans lesquelles l'exécution du contrat de distribution est encore possible, mais elle exige des efforts démesurés qui la rendent très onéreuse pour le contractant⁵²⁵. En d'autres termes, la survenance de l'évènement ou ses effets peuvent être contrés mais à un prix tel que l'équilibre du contrat se trouve complètement bouleversé au détriment du contractant affecté. L'admission de cette théorie ouvre une voie de solution importante pour le débiteur dans la mesure où, dans les systèmes qui ne la reconnaissent pas, le débiteur peut « être contraint d'exécuter les obligations telles qu'elles ont été initialement prévues et le contrat peut être résilié à ses torts, s'il n'y parvient pas »⁵²⁶.

254. Relevons que la distinction entre une impossibilité absolue d'exécution et une exécution très onéreuse est relative. Il y a une transition entre les deux. Le domaine de la théorie de l'imprévision serait « réduit au rythme d'une admission plus fréquente de l'impossibilité »⁵²⁷. À l'inverse, une conception trop sévère de l'irrésistibilité de la force majeure conduirait à un examen plus récurrent des évènements sous l'angle de la révision pour imprévision. De ce fait, les critères d'appréciation de l'irrésistibilité jouent un rôle essentiel. La règle générale est l'appréciation *in abstracto*. Il importe de déterminer si l'on pouvait raisonnablement attendre

⁵²⁴ V. CSJ, chambre civile, 23 juin 2000, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 5475 ; 4 juill. 2002, M.R. José Fernando Ramírez, n° 6461 ; 29 avril 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 829.

⁵²⁵ J. Bonivento Jiménez, « Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano », *op. cit.*, p. 117.

⁵²⁶ E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1057.

⁵²⁷ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, p. 82 : « De surcroît, théorie de l'imprévision et théorie de la force majeure sont, d'un point de vue fonctionnel, sensiblement différentes. La première permet une modification judiciaire du contrat. Le second conduit seulement à l'extinction, à la suspension ou à la réduction du contrat, selon les formes de l'impossibilité ». En réalité, la différence entre des remèdes des deux phénomènes n'est pas si nette, car la suspension et la réduction du contrat sont des remèdes applicables également à l'hypothèse de l'imprévision.

du cocontractant qu'il surmonte l'évènement. Selon une perspective souple, si l'évènement ne peut être surmonté qu'en prenant des mesures qui relèvent de la gageure ou sont disproportionnées, il peut être qualifié de force majeure. Par exemple, on ne pourrait exiger du débiteur qu'il se ruine pour surmonter l'évènement⁵²⁸.

255. Pour caractériser la difficulté de l'exécution, l'article 868 C. com. col. fait allusion à l'altération de la prestation à un point tel « *qu'elle devient excessivement onéreuse* » pour le débiteur. Le déséquilibre doit être important, car la loi ne pourrait remettre en cause la stabilité des contrats pour n'importe quel déséquilibre⁵²⁹. La rupture de l'équilibre du contrat peut avoir lieu, soit en raison de l'augmentation de la valeur de la prestation à sa charge, soit en raison de la diminution de la contre-prestation qu'elle va recevoir⁵³⁰. Il appartient au juge de définir la gravité du déséquilibre⁵³¹. L'économie des contrats de distribution étant très complexe, la question ne se pose pas nécessairement en termes de mesure de la différence de valeur entre les prestations des parties⁵³². La révision devrait pouvoir être admise lorsque « des circonstances extérieures impossibles à prévoir au moment de sa formation sont sur le point de ruiner l'autre partie »⁵³³. Écartant un critère arithmétique, il nous semble que le juge doit prendre en compte le profit subsistant et la perte encourue par la partie lésée. Le seuil d'adaptation peut être celui qui permet à chacune des parties de tirer une certaine utilité économique de l'opération⁵³⁴. Dans tous les cas, le juge joue un rôle primordial dans le traitement de l'imprévision.

⁵²⁸ C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet sous dir.), 2003, Dalloz, n° 15, p. 186.

⁵²⁹ F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico*, V. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 949, p. 520.

⁵³⁰ F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico*, V. II, *op. cit.*, n° 947, p. 518. J. Bonivento Jiménez, « Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano », *op. cit.*, p. 119.

⁵³¹ CSJ, chambre civile, 21 février 2012, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-040-2006-00537-01 : « Determinar la alteración, su magnitud y la excesiva onerosidad, está confiada a la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad ».

⁵³² Tandis que la force majeure peut être analysée par rapport à une prestation du contrat de distribution, en particulier s'agissant de la théorie de l'imprévision, c'est l'équilibre général du contrat qu'il convient de prendre en compte.

⁵³³ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et Patr.*, mars 1998, p. 57.

⁵³⁴ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. Brenner, Economica, 2012, n° 458, p. 373.

2. Le rôle prépondérant du juge

256. Certes, les parties peuvent bien évidemment stipuler une clause de hardship « aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur »⁵³⁵. L'utilité de cette clause réside dans le pouvoir des parties d'aggraver ou d'atténuer les conditions du traitement d'un évènement imprévisible, ainsi que d'établir d'autres effets, notamment celui d'exclure l'adaptation du contrat par le juge. Cependant, en l'absence d'une telle clause, le droit commun des contrats est applicable. Le droit colombien confère au juge un pouvoir de décision important sur la pérennité ou non du contrat (a). Il peut décider de l'adaptation du contrat ou sa cessation comme recours ultime (b).

a. Le pouvoir du juge de réviser le contrat

257. La survenance de l'évènement imprévisible permet à la partie lésée d'avoir directement recours au juge pour demander la révision du contrat de distribution. Elle n'a pas l'obligation préalable de tenter une révision conventionnelle du contrat. Cependant, si la partie lésée envisage d'entamer une procédure judiciaire, le Code de procédure civile exige de suivre préalablement une procédure extrajudiciaire de conciliation⁵³⁶. Ce n'est qu'après l'échec de cette dernière que le contractant peut saisir le juge. Certes, les parties se réunissent en principe pour discuter afin d'éviter la judiciarisation de la situation. Néanmoins, cette obligation légale ne met pas à la charge du contractant qui n'a pas été affecté une obligation de renégocier les termes du contrat. Il peut simplement se rendre à l'audience de conciliation, affirmer la fermeté de ses prétentions et signer l'acte de constat d'échec.

258. À défaut d'accord, les parties doivent avoir recours au juge. La loi a établi une hiérarchie de remèdes : le juge doit examiner en premier lieu la possibilité de modifier le contrat afin de

⁵³⁵ B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Journal du droit international (Clunet)*, 101, 1974, p. 797, n° 3.

⁵³⁶ La loi 640 de 2001 (qui édicte des règles relatives à la conciliation) indique, dans son article 38, que dans les procédures déclaratives (celles par opposition aux procédures civiles d'exécution) devant la justice civile, les parties doivent tenter une conciliation extrajudiciaire avant d'entamer la procédure judiciaire. La révision du contrat pour imprévision doit être demandée par le biais d'une procédure déclarative verbale, qui est la procédure applicable lorsque la loi n'indique pas de procédure particulière (art. 368, loi 1564 de 2012, Code général de la procédure). En conséquence, cette demande est soumise à la condition préalable de tenter une conciliation extrajudiciaire.

permettre sa continuation⁵³⁷. Si cela n'est pas possible, le juge ordonne la cessation du contrat. En l'absence de décisions judiciaires, il est difficile d'analyser la portée du pouvoir de réadaptation judiciaire⁵³⁸. Force est d'admettre cependant que la modification du contrat n'est envisageable que dans la mesure où elle permet la continuation du contrat dans des conditions acceptables pour les deux parties. Il a été affirmé à cet égard que le juge doit « prendre en compte l'impact de cet ajustement pour les deux parties contractantes et pas uniquement pour la partie victime des bouleversements »⁵³⁹. En d'autres termes, il doit déterminer si le contrat peut être modifié de sorte que les parties conservent un intérêt dans l'exécution du contrat et sans imposer un partage de charges additionnelles qui apparaissent déraisonnables du point de vue de la partie qui n'est pas victime des bouleversements⁵⁴⁰.

259. L'admission de la révision pour imprévision signifie nécessairement que la partie lésée reçoit un traitement favorable. Puisque le juge doit chercher à supprimer l'excessive onérosité subie par la partie lésée⁵⁴¹, cela a pour conséquence que la partie non lésée doit en principe assumer une charge additionnelle. Selon l'article 868 C. com. col., le juge doit guider sa décision selon un critère d'équité. Ce critère permet au juge de corriger les déficiences éventuelles de la loi dans certains cas particuliers⁵⁴². Le juge a la liberté de choisir entre essayer de rétablir l'équilibre initialement fixé par les parties ou réaliser une répartition équitable entre elles des profits et des pertes résultant du changement de circonstances⁵⁴³. Il peut également décider de mettre fin au contrat.

⁵³⁷ Le juge devra distinguer d'abord si l'évènement a affecté l'équilibre du contrat de manière temporelle ou définitive. Dans les deux hypothèses, la question qui se pose est celle de l'allocation de la charge exceptionnelle résultant du changement imprévu de circonstances (L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 10 et 11, p. 400). Cependant, dans la première hypothèse, les parties devront continuer à exécuter le contrat dans les termes initialement convenus après la disparition de l'évènement perturbateur. En revanche, dans la seconde hypothèse, lorsque l'évènement altère de manière définitive les conditions économiques du contrat, la tâche du juge est plus délicate dans la mesure où il doit examiner si la réadaptation envisagée permet de conserver l'intérêt des parties à la poursuite du contrat à l'avenir.

⁵³⁸ Dans les espèces soumises à la Cour de cassation, les conditions pour procéder à la révision du contrat pour imprévision n'ont jamais été réunies, d'où l'impossibilité d'examiner *in concreto* l'exercice de cette faculté judiciaire.

⁵³⁹ M. Almeida, « Regards croisés sur les projets de règles relatives à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC* 2010, n° 29, p. 888.

⁵⁴⁰ M. Almeida, « Regards croisés sur les projets de règles relatives à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC* 2010, n° 23, p. 883.

⁵⁴¹ G. Rouhette, « Préface », Colloque sur la réforme du droit français des contrats en droit positif, *RDC* 2009, p. 265.

⁵⁴² F. Mantilla, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC* 2010, p. 1047, n° 1.

⁵⁴³ C'est la solution de l'article 6:111 (3) (b) des Principes du droit européen du contrat.

b. Le pouvoir du juge de mettre fin au contrat

260. La cessation du contrat est envisagée par le législateur comme l'ultime recours possible pour le juge. Selon la situation improbable envisagée par le législateur, le contractant demande la révision du contrat lorsqu'une prestation à exécution future est devenue très onéreuse. Le juge va alors réadapter ou mettre fin au contrat avant l'arrivée du terme pour que le débiteur exécute ladite prestation. Dans le premier cas, le juge prendra des mesures destinées à rééquilibrer le contrat à l'avenir (*ex nunc*)⁵⁴⁴. Dans le dernier cas, la partie débitrice ne voit pas sa situation économique affectée, car elle sera libérée de l'obligation avant d'exécuter la prestation.

261. Comment le juge prend-il sa décision ? Lorsque l'évènement affecte l'équilibre du contrat longuement ou définitivement, le juge peut préférer mettre fin au contrat lorsqu'il n'est pas persuadé que la modification du contrat selon les termes qu'il envisage soit apte à maintenir le lien entre les parties au contrat de distribution durablement à l'avenir. Il en va de même lorsque la complexité des termes économiques convenus conduit à estimer que seules les parties pourraient fixer un nouvel équilibre contractuel⁵⁴⁵. Par exemple, s'agissant d'un contrat de franchise, le juge doit tenir compte de la valeur des investissements réalisés par le franchiseur, la valeur du savoir-faire, la marque du franchiseur, le prix payé au titre du droit d'entrée et des redevances, les perspectives d'exploitation du marché à l'avenir ; entre autres.

262. En pratique, sans entrer dans une étude détaillée des problèmes de lenteur et de congestion de la justice colombienne, la date d'exigibilité de la prestation devenue plus onéreuse arrivera avant la décision du juge d'instance. Puisque le débiteur ne peut s'abstenir d'exécuter ses obligations, force est de constater qu'à l'époque où le juge statuera il aura déjà, en principe, exécuté la prestation devenue plus onéreuse. On s'interroge alors sur l'étendue de la décision du juge. Doit-il s'abstenir de dire le droit dès lors que le contractant a déjà exécuté sa prestation ? Doit-il simplement mettre fin au contrat à la date de survenance du déséquilibre ? Ou doit-il distribuer entre les parties les charges additionnelles survenues avant la cessation

⁵⁴⁴ J. Franco Zarate, « La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 23, 2012, p. 473.

⁵⁴⁵ Rapp. M. Castro de Cifuentes, « Imposibilidad de ejecución », in *Derecho de las obligaciones* (M. Castro de Cifuentes sous dir.), T. II., V. II., Universidad de los Andes, 2010, p. 497 : « Sólo en los casos en que no se logre corregir el grave desequilibrio que afecte de manera sustancial la economía del negocio en perjuicio de uno de los contratantes, el juez puede ordenar su terminación ».

judiciaire du contrat ?⁵⁴⁶ S'il arrive à la conclusion qu'il est préférable de décréter la cessation du contrat, alors que le contractant a déjà exécuté la prestation devenue plus onéreuse, il préférera probablement accorder une indemnité pour distribuer la charge exceptionnelle assumée par la partie lésée et examiner si la continuation du contrat à l'avenir est opportune. Ces incertitudes démontrent un traitement de la révision mal structuré, peu à même de répondre aux besoins de la pratique.

A. L'appréciation critique de la révision judiciaire pour imprévision

263. L'admission de la théorie de l'imprévision a pour objectif la conservation du contrat à la suite de sa révision par le juge. Si cette finalité est louable, son application pose beaucoup de difficultés pratiques et théoriques qui ont conduit à ce qu'elle n'ait jamais été concrètement appliquée par les juges en Colombie. Ainsi, « le paradoxe du droit privé colombien réside précisément là : la révision judiciaire existe depuis presque quarante ans, mais ne reçoit toujours pas d'application en pratique »⁵⁴⁷. Ce constat constitue un indice de l'inadéquation de cette règle à la vie des affaires. Le nombre important d'études doctrinales réalisées sur la question contraste donc avec l'absence d'application effective de la règle. Précisément, il convient à présent d'exposer les critiques émises à l'encontre des conditions d'admission de la révision pour imprévision (i) et du pouvoir de modification du contrat par le juge (ii).

1. Les critiques des conditions de l'admission de la révision du contrat

264. Le droit colombien ne consacre pas d'obligation de renégocier le contrat dans l'hypothèse d'une altération considérable de l'équilibre économique du contrat en raison de la survenance d'un événement imprévisible. Certes, les contractants peuvent se mettre d'accord pour entrer en discussion afin d'aboutir à une révision conventionnelle du contrat de distribution⁵⁴⁸. Cependant, à l'heure actuelle, le contractant non lésé peut refuser tout dialogue

⁵⁴⁶ M. Almeida, « Regards croisés sur les projets de règles relatives à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC* 2010, n° 25, p. 884.

⁵⁴⁷ F. Mantilla, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC* 2010, n° 2, p. 1047. L'auteur identifie trois causes de son échec d'application pratique : 1) En droit colombien « la théorie de l'imprévision est née principalement du discours des théoriciens et non de la politique des juges ». 2) Le mécanisme établi par le législateur n'est pas adapté aux réalités de l'appareil judiciaire. 3) Les juges sont eux-mêmes réticents à prendre en charge l'adaptation du contrat.

⁵⁴⁸ V. G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369 et s. V. aussi, A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*, préf. D. Tallon, LGDJ, 1980, 274 p.

et, dans ces circonstances, le contractant lésé n'aura d'autre alternative que celle de demander au juge la révision du contrat pour imprévision. Cette solution est critiquable : puisque le contrat est avant tout l'œuvre des parties, le législateur devrait les inciter à aménager leur accord afin de faire face au changement de circonstances⁵⁴⁹. À cela s'ajoutent des arguments relatifs à l'engorgement de la justice, qui devraient conduire le législateur à pousser les parties à un accord extrajudiciaire avant d'emprunter la voie judiciaire⁵⁵⁰.

265. Par ailleurs, l'article 868 C. com. col. fait allusion à « une prestation d'exécution future ». Sur ce fondement, la Cour de cassation colombienne exige, pour l'admission de l'action en révision judiciaire, que l'obligation n'ait pas été exécutée par la partie dont l'obligation est devenue plus onéreuse⁵⁵¹. On sait également que l'excessive onérosité ne légitime pas la suspension de l'exécution des obligations de la partie lésée⁵⁵². En conséquence, l'article 868 C. com. col. ne peut être appliqué que dans le cadre d'une circonstance imprévisible qui aurait lieu dans un temps éloigné, ce qui permet qu'entre-temps le contractant puisse s'adresser au juge pour lui demander la révision du contrat. Il s'agit d'une situation difficilement concevable dans la mesure où non seulement l'évènement imprévisible survient généralement brusquement, affectant dans l'instant l'exécution du contrat et nécessitant une réaction rapide, mais en outre, à l'heure actuelle, il est impossible d'obtenir une décision judiciaire avant la date d'exigibilité de la prestation devenue plus onéreuse. En pratique, la partie affectée par l'évènement imprévisible est contrainte d'exécuter la prestation devenue plus onéreuse. Il n'existe aucune chance qu'elle puisse être libérée ou que son obligation soit allégée avant sa date d'exigibilité. La législation actuelle n'offre donc pas une solution satisfaisante pour la partie lésée. On pourra même dire qu'elle incite les parties à prévoir un mécanisme

⁵⁴⁹ En ce sens, F. Mantilla et F. Ternera, « Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato », in *Los contratos en el derecho privado* (F. Mantilla et F. Ternera sous dir.), Universidad del Rosario, 2007, Bogotá, p. 322.

⁵⁵⁰ M. Mekki, « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G* 2010, doctr. 1257, n° 14. L'auteur constate : « La plupart des pays et des codifications doctrinales font de la renégociation entre les parties un préalable obligatoire ».

⁵⁵¹ CSJ, chambre civile, 21 févr. 2012, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-040-2006-00537-01. Plus récemment, 31 juillet 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° 68001-31-03-005-2003-00366-01.

⁵⁵² F. Mantilla, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC* 2010, n° 2, p. 1047. « En sachant que les juges refusent de suspendre les conventions durant le procès et que, depuis fort longtemps, ils ont établi que la révision ne s'applique qu'à l'exécution des obligations futures, sans qu'aucun remboursement d'obligations déjà réalisées ne puisse être fait, une option s'imposera naturellement aux parties : soit elles négocieront elles-mêmes l'adaptation du contrat, soit elles opteront pour l'inexécution et en subiront les conséquences ».

conventionnel pour résoudre cette situation⁵⁵³. Les auteurs relèvent à cet égard que l'absence de procédure rapide pour l'application de la règle par le juge empêche son application en pratique⁵⁵⁴.

266. En prenant en compte cette difficulté, la Cour de cassation a affirmé que si la partie lésée a préalablement demandé la révision judiciaire et a fait réserve expresse de la demande de réadaptation lorsqu'elle exécute la prestation devenue plus onéreuse, elle pourra postérieurement obtenir le réajustement de la prestation exécutée ; non pas par la voie de la révision pour imprévision, mais en utilisant d'autres dispositifs consacrés par la loi⁵⁵⁵. La Cour ne mentionne pas lesquelles. Il apparaît cependant que la seule voie concevable serait celle de l'enrichissement sans juste cause mais les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas ici satisfaites, car le contractant non lésé n'a fait que recevoir la prestation à laquelle il avait droit conformément au contrat⁵⁵⁶.

267. Pour certains auteurs, si le contractant a exécuté sa prestation, l'action en révision judiciaire n'est pas admissible, car cela signifierait qu'elle n'était pas plus coûteuse ou excessivement difficile⁵⁵⁷, ou qu'il a pu combattre l'obstacle⁵⁵⁸. Cet argument nous semble toutefois contestable. D'une part, le contractant a pu exécuter sa prestation en réalisant des efforts colossaux et en subissant des pertes importantes. D'autre part, l'excessive onérosité doit être mesurée par rapport à la contrepartie reçue par le contractant lésé et non pas en considération de sa capacité économique. Il a en effet été relevé à ce sujet que « le critère

⁵⁵³ Si, en droit français, avant la réforme, l'interdiction de révision avait le mérite d'inciter les parties à insérer des clauses conventionnelles pour prendre en main les effets d'un changement de circonstances (V. Fauvarque-Cosson, « Le changement des circonstances », *RDC* 2004, p. 89.) ; en droit colombien, le même effet incitatif est provoqué par les conditions inadaptées posées par la règle.

⁵⁵⁴ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil*, 3^e éd, Legis, Bogotá, 2013, p. 171. F. Mantilla, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *op.cit.*, p. 1047.

⁵⁵⁵ CSJ, chambre civile, 21 fevr. 2012, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-040-2006-00537-01 : « (...) juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual ».

⁵⁵⁶ Rappr. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989, n° 191, p. 214.

⁵⁵⁷ C. Corchuelo, « Teoría de la imprevisión », in *Derecho de las obligaciones* (M. Castro de Cifuentes sous dir.), T. I., Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 447.

⁵⁵⁸ F. Hiestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 952, p. 523.

s'apprécie au regard de l'économie du contrat en cause et non des capacités du débiteur. Une multinationale comme Total pourrait donc être sujette à un contrat dont l'exécution deviendrait excessivement onéreuse »⁵⁵⁹. En réalité, l'exécution de la prestation par la partie lésée ne devrait pas être un obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision lorsqu'elle a fait expressément réserve de son invocation lors de l'exécution de la prestation devenue plus onéreuse. En outre, ce comportement du contractant aurait certainement une influence sur la décision du juge : dès lors que le contractant a exécuté la prestation, le juge aura tendance à considérer qu'il s'agissait d'une simple difficulté d'exécution. Bien plus, le rejet de cette demande lui éviterait d'étudier la nécessité de réadapter le contrat conformément à un critère d'équité ou de décider sa cessation. Tout cela démontre à quel point le temps de parvenir à une décision du juge peut se révéler pernicieux pour traiter la situation du contractant lésé par le changement de circonstances.

2. Les critiques du pouvoir du juge de modifier le contrat

268. L'article 868 C. com. col. dispose que le juge doit ordonner les réajustements que l'équité impose. Ce mécanisme de réajustement du contrat par le juge est cependant inadapté dans notre domaine. Plusieurs sont les raisons qui conduisent à cette affirmation.

269. Tout d'abord, le critère de l'équité est flou⁵⁶⁰ et l'on peut se demander si la fonction du juge doit être celle de rétablir l'équilibre du contrat⁵⁶¹ ou de distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances⁵⁶², voire d'établir un équilibre permettant d'assurer la continuation du contrat de distribution à l'avenir indépendamment de celui initialement fixé par les parties⁵⁶³. En réalité, puisque les parties

⁵⁵⁹ Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique – La résiliation pour imprévision », *AJCA* 2015, p. 262.

⁵⁶⁰ F. Mantilla, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC* 2010, n° 1, p. 1047. Selon l'auteur, « cette solution risquerait d'entraîner le juge à entendre par "équité" ses propres principes moraux et sa conception intime de la justice, comme critère pour résoudre les cas particuliers ».

⁵⁶¹ Cf. Principes d'Unidroit, 2010, art. 6.2.3. (4) : « *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* ». En réalité, le juge peut établir un nouvel équilibre, mais ne peut revenir à l'équilibre initialement fixé par les parties.

⁵⁶² C'est le critère adopté par l'article 6.111 des Principes européens du droit des contrats (version 1998).

⁵⁶³ Rapp. H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique* 2001/3, p. 368 : « Le juge n'a pas à réinventer le contrat, mais il peut lui revenir de le compléter parce que le contrat relationnel est par nature incomplet. Le juge doit respecter et faire respecter le contrat (comme le commande l'article 1134 al.1). Dans le cas d'un contrat relationnel, cela peut passer par une adaptation de la partie instrumentale du contrat (ce qui constitue la révision) de manière à ce que le but poursuivi par les parties demeure ».

regardent comme équivalentes les prestations convenues dans le contrat - principe de commutativité subjective (art. 1498 C. civ. col., nouvel art. 1108 C. civ. fr.) -. Non seulement « prétendre respecter la volonté des parties dans ces hypothèses est un leurre, puisque ce sont les termes mêmes de la convention qui en compromettent la réalisation »⁵⁶⁴, mais un autre équilibre fixé par le juge sera toujours peu conforme aux attentes d'au moins l'une des parties. Plus encore, dans la généralité des cas, la solution dictée par l'équité peut conduire à un lien contractuel économiquement peu satisfaisant à l'avenir pour les deux contractants.

270. Ensuite, le juge n'est pas le mieux placé pour modifier le contrat en vue de sa continuation durable⁵⁶⁵. Sans doute, « l'équilibre auquel les parties parviennent d'un commun accord est préférable à celui qu'un juge aura déterminé »⁵⁶⁶. Toute modification qu'il réalise en dehors de l'accord des parties conduira probablement à un affaiblissement du lien contractuel, tant la partie mécontente cherchera à se libérer du contrat à la première occasion qui se présente. Également, a-t-on pu observer qu'« en réalité, le juge refait le contrat, contre la volonté de l'un des contractants au moins »⁵⁶⁷. Si les parties ont échoué à renégocier leur relation, « il serait bien étonnant qu'elle reprenne durablement après un passage plus ou moins long devant le juge »⁵⁶⁸. Ainsi, notre refus du pouvoir de révision judiciaire n'est pas la conséquence d'un sentiment de méfiance vis-à-vis du juge⁵⁶⁹, mais de la reconnaissance que son action est de fait peu utile pour garantir la pérennité du contrat de distribution.

⁵⁶⁴ E. Savaux « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1057. *Adde, ibid.* : « L'extrême difficulté d'établir un critère précis et pertinent d'adaptation du contrat est une raison majeure d'hésiter sur son instauration. La révision du contrat pour imprévision attire irrésistiblement vers des standards, des concepts flous, du droit mou... ».

⁵⁶⁵ Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique – La résiliation pour imprévision », *AJCA* 2015, p. 262 : « Fixer pour l'avenir les termes d'un contrat, c'est métier d'homme d'affaires. Le juge n'est pas dans son élément, spécialement dans les secteurs dont la compréhension nécessite une culture technique qu'il n'a pas ».

⁵⁶⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, p. 182.

⁵⁶⁷ E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1057.

⁵⁶⁸ Th. Genicon, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010, p. 2485.

⁵⁶⁹ Rapp. R. Cabrillac, « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, n° 215, p. 235 : « On peut donc constater que le projet Catala traduit une évolution importante par rapport à notre droit positif qui ne prévoit que la continuation du contrat originaire, tout en restant fidèle à la traditionnelle méfiance du droit français vis-à-vis du juge, lui refusant le pouvoir de s'immiscer directement dans le contrat qui doit rester la chose des parties ».

271. En outre, une procédure de révision judiciaire suppose des dépenses importantes pour la justice étatique et les parties. Pour les raisons qui viennent d'être évoquées, la partie mécontente des modifications réalisées par le juge voudra sortir du contrat le plus rapidement possible ou, dans le meilleur des cas, les parties renégocieront autour des modifications imposées par le juge afin de permettre le maintien de l'opération de distribution. Il est possible alors de se demander si autant d'efforts et de ressources investis valent la peine en sachant que ceux-ci aboutiront probablement au maintien d'un lien contractuel fragile. En réalité, l'instauration d'un pouvoir de révision judiciaire ne serait utile que pour inciter les parties à corriger elles-mêmes l'excessive onérosité⁵⁷⁰. D'autre part, la nécessité de l'intervention du juge est également discutable lorsque l'une des parties souhaite se libérer du lien contractuel à la suite d'un manquement grave de son cocontractant.

§2. La critique de la nécessité de recourir au juge en cas d'inexécution

272. Le principe en droit colombien est celui de la résolution judiciaire en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties⁵⁷¹. En l'absence de clause résolutoire, chacune des parties a l'obligation de solliciter l'intervention du juge lorsque le cocontractant se soustrait à l'exécution de ses obligations⁵⁷² (A). Toutefois, le législateur permet la résolution extrajudiciaire du contrat pour inexécution s'agissant des contrats d'agence commerciale et de fourniture. Il existe ainsi une différence de régime entre ces deux contrats et les autres contrats de distribution dans lesquels l'application du droit commun entraîne l'obligation de recourir au juge. Cette différence conduit à s'interroger, d'un point de vue critique, sur l'adaptation du principe de la résolution judiciaire à l'égard des contrats de distribution dans lesquels le législateur n'autorise pas une résolution extrajudiciaire en cas d'inexécution (B).

⁵⁷⁰ Rapp. G. Rouhette, « Préface », Colloque sur la réforme du droit français des contrats en droit positif, *RDC* 2009, p. 265. V. aussi, H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique* 2001/3, p. 372.

⁵⁷¹ Nous utiliserons ici le terme de « résolution » pour faire référence à l'anéantissement du contrat pour cause d'inexécution, indépendamment des effets rétroactifs ou non de cet anéantissement. Nous réserverons celui de « résiliation » à la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée. À cet égard, en droit français, il a été démontré que la résolution peut avoir des effets rétroactifs lorsqu'elle concerne un contrat à exécution successive (V. Th. Genicon, note sous Cass. civ. 3^e 1^{er} oct. 2008, *RDC* 2009, p. 70). Critiquable, la jurisprudence colombienne maintient la distinction entre les effets rétroactifs de la résolution à l'égard des contrats à exécution instantanée et les effets pour l'avenir à l'égard des contrats à exécution successive. V. CSJ, chambre civile, 4 juin 2004, M.R. Manuel Ardila, n° 7748 ; 19 août 2016, M.R. Ariel Salazar, n° SC1287-2016 ; 25 juin 2018, M.R. Aroldo Quiroz, n° SC2307-2018.

⁵⁷² Naturellement, les parties peuvent stipuler une clause résolutoire qui permet à l'une des parties de faire cesser le contrat de distribution en cas de manquement de son cocontractant. Ces clauses sont très fréquentes en pratique, cependant, on ne les traitera pas ici.

A. Le principe de la résolution du contrat pour inexécution

273. Le droit commun des contrats en Colombie établit le principe de la résolution judiciaire en cas d'inexécution imputable à l'une des parties. Il est dès lors applicable aux contrats de concession et de franchise qui ne font pas l'objet d'un encadrement légal spécifique différent par la loi (1). En revanche, la résolution unilatérale pour inexécution est autorisée par des règles spéciales contenues dans les régimes des contrats d'agence commerciale et de fourniture (2).

1. L'obligation de solliciter l'intervention du juge

274. Aux termes de l'article 1602 C. civ. col., « Tout contrat légalement conclu est une loi pour les cocontractants, et il ne peut être invalidé⁵⁷³ que de leur consentement mutuel, ou pour des causes légales »⁵⁷⁴. Corollaires de cette règle, les articles 1546 C. civ. col. et 870 C. com. col. prévoient l'obligation de s'adresser au juge pour demander la résolution en cas d'inexécution de l'autre partie⁵⁷⁵. Le juge est le seul qui détient le pouvoir de mettre fin au contrat (a). Il n'est cependant pas tenu de la prononcer, car il dispose d'un pouvoir d'apprécier si la gravité du manquement mérite ou non l'anéantissement du contrat. Il n'existe pas de difficulté lorsque l'inexécution du contrat de distribution porte sur une obligation essentielle ou lorsqu'elle est totale. En revanche, l'appréciation du juge sera parfois délicate en dehors de ces hypothèses. Il est alors nécessaire d'examiner la condition relative à la gravité du manquement contractuel et son appréciation par les tribunaux concernant les contrats de distribution (b).

a. La nécessité de l'intervention du juge

275. L'article 1546 C. civ. col. affirme : « Dans les contrats bilatéraux est sous-entendue la condition résolutoire pour le cas où l'un des contractants n'exécute pas ce qui a été accordé. Mais, dans ce cas, l'autre contractant peut demander à son arbitre, soit la résolution, soit l'exécution du contrat avec des dommages-intérêts ». Par ailleurs, aux termes de l'article 870 C. com. col. : « Dans les contrats bilatéraux, dans l'hypothèse où l'un des contractants est en

⁵⁷³ L'utilisation du vocable « invalider » (*invalidar*) est critiquée par la doctrine, avec raison, étant donné que l'invalidité fait allusion à l'absence de condition imposée par la loi qui conduit à la nullité du contrat et non à l'acte par lequel les parties s'accordent pour mettre fin au contrat.

⁵⁷⁴ Rapp. C. civ. fr., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » et art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

⁵⁷⁵ On peut ajouter également la prohibition de la condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1535-1 C. civ. col., art. 1304-2 C. civ. fr.).

retard dans l'exécution, l'autre partie peut demander soit la résolution ou la résiliation, avec dommages-intérêts compensatoires, soit l'exécution de l'obligation, avec dommages-intérêts moratoires »⁵⁷⁶. Il en résulte que le créancier ne peut se libérer du lien contractuel par sa seule décision et la résolution doit être déclarée nécessairement par le juge⁵⁷⁷. La majorité de la doctrine colombienne soutient le principe de la nécessité de l'intervention judiciaire pour la déclaration de la résolution⁵⁷⁸. La jurisprudence a également affirmé le caractère judiciaire de la résolution⁵⁷⁹. Cette conception, comme l'explique un auteur en droit français, « est marquée par la volonté d'assurer la primauté de la force obligatoire des conventions, au point de mettre le juge au premier plan afin qu'il mette tout en œuvre pour faire en sorte que le débiteur exécute finalement son obligation et qu'il s'assure que le créancier ne se décharge pas trop facilement de la sienne en rompant unilatéralement le contrat. Une philosophie marquée enfin par un certain souci d'humanité à l'endroit des débiteurs plus malheureux que malhonnêtes »⁵⁸⁰.

276. Certes, l'intervention du juge est une garantie pour les parties dans la mesure où elle permet la protection de leurs intérêts à la pérennité du contrat. En choisissant ce système, le législateur a considéré que la protection du débiteur, et plus largement celle du contrat, mérite que le créancier souffre quelque délai⁵⁸¹. Notamment, ce système permettrait au contractant de se prémunir contre le comportement opportuniste de son cocontractant qui voudrait sortir du

⁵⁷⁶ Rapp. R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 17, 2009, p. 78. Pour l'auteur, on pourrait interpréter que quand l'article affirme que le contractant peut « demander à son arbitre, ou la résolution ou l'exécution du contrat avec dommages-intérêts », la première branche de l'option, c'est-à-dire, la résolution, peut être aussi bien judiciaire qu'extrajudiciaire. À notre avis, cette interprétation n'est pas possible, dans la mesure où le verbe « demander » implique nécessairement de s'adresser à un tiers. On ne peut affirmer que le contractant peut demander la résolution extrajudiciaire, car dans ce cas c'est lui-même qui met fin au contrat.

⁵⁷⁷ F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 14, 2008, p. 37.

⁵⁷⁸ G. Ospina Fernández et E. Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd., Temis, 2014, n° 632 et s. A. Valencia Zea et A. Ortiz Monsalve, *Derecho civil, De las obligaciones*, T. III, 9^e éd., Temis, 2004, p. 128. R. Uribe Holguín, *De las obligaciones y de los contratos en general*, 2^e éd., Temis, 1982, p. 234, n° 7.4. F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 14, 2008, p. 54. *Contra* : A. Sanabria Gómez, « La resolución en el derecho colombiano », in *La terminación del contrato* (F. Mantilla et J. Gaitán sous dir.), 2007, Legis, p. 159. L'auteur affirme que l'article 1546 C. civ. col. fait référence à une condition résolutoire et normalement les effets de celle-ci se produisent sans nécessité d'une intervention du juge.

⁵⁷⁹ V. par ex., CSJ, chambre civile, 9 juin 1971, *G.J. CXXXVIII*, p. 382. CSJ, chambre civile, 18 déc. 2009, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 41001-3103-004-1996-09616-01.

⁵⁸⁰ Ch. Jamin, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé* (M. Fontaine et G. Viney), Bruylant, LGDJ, 2001, n° 17, p. 482.

⁵⁸¹ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, n° 626, p. 447.

contrat en invoquant un motif futile ou malhonnête. Il ne pourrait le faire sans passer par un contrôle préalable du juge. De même, ce permet que la partie qui souhaite la continuation du contrat puisse demander au juge son maintien forcé. En effet, les parties sont tenues par les liens du contrat tant que le juge n'a pas statué sur les motifs qui ont conduit le contractant à vouloir arrêter l'opération de distribution. Ce système est sans doute davantage fondé sur un principe moral de fidélité à la parole donnée que sur la recherche de l'efficacité économique dans les relations contractuelles. Cependant, en dépit de ses atouts qui seront traités ultérieurement, en matière de contrats de distribution, ce système permet difficilement le maintien forcé du contrat après la suspension de son exécution pendant le temps où le juge statue. Comme nous le verrons, le mécanisme selon lequel le contrat n'est résolu qu'en vertu de la décision du juge n'est pas compatible avec la nécessité de certitude et de fluidité des relations économiques qu'exige le contexte dans lequel les contrats de distribution s'exécutent.

277. Dans le système de la résolution judiciaire, le juge joue un rôle important quant à la résolution pour inexécution, notamment s'agissant de l'examen du manquement contractuel.

b. L'appréciation de la gravité de l'inexécution

278. La lettre des articles 1546 C. civ. col. et 870 C. com. col. ne fait aucune distinction quant à l'inexécution des obligations contractuelles. Ainsi qu'il a été dit en droit français, si dans le système de la résolution judiciaire le législateur demeure silencieux sur la définition du manquement qui conduit à l'anéantissement du contrat, il remédie à cette lacune dans la mesure où le caractère judiciaire de la résolution entraîne l'examen du manquement et les circonstances de la cause pour apprécier s'il y a lieu de défaire le contrat⁵⁸². Il existe ainsi un lien entre les modalités de mise en œuvre de la résolution et les motifs qui la justifient : lorsque c'est le juge qui décide de la résolution du contrat, la définition du manquement résolutoire est moins nécessaire, car le juge supplée à cette absence. En revanche, lorsqu'une partie dispose du pouvoir de résoudre unilatéralement le contrat, une orientation peut être utile pour qu'elle sache lorsque qu'elle peut le mettre en œuvre⁵⁸³.

279. Pour prononcer la résolution judiciaire, la Cour de cassation colombienne exige que l'inexécution soit caractérisée par son importance ou sa gravité. Dans un arrêt du 11 septembre

⁵⁸² Th. Genicon, *La résolution pour inexécution*, *op. cit.*, n° 396, p. 285.

⁵⁸³ V. Th. Genicon, *La résolution pour inexécution*, *op. cit.*, n° 419 et s.

1984, elle a ainsi affirmé que « le contrat ne pourrait être résolu si l'inexécution de l'une des parties revête peu d'importance à l'égard de l'intérêt de l'autre »⁵⁸⁴. Cela étant, seule une inexécution grave peut conduire à la cessation du contrat de distribution. Pour appréhender la gravité de l'inexécution, la Cour colombienne n'a pas adopté de critères dogmatiques. L'exigence d'un manquement grave met en évidence le pouvoir du juge dans l'appréciation de l'opportunité de la résolution du contrat. La doctrine française a, pour sa part, relevé que « la résolution est une mesure prise en réaction aux troubles — de divers ordres — causés par le manquement, que le juge, par sa fonction et par sa stature de tiers impartial, considère, eu égard à la diversité des intérêts en cause, comme la réponse la plus adéquate et la plus opportune. La résolution ne fait que répondre à un besoin, qui en quelque sorte s'impose naturellement au juge »⁵⁸⁵. Ainsi, l'exigence de gravité du manquement ne doit pas imposer au juge de caractériser le manquement selon une définition spécifique, mais elle doit lui permettre d'évaluer si la destruction du contrat est une réponse adéquate à l'inexécution. Le manquement grave doit être dès lors compris comme celui pour lequel la résolution est une réaction adaptée⁵⁸⁶.

280. La Cour de cassation colombienne semble aller dans ce sens. En effet, elle a affirmé à maintes reprises que le juge doit considérer toutes les circonstances de l'espèce⁵⁸⁷. Elle a notamment considéré que pour apprécier la gravité de l'inexécution, le juge doit prendre en compte l'accord des parties, l'atteinte portée à l'intérêt du créancier et à la finalité pratique poursuivie par le contrat ainsi que l'impact sur son économie⁵⁸⁸. Elle a ajouté que pour rejeter l'action résolutoire « s'impose au juge l'examen de toutes les circonstances de fait applicables : l'étendue de l'inexécution partielle ; la réticence du créancier à recevoir le manquant ; l'intention sérieuse du débiteur de payer ; l'attitude passive du créancier d'accepter le paiement en dehors du délai stipulé et d'exiger des intérêts moratoires, etc. »⁵⁸⁹. Cependant, les parties au contrat de distribution ne doivent pas toujours avoir recours au juge en cas d'inexécution. En effet, le législateur consacre une exception concernant les contrats d'agence commerciale et de fourniture.

⁵⁸⁴ CSJ, chambre civile, 11 sept. 1984, M.R. Humberto Murcia Ballén, *G.J.*, CLXXVI, p. 237.

⁵⁸⁵ Th Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 413, p. 296.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ CSJ, chambre civile, 11 sept. 1984, M.R. Humberto Murcia Ballén. *G.J.* CLXXVI, p. 237. Tomo 176, numéro 2415., p. 237.

⁵⁸⁸ CSJ, chambre civile, 18 déc. 2009, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 41001-3103-004-1996-09616-01.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

2. L'exception : la résolution unilatérale pour inexécution dans les contrats d'agence commerciale et de fourniture

281. Le législateur a prévu des règles spéciales à l'égard des contrats de fourniture et d'agence commerciale qui permettent la résolution extrajudiciaire du contrat par l'une des parties sous certaines conditions (a). Ces règles spéciales constituent une dérogation au droit commun des contrats et représentent une autre manifestation de la différence de régimes concernant la cessation des contrats de distribution en droit colombien (b).

a. Une rupture sans nécessité de recourir au juge

282. Deux règles suscitent l'intérêt en droit colombien concernant les contrats d'agence commerciale et le contrat de fourniture. Celles-ci consacrent le droit des parties de mettre fin au contrat sans nécessité d'avoir recours au juge⁵⁹⁰. Précisément, l'article 1325 C. com. col. prévoit explicitement l'attribution d'un pouvoir de rupture unilatérale aux parties d'un contrat d'agence commerciale : « *Sont justes causes pour mettre fin unilatéralement au contrat d'agence commerciale (...)* ». La lettre de ce texte suffit à affirmer la possibilité de rompre le contrat par la seule volonté de la victime de l'inexécution du contrat d'agence commerciale⁵⁹¹. Pour sa part, l'article 973 C. com. col. relatif au contrat de fourniture a suscité des hésitations quant à son interprétation. Il dispose que l'inexécution d'une prestation « *confère le droit à l'autre de mettre fin au contrat* »⁵⁹². Certains défendent l'idée que la rupture du contrat de

⁵⁹⁰ F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 1257, p. 965. R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 17, 2009, p. 83. J. García-Muñoz, *Derecho económico de los contratos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 303. A. Camacho et F. Ternera, « La terminación unilateral extraordinaria del contrato: muertes especiales de los contratos », *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n° 40, juill.-déc. 2013, p. 42. F. Mantilla et F. Ternera, « Las normas jurídicas de resolución de los contratos en el ordenamiento colombiano », *Revista Foro Derecho Mercantil*, n° 8, jull-sept, 2005, note de bas de page n° 85. *Contra* : Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y mercantiles*, T. II, 8^e éd., Bogotá, Librería del Profesional, 2009, p. 172.

⁵⁹¹ V. R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 82. J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 14^e éd. Legis, Bogotá, 2015, p. 27. F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 1257, p. 965. E. Rengifo, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Legis, Bogotá, 2014, p. 111.

⁵⁹² Bien que le Code de commerce ait pris comme modèle pour le contrat de fourniture les dispositions du Code civil italien de 1942, dans cet article le code colombien s'écarte amplement du code italien. En effet, aux termes de l'article 1565 C. civ. it. : « *In caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole*

fourniture envisagée par cet article est nécessairement judiciaire au motif que dans l'organisation du droit privé colombien, le mécanisme de l'anéantissement du contrat repose fondamentalement sur le concours d'une juridiction. L'intervention du juge serait en quelque sorte un pivot du droit des contrats⁵⁹³. Pourtant, cette analyse ne semble pas pouvoir être suivie puisqu'elle ignore la lettre de l'article 973 C. com. col. En effet, non seulement la clarté de la lettre du texte permet d'affirmer l'attribution de ce droit de résolution unilatérale⁵⁹⁴, mais encore une interprétation cohérente des autres alinéas de cet article permet de parvenir à la même conclusion. En effet, son alinéa 3^e prévoit : « *Ce qui est disposé dans cet article ne prive pas le contractant lésé pour l'inexécution de son droit à l'indemnisation de préjudices à une juste mesure* ». Cette disposition indique que le contractant déçu qui met fin unilatéralement au contrat ne perd pas son droit de demander devant le juge la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution. Il ne peut donc pas s'agir d'une réitération du principe de la résolution judiciaire étant donné que dans un tel cas, aucun besoin n'existerait de redire la possibilité de demander des dommages-intérêts puisqu'elle est déjà consacrée par les articles 1546 C. civ. col. et 870 C. com. col. qui prévoient la résolution judiciaire pour inexécution.

283. Il reste que l'autorisation de la résolution extrajudiciaire du contrat peut étonner tant elle marque une différence importante par rapport à l'approche protectrice du Code de commerce en faveur de l'agent commercial⁵⁹⁵. En effet, la protection de la stabilité du contrat au profit de l'agent commercial impliquerait, bien au contraire, le maintien du principe de l'intervention du juge afin d'éviter toute cessation illégitime de la part du fournisseur. Cela étant dit, une autre lecture peut être réalisée en considérant ce choix du législateur de 1971 comme étant la reconnaissance de l'inadaptation du principe de résolution judiciaire aux contrats d'agence commerciale et de fourniture en cas de manquement grave de l'une des parties. De là, la consécration de ce droit de résolution unilatéral dérogeant au principe qui gouverne le droit commun des contrats.

prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti ».

⁵⁹³ J. Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y mercantiles*, T. II, 8^e éd., Librería del Profesional, Bogotá, 2009, p. 172.

⁵⁹⁴ C. civ. col., art. 28 : « *Les mots de la loi se comprennent dans leur sens naturel et évident, selon l'usage général de ces mots ; mais quand le législateur les a expressément définis pour certaines matières, on doit les attribuer sa signification légale* ».

⁵⁹⁵ Première Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

b. Une rupture dérogatoire du droit commun

284. Les articles 1325 et 973 C. com. col. indiquent les motifs qui légitiment la rupture extrajudiciaire du contrat. Il est nécessaire d'examiner ces derniers afin de discerner leur spécificité par rapport au droit commun des contrats.

285. Tout d'abord, s'agissant de la résolution pour inexécution, l'article 973 C. com. col. l'autorise lorsque le manquement « *a causé des préjudices graves ou revêt une certaine importance, propre à miner la confiance de cette partie dans l'exactitude de l'autre partie dans la réalisation de fournitures postérieures* ». Pour sa part, l'article 1325 C. com. col. mentionne l'inexécution des obligations et le comportement du cocontractant qui porte gravement atteinte aux intérêts du cocontractant. La disposition ajoute néanmoins une précision : lorsque le mandant est l'auteur de la rupture, il doit invoquer une inexécution grave des obligations de l'agent. Lorsque l'auteur est l'agent commercial, la règle énonce simplement « une inexécution ». Constituant une mesure en faveur de la stabilité du contrat, elle est l'expression de la conception protectrice du législateur à l'égard de l'agent commercial. Elle crée cependant une inégalité : l'agent commercial peut mettre fin extrajudiciairement au contrat pour toute inexécution du mandant indépendamment de sa gravité, alors que celui-ci n'est autorisé à le faire qu'en cas d'inexécution grave. Si ce n'est pas le cas, le mandant doit avoir recours au juge en conformité avec le principe de la résolution judiciaire du contrat qui domine le droit commun des contrats. Il en résulte une distinction : l'agent commercial étant particulièrement intéressé à la stabilité du contrat, le risque d'en abuser est faible et, par voie de conséquence, un droit de résolution unilatérale même en l'absence d'une inexécution grave du fournisseur peut lui être attribué. À l'opposé, il existe une méfiance envers le mandant : le risque d'abus de ce droit serait dans ce cas plus important, d'où l'exigence d'une inexécution grave. Cette analyse n'est pas toujours pertinente tant le fournisseur peut être également intéressé à la stabilité du contrat. Par exemple, à l'instar de l'agent commercial, il peut réaliser des investissements en temps et en argent pour mettre consolider l'activité de son distributeur (formation des salariés, transmission du savoir-faire). Cette distinction ne semble donc pas légitime.

286. Concernant la cause de rupture pour « atteinte grave aux intérêts de l'autre partie », elle se rattache au devoir d'exécution de bonne foi du contrat ainsi qu'au rapport de confiance qui doit régner entre les parties pour l'exécution optimale du contrat d'agence commerciale⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ J. Cárdenas, *El contrato de agencia comercial*, op. cit., p. 101.

Certes, il semblerait que même en l'absence d'une telle règle, la résolution du contrat d'agence commerciale puisse être considérée comme légitime lorsque le contractant qui la met en œuvre invoque l'atteinte grave de ses intérêts. Il en est ainsi parce cela constitue une inexécution contractuelle au regard du devoir d'exécution de bonne foi du contrat. Il n'en reste pas moins que la règle met au premier plan le respect des intérêts du cocontractant dans le cadre de l'exécution du contrat d'agence commerciale.

287. Plus délicate est la question relative à la faillite et à l'insolvabilité du cocontractant comme juste cause de cessation du contrat d'agence commerciale. En réalité, leur considération en tant que motifs légitimes de rupture du contrat d'agence commerciale est inutile puisque les effets de ces situations sont réglementés impérativement par les lois relatives aux procédures collectives. Ces règles peuvent notamment imposer la continuation du contrat malgré le délicat état patrimonial du contractant qui n'a pas exécuté ses engagements⁵⁹⁷. Enfin, le dernier alinéa autorise une partie à mettre fin unilatéralement au contrat lorsque son cocontractant a cessé son activité. Ce qu'il importe ici de souligner est que pour le législateur, est indifférente la cause qui a conduit à la cessation de l'activité du cocontractant. Tout ce qui importe est la cessation de l'activité. Elle obéit donc à un critère de rapidité ou de fluidité visant à faciliter la sortie du contractant qui n'est alors pas tenu de solliciter l'intervention du juge. Un tel droit n'existe pas en droit commun des contrats. Si la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point, il nous semble cependant qu'une distinction s'impose selon que la cessation des activités soit ou non imputable à un cocontractant. En effet, lorsqu'elle lui est imputable, il est redevable de dommages-intérêts. C'est le cas, à titre d'exemple, de la fermeture des locaux de l'agent commercial en raison d'une décision administrative après la constatation de la violation de règles relatives à la sécurité des produits ou à l'hygiène des locaux. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un cas de force majeure, il ne devrait pas y avoir de paiement de dommages-intérêts.

288. À la lumière de ce constat, nous pouvons considérer que législateur établit à l'article 1325 C. com. col. un régime dérogatoire du droit commun des contrats. En l'absence d'obligation de faire appel au juge, la sortie du contrat est en quelque sorte facilitée. Il semble que cette solution obéisse à des considérations économiques en ce sens que le marché nécessite de privilégier la fluidité des relations commerciales et de repousser l'incertitude qui découlerait du maintien du contrat pendant la procédure à l'issue de laquelle le juge déciderait ou non de

⁵⁹⁷ *Infra* Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 1, b.

la résolution du contrat. Bien entendu, le destinataire peut avoir recours au juge s'il considère illégitime la résolution unilatérale dictée par l'autre partie. Cependant, dans le système de la résolution unilatérale du contrat, le contrat prend fin en vertu de la seule décision du contractant affecté par l'inexécution. Le législateur propose à cet égard une règle qui tient compte du contexte dans lequel s'exécutent les contrats de distribution, qui semble ainsi mieux adaptée que l'application du principe de résolution judiciaire.

B. L'appréciation critique du principe de résolution judiciaire à l'égard des contrats de distribution

289. À l'exception des contrats nommés d'agence commerciale et de fourniture pour lesquels la rupture unilatérale pour inexécution est autorisée, s'agissant des autres contrats de distribution, tels que la concession ou la franchise, le contractant déçu doit avoir recours au juge pour obtenir la résolution du contrat ; sauf s'il peut se prévaloir d'une clause résolutoire. Dans le système de la résolution judiciaire, le contrat subsiste jusqu'à la déclaration de la résolution par le juge. Le créancier insatisfait qui déclenche une procédure devant la justice dispose de deux possibilités : soit, il continue à exécuter le contrat en attendant la décision du juge ; soit, il met en œuvre l'exception d'inexécution préalablement ou concomitamment à sa demande de résolution judiciaire. Ce faisant, il peut s'abstenir d'exécuter jusqu'au prononcé de la décision judiciaire⁵⁹⁸. Ce mécanisme sert à contraindre le débiteur à corriger son comportement afin d'éviter la cessation du contrat ainsi qu'à protéger les intérêts du créancier en lui permettant de s'abstenir d'exécuter ses propres obligations⁵⁹⁹. Par exemple, le fournisseur pourra s'abstenir de continuer la livraison des produits tant que le distributeur ne règle pas les prix des commandes passées ; le franchisé pourra s'abstenir de payer les redevances tant que le

⁵⁹⁸ Il y a d'autres cas où le contractant, sans faire résoudre le contrat par le juge ou mettre fin unilatéralement au contrat, met en œuvre l'exception d'inexécution, la partie défaillante ne réagit pas et cette situation se prolonge indéfiniment dans le temps. Pour certains auteurs, l'exception d'inexécution « débouche alors sur une sorte de résiliation amiable, bien que l'accord de volontés soit fait souvent dans ce cas de beaucoup de résignation » (J. Ghestin, obs. sous Cass. com., 15 janv. 1973, *D.* 1973, p. 475). Pour d'autres auteurs, cette situation ne prend fin qu'avec la prescription des obligations des parties (R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 17, 2009, p. 78.). V. aussi, J. Roche-Dahan, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255 et s., n° 10.

⁵⁹⁹ V. en droit colombien, v. C. Chinchilla, *La excepción de incumplimiento: estructura, función y límites*, Universidad Externado de Colombia, 2017, 464 p.

franchiseur ne lui prête pas l'assistance sollicitée pour résoudre des difficultés concernant l'application du savoir-faire.

290. Ce système binaire peut bien fonctionner dans un système de justice étatique rapide et efficace, dans lequel le juge prend la décision de prononcer ou non la résolution du contrat peu de temps après la demande en justice du contractant affecté par l'inexécution. De même, il peut être approprié aux contrats à exécution instantanée lorsque le contractant peut s'abstenir d'exécuter son obligation sans que son activité soit mise en péril ou sans qu'il ait la nécessité de se procurer ailleurs le bien ou le service qu'il ne peut obtenir de son débiteur afin de ne pas subir un dommage important⁶⁰⁰. Cependant, cette option binaire du créancier révèle ses limites lorsque, dans des hypothèses courantes en pratique, la suspension de l'exécution du contrat en réaction à l'inexécution du cocontractant suscite la nécessité, pour la partie qui s'est conformée à ses obligations, de chercher une solution de remplacement non seulement immédiate mais également définitive. Tel est cas des deux parties au contrat de distribution. En conséquence, la possibilité de reprendre ultérieurement l'exécution de la relation contractuelle peut devenir plus théorique que réelle. Dès lors, le binôme résolution judiciaire-exception d'inexécution est insuffisant pour répondre aux nécessités pratiques liées à l'exécution des contrats de distribution (1). Il n'est pas non plus adéquat pour la protection des intérêts des parties pendant la durée de la procédure judiciaire lorsque le lien de confiance a été compromis et la reprise de l'exécution du contrat est difficilement concevable (2).

1. L'insuffisance du binôme résolution judiciaire-exception d'inexécution

291. Le créancier déçu, fournisseur ou distributeur, demande au juge de mettre fin au contrat pour inexécution lorsqu'il considère que cette dernière est grave. Il préfère alors arrêter l'exécution du contrat plutôt que de la poursuivre. Certains auteurs relèvent que dans un système de résolution judiciaire, le créancier ne reste pas dépourvu de protection dans la mesure où il peut s'abstenir d'exécuter le contrat en invoquant l'exception d'inexécution (art. 1609 C.

⁶⁰⁰ Sur ce point, en droit français, l'article 1222 C. civ. fr. autorise le créancier à faire exécuter lui-même la prestation après une mise en demeure infructueuse. Il indique : « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction* ».

civ. col.)⁶⁰¹. Cette dernière est traditionnellement définie comme « le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due »⁶⁰². Cet instrument de défense permettrait également au créancier de prendre les mesures provisoires nécessaires pour la réallocation de ses ressources et la satisfaction de ses intérêts ailleurs, de sorte que les avantages de la résolution sans intervention du juge s'estomperaient⁶⁰³.

292. Au-delà du droit du contractant de s'abstenir d'exécuter sa prestation, il est plus important de savoir comment ce contractant peut protéger ses intérêts dans l'intervalle de la durée de la procédure judiciaire. En effet, si l'inexécution est imputable au distributeur, le fournisseur ne voudra pas perdre les parties de marché conquises et souhaitera poursuivre, sans interruption, la commercialisation de ses produits sur le marché concerné. Si l'inexécution est le fait du fournisseur, le distributeur voudrait continuer à exploiter ses actifs (salariés, locaux, emplacement, expérience) afin de sauvegarder son entreprise. Puisque l'exception d'inexécution ne met pas fin au contrat mais entraîne une simple suspension⁶⁰⁴, le fournisseur pourrait réaliser lui-même la distribution de ses produits ou confier provisoirement à un tiers la charge de la distribution⁶⁰⁵. Cependant, le contrat encore en vie empêche le fournisseur de contracter avec un tiers qui se substitue définitivement le distributeur. En effet, le fournisseur devant en principe patienter jusqu'à la décision du juge, le contrat conclu avec un tiers serait soumis à la condition que le juge prononce la résolution du contrat avec le distributeur défaillant. À ce jour, il n'existe pas d'arrêt de la Cour de cassation colombienne portant sur cette question. Cependant, en guise d'illustration, nous pouvons mentionner un arrêt de la Cour de cassation française dans lequel celle-ci s'est prononcée en matière de concession exclusive. En l'espèce, face à l'inexécution des obligations d'un concessionnaire et sans demander la résolution judiciaire du contrat, un concédant a confié la distribution exclusive de ses produits

⁶⁰¹ F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 14, 2008, p. 41 ; Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 413, p. 579 : « Le risque d'un préjudice considérable, causé par une exécution unilatérale du contrat en attendant la décision de justice qui prononcera la résolution, est inexistant puisque dès que le créancier constate le manquement, il dispose de l'exception d'inexécution et est immédiatement autorisé à suspendre ses prestations. Le tandem exception d'inexécution – résolution judiciaire peut fonctionner à merveille sur la base d'une heureuse complémentarité : les inconvénients connus de celle-ci (lenteur notamment), étant gommés par l'efficacité de celle-là ».

⁶⁰² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 630, p. 685.

⁶⁰³ F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *op. cit.*, p. 41.

⁶⁰⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 630, p. 685.

⁶⁰⁵ R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *op. cit.*, p. 85.

à un tiers. La Cour a retenu la responsabilité pour rupture fautive en observant que « l'exception d'inexécution, fût-elle fondée, permettait à la société Spenle non pas de rompre le contrat conclu avec la société Donnay mais seulement d'en suspendre l'exécution en distribuant provisoirement en Belgique, par elle-même ou par un tiers, les produits concédés »⁶⁰⁶.

293. Selon un commentateur de l'arrêt, le concessionnaire peut organiser provisoirement la distribution de ses produits, lui-même ou à travers un tiers, « dont on peut penser qu'il ne saurait être qu'un salarié ou un mandataire. Lui demeure donc uniquement l'interdit irréversible, c'est-à-dire le fait de confier la distribution exclusive de ses produits à un autre concessionnaire »⁶⁰⁷. En effet, il n'y a pas d'exception d'inexécution lorsque le créancier rompt définitivement le lien contractuel. Il en va ainsi lorsqu'il contracte définitivement avec un tiers pour le même objet du contrat⁶⁰⁸. Mais à la réflexion, le choix du fournisseur de se charger lui-même ou de charger provisoirement un tiers de l'activité de distribution ne s'accorde pas aux nécessités pratiques de la distribution. D'une part, le fournisseur a recours à des tiers précisément parce qu'il a décidé de se concentrer sur l'activité de fabrication ou conception d'un bien ou d'un service et d'exclure de son activité la commercialisation. D'autre part, il a été justement affirmé qu'« en matière de concession exclusive, le choix du nouvel agent exclusif, dans le cas d'une défaillance de l'actuel agent, ne peut être subordonné au prononcé de la résolution judiciaire sans causer un grave préjudice commercial au concédant »⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Cass. com., 1^{er} déc. 1992, n° 91-10.930 : *RTD civ.* 1993, p. 578, n° 3, obs. J. Mestre. Cet arrêt constitue un point d'évolution de la Cour de cassation française. En effet, dans un arrêt du 15 janvier 1973, la Chambre commerciale avait affirmé que la faculté du concédant d'opposer l'exception *non adimpleti contractus* « l'autorisait seulement dans cette hypothèse à ne pas exécuter son obligation de respecter l'exclusivité et donc à vendre elle-même dans le secteur concédé jusqu'à ce que Marseille Marine [le concessionnaire] respecte sa propre obligation de payer les lettres de change, mais non à choisir, dès le début de l'année 1968 un autre agent exclusif sans avoir, au préalable, fait prononcer la résolution judiciaire des conventions » (Cass. com., 15 janv. 1973, n° 71-12.279 : *D.* 1973, p. 473, obs. J. Ghestin).

⁶⁰⁷ J. Mestre, *RTD civ.* 1993, p. 578, n° 3.

⁶⁰⁸ W. Dross, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p. 1, note de bas de page n° 5.

⁶⁰⁹ C. Maleck, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 112, p. 109.

2. L'inadéquation du principe de résolution judiciaire aux contrats de distribution

294. En dehors d'un simple objectif d'efficacité économique, trois raisons nous conduisent à affirmer l'inadaptation du principe de la résolution judiciaire à la nature des contrats de distribution en cas d'inexécution de l'une des parties.

295. Tout d'abord, nous avons déjà relevé à plusieurs reprises que les contrats de distribution nécessitent d'importants investissements pour leur exécution. Pour le fournisseur, il n'est ni utile ni opportun de nommer un distributeur à titre provisoire. Par exemple, en matière de franchise, des investissements en matière de locaux, meubles ou machines sont requis ; est également nécessaire du temps pour la formation des salariés du franchisé et la mise au point de l'application du savoir-faire. Le franchiseur réalise ces actes en envisageant la longue durée du contrat. À n'en pas douter, un contrat provisoire conclu avec un tiers ne justifie pas ces investissements en temps et en argent. De plus, tout distributeur aspire légitimement à la stabilité du contrat de distribution. Il est par conséquent difficilement envisageable qu'un distributeur s'engage à investir un capital et à destiner son entreprise pour la commercialisation des produits d'un fournisseur en sachant que le contrat a un caractère provisoire pour ce dernier, qui attend la décision du juge concernant la résolution du contrat conclu avec le distributeur assigné sur le marché concerné.

296. Ensuite, l'exception d'inexécution est classiquement conçue comme un mécanisme comminatoire qui a pour objectif d'inciter l'autre partie à s'exécuter⁶¹⁰. Cependant, le contractant déçu qui a demandé au juge la résolution du contrat, à la suite d'une inexécution de son cocontractant, n'a plus d'intérêt à la poursuite du contrat. Ainsi qu'il l'a été observé, l'exception d'inexécution se rapproche de la résolution unilatérale « lorsque l'inexécution fautive de ses obligations par l'une des parties compromet irrémédiablement la poursuite des

⁶¹⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 692. C. Maleck, *L'exception d'inexécution*, *op. cit.*, n° 142, p. 136. L'auteur propose l'extension du rôle de l'exception d'inexécution, notamment le rôle d'une résolution unilatérale anticipée. Selon lui, l'exception d'inexécution « permet, selon les circonstances et la nature de l'inexécution, d'obtenir soit l'inexécution de l'obligation corrélative, soit une réduction proportionnelle des créances représentatives des obligations en présence ou, enfin, une résolution unilatérale même anticipative. L'exception possède une mise en œuvre duale : l'*excipiens* peut l'opposer de façon anticipative ou non. Dans le cas de l'exercice anticipé, l'exception est qualifiée d'exception d'inexécution active *anticipative*. Employé dans un but essentiellement didactique, l'adjectif anticipatif illustre davantage la notion d'action qui est désormais insufflée à l'exception. L'exception d'inexécution active anticipative jouera le jeu d'une résolution unilatérale anticipée ».

relations contractuelles »⁶¹¹. En d'autres termes, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution par le contractant qui demande ensuite la résolution judiciaire du contrat signifie fréquemment la rupture définitive de celui-ci. Certes, la suspension de l'exécution du contrat en vertu de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution et sa rupture sont des vicissitudes différentes, bien que la première soit le préalable de la seconde. Cependant, lorsqu'un contractant demande la résolution du contrat, le lien de confiance entre les parties se détériore, ce qui rend difficilement concevable la reprise de l'exécution du contrat à l'avenir. En effet, puisque les contrats de distribution ne sont pas des contrats impersonnels mais sont marqués par un important élément relationnel dans la mesure où les parties doivent collaborer harmonieusement au bon déroulement de l'opération économique, la suspension de l'exécution contractuelle ainsi que l'ouverture d'une procédure judiciaire perturbent inévitablement les relations entre les parties. Elles attendent la décision du juge, non pour savoir si le contrat va continuer mais si l'inexécution donnera lieu à la résolution du contrat et s'il y aura condamnation à des dommages-intérêts. En outre, lorsque plusieurs mois ou années s'écoulent avant une décision judiciaire, comme c'est couramment le cas en Colombie, cette situation de fait conduit à l'impossibilité de reprendre l'exécution du contrat dans le cas où le demandeur est débouté de sa demande en résolution du contrat.

297. En réalité, à de rares exceptions près, à la suite de la suspension de l'exécution du contrat de distribution, aucune des parties n'aspire à la continuation du contrat, peu importe le sens de la décision du juge. D'une part, le contractant qui a invoqué l'exception d'inexécution et a demandé la résolution du contrat souhaite que le juge avalise sa décision et mette fin au contrat de distribution. D'autre part, s'agissant du contractant auquel l'exception d'inexécution a été opposée, son objectif lorsqu'il conteste son bien-fondé n'est pas nécessairement la reprise des relations contractuelles mais, plus fréquemment, la reconnaissance de la responsabilité de son cocontractant et l'obtention de dommages-intérêts⁶¹². Cela nous conduit à affirmer, plus

⁶¹¹ J. Roche-Dahan, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255 et s., n° 11. *Adde*, n° 15 : « Dans une telle optique l'exception d'inexécution nous paraît être, au même titre que la résolution unilatérale, un moyen de rupture anticipée du contrat. Elle n'est pas un diminutif de la résolution judiciaire mais une entorse au principe suivant lequel seul le juge peut résoudre un contrat ». D'autres auteurs défendent la reconnaissance d'une « exception d'inexécution active anticipative » qui n'est autre chose qu'une résolution unilatérale soumise au contrôle *a posteriori* du juge. V. C. Maleck, *L'exception d'inexécution, op. cit.*, n° 104 et s.

⁶¹² J. Roche-Dahan, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255 et s., n° 16.

généralement, que dans les cas où la reprise de l'exécution du contrat n'est plus envisageable, même si le juge refuse la résolution du contrat, les parties doivent avoir le droit d'anticiper l'intervention judiciaire avant que l'écoulement du temps aggrave les conséquences de l'inexécution⁶¹³. Dans une telle hypothèse, l'importance de l'intervention du juge ne réside pas dans sa décision relative à la poursuite des relations contractuelles mais dans la qualification des comportements des contractants et la condamnation à des dommages-intérêts. Il n'est alors pas étonnant que dans beaucoup de cas, lorsque les juges considèrent que le comportement du contractant constitue une inexécution grave, ils ne s'attardent pas sur le comportement du contractant affecté par l'inexécution pour vérifier s'il n'a pas en réalité rompu de fait le contrat.

298. Au terme de cette analyse, il apparaît que, d'une part, le droit à invoquer l'exception d'inexécution ne protège pas suffisamment les intérêts de la partie créancière au contrat de distribution. Certes, elle lui permet de s'abstenir d'exécuter ses prestations, mais le point fondamental est celui de savoir comment le contractant peut protéger ses intérêts et continuer son activité à l'avenir. Ainsi, l'option pour le fournisseur de nommer provisoirement un tiers n'est notamment pas envisageable en pratique eu égard à la stabilité voulue par les distributeurs. D'autre part, il s'avère plus opportun, dans le cas d'une inexécution grave des obligations, qu'il puisse mettre fin unilatéralement au contrat et que sa décision soit soumise au contrôle du juge. Aucune chance de poursuivre les relations à l'avenir n'existant, l'importance du jugement de ce dernier réside dans le contrôle de la légitimité de la décision prise par la contractant affecté par l'inexécution⁶¹⁴. Le maintien théorique du contrat pendant la procédure judiciaire n'a pas de vraie utilité.

299. Conclusion du Chapitre 2 du Titre I de la Première partie. Le droit commun des contrats n'est pas toujours apte à appréhender les spécificités des contrats de distribution. D'une part, a été constatée l'insuffisance du droit commun tenant à la fois à l'absence de contrôle d'un préavis contractuel trop court par rapport à la durée d'exécution effective du contrat, mais aussi à l'absence d'une exigence de préavis de cessation dans les contrats à durée déterminée. De même, s'agissant de la question des stocks invendus à la fin du contrat, l'application du droit commun qui donne comme réponse un refus catégorique à leur reprise n'est pas satisfaisant, en particulier lorsque le distributeur est lié par des clauses qui restreignent sa liberté de décision

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ *Ibid.*, n° 17.

concernant l'écoulement des stocks durant la période antérieure à la cessation du contrat. D'autre part, le rôle assigné au juge par le droit commun des contrats n'est pas toujours adapté aux caractères des contrats de distribution. Il en va ainsi du pouvoir de réadaptation du contrat attribué au juge en cas d'imprévision dans la mesure où, si les parties elles-mêmes ne sont pas parvenues à renégocier le contrat en vue de son maintien, le juge peut difficilement l'ajuster en vue de son maintien durable. S'agissant de la résolution judiciaire du contrat pour inexécution, la survie du contrat pendant la procédure judiciaire ne semble pas toujours adaptée, car la relation de confiance tissée entre les parties est compromise du fait du déclenchement d'une action en résolution et la reprise des relations en cas de refus de la résolution est difficilement concevable. Enfin, nous avons constaté l'existence de règles spéciales dans les régimes des contrats d'agence commerciale et de fourniture qui dérogent à ce principe en permettant la résolution unilatérale pour inexécution. Ce contraste soulève une interrogation sur le point de savoir si l'exception devrait devenir le principe en matière de contrats de distribution.

300. Conclusion du Titre I de la Première partie. L'existence de régimes différents concernant la cessation des contrats de distribution trouve son origine dans une action contrastée du législateur en la matière. D'une part, ce dernier a établi des règles protectrices en faveur du seul agent commercial qui se matérialisent par la restriction du droit de résiliation unilatérale du mandant et de la liberté de choix de la loi applicable en matière d'agence commerciale, ainsi que par l'attribution d'un droit de rétention et d'une indemnité de clientèle à l'agent commercial. D'autre part, le législateur ne s'est pas intéressé aux autres contrats de distribution, tels que les contrats de concession et de franchise, où le libre cours de la volonté des parties est privilégié dans le cadre de l'application du droit commun des contrats. Ces différences nous semblent contestables. La distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui ne suffit pas à les justifier. Outre ces disparités de régime, a été constatée l'inaptitude du droit commun des contrats à appréhender les particularités des contrats de distribution à plusieurs titres. Il se révèle notamment inadapté à permettre une protection contre une brusque rupture contractuelle. Il en va de même quant au refus catégorique d'une obligation de reprise des stocks invendus à la charge du fournisseur à la fin du contrat, qui ne tient pas compte de l'application de clauses qui peuvent restreindre la liberté du distributeur de décider le rythme d'écoulement des stocks durant la période antérieure à la cessation. S'agissant du rôle du juge, les règles du droit commun des contrats peuvent être discutées à plusieurs égards. D'une part, la hiérarchie des remèdes consacrée par le droit

commun pour traiter l'imprévision semble contestable tant elle accorde un rôle prépondérant au juge pour adapter ou mettre fin au contrat. Or, la fixation de l'équilibre du contrat par le juge ne semble pas de nature à assurer son maintien durable. D'autre part, l'application du binôme résolution judiciaire-exception d'inexécution montre ses limites à l'égard de ces contrats dans la mesure où la suspension de l'exécution du contrat pendant la procédure judiciaire ne permet pas au contractant déçu de bénéficier d'une protection adéquate de ses intérêts par la recherche d'une solution de remplacement définitive. En toute hypothèse, l'action en résolution compromet le lien de confiance que sous-tend ces contrats et la reprise de l'exécution du contrat est par conséquent difficilement concevable. Cela étant, l'admission de la résolution unilatérale pour inexécution à l'égard des contrats d'agence commerciale et de fourniture semble une piste à suivre. Une solution plus générale doit cependant être considérée afin de résoudre toutes les difficultés relevées.

TITRE II

UN RÉGIME COMMUN ADAPTÉ À INSTAURER

301. Le bilan du droit positif à l'égard de la cessation des contrats de distribution s'est révélé discutable. Les différences de régimes constatées et l'inadaptation de certaines règles du droit commun des contrats rendent nécessaire la recherche d'une voie susceptible de pallier ces défauts. L'établissement d'un régime commun spécial régissant la cessation des contrats de distribution est envisageable. Il permet de remédier au traitement différencié injustifié de ces contrats ainsi que de tenir compte de leurs spécificités lorsque le droit commun n'est pas apte à le faire. Il conviendra, tout d'abord, d'expliquer les raisons justifiant ce régime commun qui doit être de nature à saisir la diversité des contrats de distribution objets de notre étude : les contrats d'agence commerciale, de concession et de franchise ; ainsi que les autres figures de la distribution spécialisée créées par la pratique. Pour ce faire, il sera en premier lieu nécessaire de mettre en lumière la fonction commune à ces contrats, à travers l'étude de la notion de prestation caractéristique, avant de déterminer leurs traits structurels communs, en particulier la façon dont ils lient les intérêts et les pouvoirs des parties (Chapitre 1). Puis, il s'agira d'envisager les moyens de l'introduction de ce régime commun spécial en droit positif. À cet égard, il sera notamment important de tenir compte des caractères de ces contrats portant sur les aspects relatifs à leur cessation. De même, il sera nécessaire de déterminer les valeurs ou principes qui sous-tendent ce régime, ainsi que son champ d'application et ses composantes (Chapitre 2).

Chapitre 1

Les fondements d'un régime commun

302. Au sein de la catégorie des contrats de distribution, il est possible de discerner une myriade de contrats qui accomplissent, de manière plus ou moins intense, une fonction de diffusion et de mise sur le marché des produits du fournisseur⁶¹⁵. Constatant la diversité des combinaisons permettant en pratique d'assurer une diffusion des produits en masse, un auteur a pu constater que « ces opérations présentent une caractéristique constante, l'exploitation d'une clientèle en commun, qui offre à la jurisprudence l'occasion d'unifier la protection à laquelle les différents créateurs peuvent légitimement prétendre »⁶¹⁶. Il est ainsi possible de discerner une fonction économique commune à ces contrats, qui peut être appréhendée à travers la notion de prestation caractéristique étudiée par la doctrine française de droit international privé. L'unité des prestations caractéristiques joue un rôle fédérateur qui permet de justifier l'instauration d'un régime commun de la cessation des contrats de distribution (Section 1). Il reste que l'identification d'une unité fonctionnelle ne suffit pas à notre démonstration, dans la mesure où cette fonction peut être réalisée en utilisant des techniques contractuelles diverses. Fournisseurs et distributeurs peuvent effectivement donner naissance à un groupement d'entreprises⁶¹⁷ par la création d'une société commerciale ou d'une joint-venture de distribution non sociétaire⁶¹⁸. Les contrats qui font précisément l'objet de notre étude sont ceux par lesquels un fournisseur conclut un contrat avec un commerçant qui, agissant pour son propre compte ou

⁶¹⁵ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., 2017, LexisNexis, n° 61, p. 40. En droit français, les auteurs affirment que « la grande diversité des formules contractuelles et surtout de leur régime en matière de distribution rend discutable l'affirmation d'une théorie générale des contrats de distribution qui se distingueraient par là des autres contrats ».

⁶¹⁶ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, n° 34, p. 105.

⁶¹⁷ V. à cet égard, Cl. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD com.*, 1967, p. 1003 et s. J. Paillusseau, « Les groupes de sociétés », *RTD com.*, 1972, p. 813 et s. V. égal, G. Parleani, « La sécurité des réseaux de distribution et la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2017, hors-série, p. 74 et s. L'auteur distingue entre les réseaux sociétaires et les réseaux contractuels.

⁶¹⁸ Rapp. Ph. Le Tourneau, « Ouverture », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 153 : « Les réseaux sont le signe d'une époque qui est passée d'une économie indépendante à une économie contractuelle. Une bonne partie de l'activité économique de distribution est assurée par eux c'est-à-dire par des ensembles contractuels. Dès lors, il apparaît clairement que les alliances et les groupements d'entreprises ne supposent pas nécessairement l'utilisation du Droit des sociétés. Les techniques du Droit commun remplissent très bien cet office ».

pour le compte du fournisseur, commercialise des produits sur un marché⁶¹⁹. Il apparaît dès lors essentiel d'identifier les caractères communs aux structures juridiques des contrats de distribution spécialisée analysés dans le cadre de notre étude, spécifiquement les rapports entre les éléments contenus dans ces contrats qui permettent l'accomplissement des prestations caractéristiques identifiées. En effet, les rapports qui se tissent entre les intérêts et pouvoirs des parties dans ces contrats, ainsi que les limites communes à l'intérieur desquelles se situent ces rapports, constituent également un fondement de ce régime commun de cessation des contrats de distribution (Section 2).

Section 1 : L'unité des prestations caractéristiques

303. Un régime commun de cessation ne se justifie que par l'existence d'un critère fédérateur, c'est-à-dire par un élément qui permet de rassembler les contrats de distribution pour lesquels les régimes de cessation se sont révélés contestables⁶²⁰. Pour déterminer ce critère fédérateur, à l'instar de la doctrine française, relevons que le contrat, conçu comme un accord de volontés producteur d'obligations, est devenu un instrument au service des intérêts privés et, plus récemment, un instrument doté de fonctions économiques⁶²¹. Plus concrètement, au cours du XX^e siècle, les regards se sont portés sur la finalité de l'opération envisagée par le contrat. Comme il l'a été constaté, « à l'heure actuelle les catégories prennent leur sens dans les résultats, dans les prestations objectives que leurs éléments (les contrats entrant dans lesdites catégories) permettent de réaliser, dans les prestations objectives qu'ils procurent aux parties »⁶²². Le contrat est, dès lors, pensé comme un processus finalisé qui dépasse la seule production d'obligations. Naturellement, la fonction économique concrète envisagée par les parties imprègne les éléments composant le contrat, notamment sa cause et son objet⁶²³. Cependant, tous les éléments du contrat ne sont pas concernés de la même manière.

⁶¹⁹ J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 1039, p. 585. Concernant le fournisseur qui met en place un réseau de distribution, les auteurs distinguent l'intégration structurelle lorsque l'organisation du fabricant est composée de succursales ou de filiales et l'intégration contractuelle lorsque le fabricant fait appel aux services de commerçants indépendants qui achètent pour revendre. Les auteurs restreignent cette dernière catégorie aux distributeurs qui acquièrent la propriété des produits. Cependant, le réseau de distribution fondé sur des contrats d'agence commerciale devrait être pris en compte dans cette catégorie d'intégration contractuelle.

⁶²⁰ Première partie, Titre I.

⁶²¹ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique*, n° 121 et s. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. Muriel Fabre-Magnan, LGDJ, n° 311 et s.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Sur les divers critères qui permettent de regrouper les différents contrats spéciaux, v. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015, p. 31, n° 25.

304. Si la notion d'objet du contrat doit être ici écartée⁶²⁴, en revanche, l'examen de la notion de cause peut se révéler utile⁶²⁵. À cet égard, l'article 1524, 1^{er} et 2^e alinéas, C. civ. col. dispose qu'« *Il ne peut pas y avoir d'obligation sans cause réelle et licite ; mais il n'est pas nécessaire de l'exprimer. La pure libéralité ou bienfaisance est une cause suffisante. On comprend par cause le motif qui induit [la conclusion de] l'acte ou du contrat ; et par cause illicite celle interdite par la loi, ou celle qui est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». À une époque, la Cour de cassation colombienne avait semblé admettre la conception classique objective de la cause l'envisageant comme un instrument de justice commutative qui impose l'équivalence dans les transactions⁶²⁶. Cependant, elle a récemment affirmé que la cause ne

⁶²⁴ L'objet est une notion polysémique. Le Code civil colombien se sert de cette notion de trois manières différentes. Tout d'abord, l'article 1517 C. civ. col. désigne l'objet de la déclaration de volonté, qui peut être de donner, faire ou ne pas faire. Il indique ainsi l'objet de la prestation. Ensuite, l'article 1518 C. civ. col. énonce que les choses futures peuvent être l'objet d'une déclaration de volonté. Il s'agit de l'objet de la prestation : la chose ou les services fournis. Enfin, l'article 1523 C. civ. col. prévoit que le contrat prohibé par la loi a un objet illicite. Il s'agit, dans cette dernière acception, de l'objet du contrat. Cette notion permet de considérer l'opération contractuelle dans sa globalité, au-delà des prestations à la charge de chacune des parties. Mais la difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas de conception unitaire de l'objet du contrat (V. G. Ospina Fernández et E. Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd., Temis, 2014, n° 276, p. 238). En droit français, la doctrine a identifié l'objet du contrat à l'obligation principale, fondamentale ou essentielle de celui-ci (V. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II., LGDJ, 1957, p. 99, n° 241). Des auteurs plus contemporains rejettent la réduction de l'objet du contrat à l'objet de l'une des obligations du contrat. On peut distinguer plus récemment deux conceptions. Pour certains auteurs, selon une approche que l'on pourrait dénommer « statique », l'objet du contrat désigne « l'ensemble des éléments relatifs à la constitution et à l'exécution du contrat et qui concourent tous, chacun pour leur part, à la réalisation de l'acte envisagé par les parties » (H. Mayer, *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968, p. 170. Rapp. G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Objet » : « b/En un sens technique, l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est désigné à naître à faire naître (en ce sens, la vente a pour objet de transférer la propriété d'un bien moyennant le paiement du prix convenu, le bail de conférer l'usage d'un bien moyennant le versement d'un loyer) ». D'autres auteurs, selon une approche téléologique, désignent par objet du contrat le but poursuivi par l'ensemble des obligations qui fait naître le contrat. Il désigne ainsi « l'opération juridique voulue par les parties, la finalité immédiate sur laquelle elles s'accordent, l'effet global du contrat » A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. Muriel Fabre-Magnan, LGDJ, n° 502, p. 285. Pour l'auteur, les objets possibles du contrat sont l'échange, la fourniture de prestations ou une opération procédant de l'association de prestations. Comp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 302. Pour dresser une typologie de l'objet du contrat, les auteurs mettent l'accent sur l'agencement des obligations auxquelles donne naissance le contrat selon l'opération qu'il réalise : contrat-échange, contrat d'intérêt commun (ou coopération) et contrat-organisation.

⁶²⁵ En droit français, après l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le Code civil n'exige plus la cause comme condition de validité du contrat mais fait désormais référence au contenu licite et certain du contrat (art. 1128 C. civ. fr.). Si le terme a disparu, les fonctions de la cause sont cependant maintenues (V., p. ex., N. Rontchevsky, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, n° 10, p. 112).

⁶²⁶ CSJ, chambre civile, 7 oct. 1938, M. R. Furgencio Lequerica : « Dans le droit moderne, la notion de cause a cessé d'être abstraite et inopérante pour devenir un instrument qui impose l'équivalence dans les transactions, comme l'expression de la justice commutative ».

s'identifie pas à la contreprestation mais qu'elle est « l'intérêt concret qui pousse les parties à conclure l'acte juridique »⁶²⁷. La cause ne désigne pas non plus des mobiles subjectifs propres à chacune des parties. En effet, la Cour a utilisé la notion de cause pour établir l'interdépendance des contrats en indiquant qu'il s'agit d'une notion objective⁶²⁸. En réalité, la Cour de cassation colombienne s'est inspirée de la notion de cause concrète du droit italien⁶²⁹. La doctrine italienne précise que la cause concrète désigne la raison ou l'intérêt concret poursuivi par les parties⁶³⁰. Cette conception de la cause a également été étudiée en droit français, en particulier par Mme Rochfeld dans sa thèse de doctorat. Elle y indique que la cause est « l'intérêt raisonnable que poursuit chaque partie au contrat, et qui permet de rendre ce dernier intelligible pour l'ensemble de la collectivité »⁶³¹. La cause du contrat serait par conséquent « la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble ou encore l'opération à réaliser »⁶³². Par opposition à la cause concrète, le droit italien identifie la notion de « *causa astratta* », qualifiée de « cause-fonction » par Mme Rochfeld. L'auteur observe ainsi que « la cause typique conduit donc à l'émergence d'une cause-fonction, c'est-à-dire d'une cause, finalité du contrat, assignant une fonction à l'entité contractuelle. Son apport réside alors dans la prise en compte de la réception sociale d'un contrat, c'est-à-dire de sa compréhension par chacun des partenaires »⁶³³. La cause-fonction constitue dès lors une prolongation de la cause concrète en ce qu'elle reconnaît une fonction typique à chaque type de contrat.

⁶²⁷ CSJ, chambre civile, 2 janv. 2006, n° 1 994-13368 : (...), es útil memorar que en el derecho patrio toda obligación surgida de un contrato bilateral, debe tener una causa real y lícita, que según la doctrina mayoritaria se vislumbra en el interés concreto que impulsa a cada una de las partes a celebrar el respectivo negocio jurídico, sin identificarse con la contraprestación, como inicialmente lo sostuvo la escuela clásica ».

⁶²⁸ CSJ, chambre civile, 15 nov. 2017, M.R. Álvaro Fernando García, SC18476-2017.

⁶²⁹ La Cour de cassation colombienne cite, dans sa jurisprudence, des auteurs italiens dont les livres ont été traduits en espagnol, tels que Luigi Cariota Ferrara ou Massimo Bianca. V. CSJ, chambre civile, 15 nov. 2017, M.R. Álvaro Fernando García, SC18476-2017.

⁶³⁰ M. Bianca, *Derecho civil, El contrato*, (trad. F. Hinestrosa et E. Cortés), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 474. En jurisprudence, la Cour de cassation italienne a reconnu: « la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare ». (Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza no. 4628 del 6 marzo 2015).

⁶³¹ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 127, p. 122.

⁶³² *Ibid.*, n° 504, p. 458.

⁶³³ *Ibid.*, n° 519, p. 467. *Adde, ibid.* : « Cette idée est très présente dans la doctrine italienne qui, défendant l'idée de cause du contrat, emploie pour la désigner les expressions de « but juridico-économique, de "fin économique-juridique" ou encore de "fonction économique-sociale" du contrat ».

305. Ces analyses se recoupent partiellement avec l'étude de la notion de prestation en droit international privé à travers l'analyse de la notion de prestation caractéristique. Mme Ancel distingue à cet égard, d'une part, la prestation subjective, qui vise l'activité du débiteur en vue d'attendre le résultat promis et, d'autre part, la prestation objective, c'est-à-dire le résultat concret attendu par le créancier qui est la conséquence de l'activité du débiteur. Selon l'auteur, « la prestation objective, rapportée directement au contrat, confère à celui-ci un objet propre, qui n'est pas de produire exclusivement des obligations mais, plus largement, de modifier, par l'intermédiaire ou non d'obligations, la réalité telle que le droit l'appréhende »⁶³⁴. La prestation objective désigne avant tout le résultat attendu du contrat⁶³⁵.

306. Même s'il s'agit de notions doctrinales méconnues du droit colombien, la cause-fonction⁶³⁶ et la prestation caractéristique⁶³⁷ permettent d'élaborer des catégories de contrats à partir de la considération de la fonction typique de ceux-ci, en pratique. Comme le reconnaît Mme Ancel, la fonction économique du contrat en est le critère cardinal⁶³⁸. Prenant en considération la fonction typique des contrats de distribution, il sera possible d'évoquer l'unité de la cause-fonction de ces contrats au sens dégagé par Mme Rochfeld. Il s'agit, précisément, de considérer les intérêts typiques ou caractéristiques des parties aux contrats de distribution⁶³⁹. Cependant, afin d'identifier ces intérêts typiques, il nous semble préférable d'utiliser la notion de prestation objective présentée par Mme Ancel, car elle met l'accent sur les résultats concrets que l'exécution du contrat permet d'obtenir⁶⁴⁰. Elle est en outre une prestation caractéristique

⁶³⁴ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2002, n° 151, p. 105.

⁶³⁵ *Ibid.*, n° 195, p. 143.

⁶³⁶ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, *op. cit.*, n° 525, p. 475 : « Dès qu'une nouvelle finalité contractuelle émerge et se cristallise, c'est-à-dire que la cause du contrat, devenue typique, est socialement reconnue et laisse apparaître sa fonction, un nouveau type contractuel s'impose et doit être reconnu ».

⁶³⁷ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2002, n° 195, p. 143 : « L'idée qui se dégage alors de cette évolution du droit positif est la suivante : les catégories contractuelles se construisent en considération de résultats sociaux, économiques, plus ou moins précisément définis par le droit objectif, selon ce que requiert l'intérêt général (dans lequel est parfois intégré l'intérêt d'une partie) ». *Adde, ibid.*, n° 144, p. 100 : « un régime spécial est le plus souvent déterminé par la considération du résultat qui doit être atteint par les contrats qui relèvent de la catégorie concernée ».

⁶³⁸ *Ibid.*, n° 149, p. 104.

⁶³⁹ V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 364.

⁶⁴⁰ Il serait possible de parler d'une unité fonctionnelle en ce sens que les contrats de distribution ici examinés constituent des instruments qui permettent d'atteindre la même finalité. Il existerait donc une unité fonctionnelle en ce sens qu'ils accomplissent le même rôle, la même fonction, qu'ils permettent de parvenir au même résultat. Une approche fonctionnelle met donc l'accent sur la qualité de moyen pour obtenir une finalité et non pas sur la finalité en elle-même. Sur la distinction entre finalité et fonction, v.

en ce qu'elle permet de distinguer une catégorie de contrats par rapport à d'autres. Cela étant, l'identification des prestations caractéristiques des contrats de distribution permet en même temps de saisir l'unité de la cause-fonction de ces contrats. Ces prestations jouent ainsi le rôle d'élément fédérateur de la catégorie des contrats de distribution (§1). Naturellement, tous les contrats ne sont pas identiques ; leurs prestations caractéristiques peuvent être accomplies par la voie de différentes modalités. L'existence de modalités distinctes n'infirme pas l'unité de cette catégorie tant qu'elles ne constituent que des manières d'exécuter les mêmes prestations caractéristiques (§2).

§1. La dualité des prestations caractéristiques

307. La notion de prestation objective est utile dans la mesure où elle permet de ne pas se concentrer sur une obligation en particulier, qui absorberait l'utilité économique du contrat selon l'expression connue de Ripert et Boulanger⁶⁴¹, mais d'identifier directement la ou les finalités attendues du contrat. S'agissant des contrats complexes qui rassemblent des prestations de diverses natures, l'identification de leur finalité requiert la considération de la fonction économique envisagée par les parties⁶⁴². La finalité est en quelque sorte extérieure au contenu obligationnel du contrat, dans la mesure où elle ne peut être identifiée à une obligation en particulier⁶⁴³. Dans le cas des contrats de distribution, l'activité du distributeur a une fonction prééminente dans la mesure où elle permet d'atteindre ces finalités⁶⁴⁴. Les contrats de distribution visent tout d'abord une prestation immédiate, à savoir la diffusion stable des produits du distributeur sur un marché (A). La stabilité de cette activité de diffusion conduit à la création d'un flux de clientèle au profit des deux parties pendant l'exécution du contrat (B). Le développement de ce courant d'affaires constitue, en conséquence, une prestation médiate des contrats de distribution. Ces deux prestations ne peuvent être réduites à de simples

M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, LGDJ, 2013, n° 416 et s.

⁶⁴¹ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II., LGDJ, 1957, p. 99, n° 241.

⁶⁴² Dans les contrats typiques « simples », la finalité ou l'utilité juridique peut ainsi être identifiée à une prestation particulière du contrat : transfert de propriété, fourniture d'un service, jouissance d'un bien.

⁶⁴³ La prestation caractéristique ne correspond pas nécessairement à l'objet du contrat. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. Muriel Fabre-Magnan, LGDJ, n° 608, p. 352 : « Tous les contrats ne sont pas dotés de prestation caractéristique, ils ont tous cependant un objet. La prestation caractéristique est nécessairement unique, l'objet du contrat, pour sa part, peut contenir plusieurs prestations ».

⁶⁴⁴ Rapp. M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 186 et s. L'auteur démontre qu'en droit français, le régime des contrats de distribution a été bâti sur la prééminence de la prestation du distributeur.

obligations. Bien au contraire, parce qu'elles expriment la fonction ou la finalité des contrats de distribution, elles sont le résultat de l'exécution de l'ensemble des obligations contenues dans ceux-ci.

A. La prestation immédiate : la diffusion stable de produits

308. Diffusion, commercialisation et promotion sont des termes utilisés pour désigner l'activité du distributeur consistant en la présentation d'un produit sur le marché⁶⁴⁵. La prospection fait directement allusion, de son côté, à la recherche de clients éventuels⁶⁴⁶. Si ces termes sont utilisés la plupart du temps comme des synonymes, chacun d'entre eux revêt une acception différente et singulière qui met en relief l'une des composantes de l'activité du distributeur. La commercialisation désigne l'action de mettre un produit sur un marché⁶⁴⁷. La diffusion fait référence, plus directement, au fait de répandre ou de distribuer un produit auprès un large public⁶⁴⁸. Pour sa part, la promotion fait allusion à l'action de favoriser, d'inciter ou d'animer le succès d'un produit sur un marché⁶⁴⁹.

309. À la différence de la commercialisation et de la diffusion, la promotion dénote un sens actif de l'activité du distributeur, car, outre la mise d'un produit sur un marché, elle implique plus largement une activité de stimulation des ventes de produits. Précisément, la définition du contrat d'agence commerciale en droit colombien gravite autour de l'activité de promotion des produits du fournisseur⁶⁵⁰. La promotion désigne donc une diffusion active des produits du producteur. Or, l'intensité de l'activité de diffusion d'un distributeur varie puisqu'elle dépend des clauses contenues dans les contrats, particulièrement celles qui marquent une spécialisation plus ou moins forte dans la distribution des produits du fournisseur. Si nous utilisons indifféremment ici les termes de commercialisation, promotion et diffusion, ce dernier semble toutefois le plus adéquat en langue française pour décrire l'activité de distribution. La diffusion

⁶⁴⁵ Ils sont utilisés également en marketing. V. à cet égard, N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 7, p. 15 : « Les différentes manières dont une richesse peut circuler entre son producteur et son consommateur donnent lieu à de multiples distinctions empruntées aux sciences économiques. Un juriste ne peut toutefois s'y référer qu'avec prudence : certaines se coulent mal dans son propre vocabulaire. Ici plus qu'ailleurs, la babélisation guette ».

⁶⁴⁶ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2017.

⁶⁴⁷ *Le Petit Larousse*, Éditions Larousse, 2017.

⁶⁴⁸ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2017.

⁶⁴⁹ *Ibid.* Traduction de l'anglais *sales promotion*, le mot promotion en français fait également référence au développement des ventes par des moyens publicitaires, mais cet emploi est critiqué.

⁶⁵⁰ C. com. col., art. 1317.

des produits du fournisseur est une prestation commune à tous les contrats de distribution (1). Elle est également une prestation prépondérante qui permet d'exclure les qualifications inadéquates données aux contrats de distribution (2).

1. Une prestation commune

310. Envisagées isolément, la vente pour le compte d'autrui et la revente pour compte propre constituent des opérations élémentaires de distribution⁶⁵¹. Les contrats de distribution ne se réduisent pas à des contrats d'intermédiation ou à des contrats de vente. Le distributeur agissant pour son propre compte et le distributeur agissant pour le compte d'autrui réalisent une activité de diffusion stable des produits du fournisseur. La question se pose alors de savoir si l'action du distributeur pour son propre compte ou son action pour le compte d'autrui conduisent à une distinction de nature quant à l'activité de diffusion des produits. La jurisprudence colombienne y apporte une réponse positive. Au contraire, nous soutenons que l'activité de diffusion des produits constitue un élément apte à rassembler les différentes modalités de distribution. La différence ne peut donc être de nature (a). L'intensité variable de l'exécution de cette prestation démontre néanmoins la diversité de degrés de spécialisation du distributeur dans le cadre de son activité de diffusion de produits (b).

a. L'indifférence du statut du distributeur, pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur

311. En se fondant sur la distinction entre le distributeur qui agit pour son propre compte et le distributeur qui agit pour le compte d'autrui, la Cour de cassation colombienne a parfois établi une différence de nature de l'activité de diffusion réalisée par chacun d'eux. Elle a ainsi affirmé que le distributeur qui agit pour le compte d'autrui exécute l'activité de promotion au profit du fournisseur, même s'il en tire indirectement profit, alors que le distributeur agissant pour son propre compte réalise l'activité de promotion dans son intérêt, même si le fournisseur en tire indirectement profit⁶⁵². D'après la Cour, le distributeur qui achète les produits du fournisseur ne peut réaliser cette activité de promotion que dans son propre intérêt, ce qui marque une différence de nature par rapport à l'activité du distributeur qui agit pour le compte d'autrui. Cette différence justifierait notamment l'attribution d'une compensation de clientèle

⁶⁵¹ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 302 et s.

⁶⁵² CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701. Plus récemment, Chambre civile, 18 avr. 2018, M.R. Luis Armando Tolosa, n° SC1121-2018.

au seul agent commercial. Un raisonnement semblable se retrouve dans la doctrine française. Un auteur indique ainsi que « Là où le représentant de commerce exerce avant tout une activité de prospection, le distributeur achète pour revendre à son compte. Certes, dans les deux cas, l'activité contribue au développement de la clientèle du fournisseur. Mais pour le représentant de commerce, il s'agit de l'objet même de son activité, tandis que pour le distributeur, il ne s'agit que d'une conséquence - certes espérée, mais indirecte --d'une activité qu'il développe pour son propre compte »⁶⁵³.

312. En réalité, cette différence de nature affirmée par la Cour de cassation ne s'explique que parce que le législateur a fait de l'activité de promotion l'élément essentiel de la définition légale de l'agence commerciale⁶⁵⁴. Plus substantiellement, le raisonnement de la Cour de cassation colombienne semble faire fausse route dans la mesure où il est inversé : au lieu de passer au crible le fondement même de la distinction de régime entre l'agent commercial et les distributeurs qui agissent pour leur propre compte, il distingue l'activité de promotion réalisée par chacun d'eux pour justifier les différences de régime de cessation des contrats. En effet, même si le distributeur retire une utilité du contrat de façon différente selon qu'il agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, dans les deux cas les fournisseurs tirent profit de l'activité de promotion du distributeur qui vise toujours à conclure le plus grand nombre de ventes ou de reventes pendant l'exécution du contrat.

313. Cela étant, nous estimons que l'activité matérielle de diffusion des produits du fournisseur revêt la même nature, que le distributeur agisse pour son propre compte ou qu'il agisse pour le compte d'autrui. Loin de constituer une différence de nature, de notre point de vue cette activité constitue l'élément de rattachement qui permet d'affirmer que la distribution pour son propre compte et la distribution pour le compte du fournisseur ne constituent que des modalités du contrat de distribution. Cette unité permet d'envisager l'existence d'un régime

⁶⁵³ N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé, 6^e journées franco-allemandes* (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 189.

⁶⁵⁴ Pour rappel, l'article 1317 C. com. col. indique : « *Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable la charge de promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits. La personne qui a assumé cette obligation est génériquement dénommée agent* ».

commun de cessation des contrats de distribution, même si cette activité peut être réalisée selon divers degrés d'intensité.

b. L'intensité de la prestation selon le degré de spécialisation du distributeur

314. L'activité de diffusion réalisée par un distributeur en exécution d'un contrat de distribution n'est pas identique dans la mesure où il peut consacrer ses efforts avec plus ou moins d'intensité à la diffusion des produits du fournisseur. La différence ne tient donc pas au fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui mais au degré de spécialisation du distributeur dans la commercialisation des produits du fournisseur. Il est ainsi possible d'identifier divers degrés d'intensité de cette activité qui permettent de distinguer la distribution libre de la distribution spécialisée.

315. Même si les parties peuvent expressément stipuler l'obligation de diffuser les produits du fournisseur, cette obligation naît la plupart du temps d'une clause ou d'un ensemble de clauses du contrat. Il en va ainsi lorsque le distributeur pour le compte d'autrui ou pour compte propre est lié par une clause d'exclusivité. À titre d'exemple, dans un contrat de franchise impliquant la transmission d'un savoir-faire en vue de la réitération d'une méthode ou d'une technique commerciale réussie, le franchisé destine son entreprise à la commercialisation des biens ou des services conçus par le fournisseur. De même, dans le contrat de concession, les parties peuvent stipuler une double exclusivité en faveur de chacune des parties. En l'absence d'exclusivité, il se peut que le distributeur s'engage néanmoins à atteindre un objectif de vente (de chiffre d'affaires, de volume ou de taux de pénétration du marché) ou à passer des commandes pour des quantités minimales (clause de quota ou minima). Dans tous ces cas, le distributeur doit réaliser une activité de diffusion qui lui permet d'exécuter pleinement ses obligations. Ces clauses mettent en évidence l'intérêt du fournisseur à l'égard de l'activité du distributeur. En effet, celui-ci ne saurait adopter un comportement passif étant donné que l'inexécution de l'obligation de diffusion ou de promotion expressément stipulée ou l'inexécution des autres obligations qui fixent un objectif de vente peuvent donner lieu à la résolution du contrat à ses torts.

316. Il existe néanmoins d'autres modalités de distribution en vertu desquelles le distributeur réalise également une activité de diffusion des produits du fournisseur. Bien que le distributeur soit également lié par une relation stable et impose certaines conditions quant à la

commercialisation des produits, ce dernier jouit d'une liberté plus importante. Il en est ainsi de la distribution libre ou de la distribution agréée. Il s'agit de formes moins contraignantes de distribution dans lesquelles il n'existe ni exclusivité ni obligation d'achat, le distributeur pouvant en conséquence diffuser de manière stable les produits de plusieurs fournisseurs⁶⁵⁵. L'absence d'efforts soutenus de la part du distributeur dans la commercialisation des produits du fournisseur ne constitue pas, en elle-même, une inexécution du contrat.

317. L'importance du degré de spécialisation du distributeur agissant pour son propre compte ou pour le compte d'autrui réside dans le fait qu'au fur et à mesure que les distributeurs se spécialisent dans la distribution des produits d'un fournisseur, la restriction de leur autonomie juridique et leur dépendance économique sont plus importantes. Il peut en résulter la nécessité d'une protection. La difficulté de saisir ces différents degrés de spécialisation se manifeste au moment de définir le domaine des règles qui leur sont applicables. Différents critères sont alors utilisés, tels que l'existence d'un lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité⁶⁵⁶, la consécration de leurs compétences et efforts à mettre les produits du fournisseur sur le marché⁶⁵⁷, l'existence d'un objectif commun et des clauses qui limitent la liberté de l'activité du distributeur⁶⁵⁸, ou encore la destination de l'entreprise du distributeur à la commercialisation des produits du fournisseur⁶⁵⁹. Dans tous les cas, la diffusion est une prestation prépondérante dont la prise en compte sert à discerner la nature juridique de ces contrats.

2. Une prestation prépondérante

318. L'élément commun à tous les contrats de distribution est l'activité de diffusion ou de promotion des produits conçus par une autre entreprise sur un marché. Le législateur colombien a fondé la définition du contrat d'agence commerciale sur cette prestation matérielle, mais en dépit de cela il a inséré ce contrat dans le Titre du Code de commerce relatif au contrat de mandat. Cependant, l'obligation essentielle de l'agent commercial étant la réalisation de l'activité de promotion, sa qualification de contrat de mandat est critiquable (a). Lorsque le

⁶⁵⁵ V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, n° 842, p. 367.

⁶⁵⁶ C. com. fr., art. L330-3, anciennement art 1^{er} de la loi du 31 de décembre 1989, dite loi Doubin.

⁶⁵⁷ Projet Von Bar, art. 1: 101, projet de Code civil européen, élaboré par le groupe dirigé par le professeur Von Bar. V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 30.

⁶⁵⁸ C. com. fr., art. L341-1.

⁶⁵⁹ C. civ. arg., art. 1502 (définition du contrat de concession).

distributeur agit pour son propre compte, l'acquisition des produits du fournisseur n'a d'autre objectif que la diffusion de ces produits sur le marché. De ce fait, la qualification du contrat de vente ou de fourniture du contrat de distribution ne peut non plus être admise (b).

a. Le rejet de la qualification du contrat de mandat

319. Même si la définition du contrat d'agence commerciale ne le qualifie pas expressément de contrat de mandat, cette qualification peut être induite de son insertion dans le Chapitre V du Titre XIII du Code de commerce relatif au contrat de mandat. L'article 1262 C. com. col. dispose en effet que « le mandat commercial est un contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui ». La disposition met donc l'accent sur la conclusion d'actes de commerce pour le compte du mandant. En revanche, la pierre angulaire de la définition légale du contrat d'agence commerciale est l'activité stable de promotion des produits du fournisseur⁶⁶⁰. Elle est ainsi différente de celle contenue dans la Directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 qui, transposée dans la plupart des législations nationales européennes, met l'accent sur les activités de nature juridique réalisées par l'agent commercial : la négociation et la conclusion des contrats pour le compte du commettant⁶⁶¹.

320. Or, dès lors que l'activité prédominante de l'agent commercial est celle de diffuser les produits du fournisseur, l'approche retenue par la directive européenne semble inadéquate. En effet, la négociation et la conclusion d'opérations juridiques ne sont que le résultat de l'activité de promotion des produits du fournisseur sur un marché. En outre, la finalité médiate envisagée par les parties de créer un flux de clientèle à leur profit ne peut être atteinte que grâce à l'activité de promotion réalisée par l'agent commercial. En droit français, certains auteurs reconnaissent

⁶⁶⁰ Pour rappel, l'article 1317 C. com. col. indique: « *Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable la charge de promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits. La personne qui a assumé cette obligation est génériquement dénommée agent* ».

⁶⁶¹ Directive 86/653/CEE, art. 1^{er} : « 2. *Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée "commettant", soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant* ».

ainsi que la prospection d'une clientèle devrait constituer l'objet essentiel - au sens de nécessaire et suffisant - de l'activité de l'agent commercial⁶⁶².

321. De même, selon l'article 1322 C. com. col., lorsque le fournisseur conclut un contrat directement avec un client, qui doit être exécuté sur le territoire attribué à l'agent commercial, il doit lui payer une commission⁶⁶³. Cette disposition montre bien que l'obligation essentielle de l'agent commercial est la promotion des produits du fournisseur en vue de conduire à des ventes, indépendamment du fait que l'opération soit conclue par l'agent commercial ou par le fournisseur⁶⁶⁴. Ainsi, la rémunération de l'agent commercial n'est pas soumise à la conclusion de l'opération par ce dernier, mais celle-ci peut être conclue par le fournisseur.

322. Par ailleurs, la qualification de contrat de mandat masque l'élément de stabilité de l'agence commerciale, car, comme la définition du contrat de mandat l'indique, ce dernier vise la conclusion d'un ou plusieurs actes de commerce. Dès lors, l'objet du contrat s'épuise lorsque le mandataire a réalisé les actes de commerce indiqués par le mandant. En revanche, le contrat d'agence commerciale nécessite une certaine stabilité puisqu'il vise la conclusion du plus grand nombre d'opérations avec le plus grand nombre de clients afin de créer ou consolider, à terme, un flux de clientèle au profit des deux parties. De la même manière, les autres prestations qui peuvent composer un contrat d'agence commerciale (telles que l'utilisation de signes distinctifs, une assistance à l'activité de l'agent, voire la transmission d'un savoir-faire) gravitent toutes autour de l'activité de diffusion des produits du fournisseur⁶⁶⁵. Le même constat peut être posé lorsque le distributeur acquiert la propriété des produits.

⁶⁶² D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 193, p. 104.

⁶⁶³ C. com. col. article 1322 : « L'agent aura droit à sa rémunération même dans le cas où l'opération n'est pas effectuée pour des causes imputables à l'entrepreneur, ou lorsque ce dernier l'effectue directement et qu'elle doit être exécutée sur le territoire assigné à l'agent, ou lorsque cet entrepreneur se met d'accord avec l'autre partie afin de ne pas la conclure ».

⁶⁶⁴ En droit français, D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 193, p. 102 : « La qualification de mandat est discutée au profit de celle de contrat d'entreprise car dans la conception classique du mandat le mandant donne au mandataire pouvoir de l'engager par la conclusion d'actes juridiques, alors que dans l'agence commerciale, le mandant demande à l'agent de prospecter, c'est-à-dire de rechercher activement des clients, de négocier des ventes ou des prestations de services et « éventuellement » de l'engager ».

⁶⁶⁵ Le Code civil italien, qui a inspiré la définition du contrat d'agence commerciale en Colombie, ne qualifie pas le contrat d'agence commerciale de mandat.

b. L'exclusion de la qualification de contrat de vente ou de fourniture

323. Lorsque le distributeur agit pour le compte du fournisseur, un transfert de la propriété des produits est réalisé à travers un contrat de vente ou un contrat de fourniture. Le premier réflexe est d'adopter ces qualifications à l'égard du lien qui unit le distributeur et le fournisseur. Cependant, ces contrats ne constituent en réalité que des moyens d'accomplir la fonction de diffusion stable des produits du fournisseur.

324. Tout d'abord, les contrats réguliers de vente passés entre le distributeur et le fournisseur ne sont que le résultat de l'exécution d'un contrat-cadre de distribution. En d'autres termes, ce sont des contrats d'application. En ce sens, ils accomplissent un rôle instrumental au sens de permettre la diffusion des produits du fournisseur sur un marché. Comme cela a pu être observé, « [l]'achat pour revendre n'est que secondaire dans l'écoulement des produits ; le contrat d'application choisi a surtout pour effet de permettre au concédant de transférer les risques de l'opération dans la sphère patrimoniale du concessionnaire »⁶⁶⁶. Plus encore, l'objectif de la diffusion stable des produits n'entre pas dans le champ du contrat de vente. Un fournisseur ne saurait donc exiger d'un simple acheteur de réaliser une promotion de ses produits.

325. Ensuite, l'article 968 C. com. col. dispose que le contrat de fourniture est celui « par lequel une partie s'engage, en échange d'une contreprestation, à exécuter en faveur d'une autre, de façon indépendante, des prestations périodiques ou continuées de choses ou de services ». Le contrat de fourniture, en droit colombien, a été conçu comme un contrat visant la fourniture continue de choses en vue de leur consommation ou de leur transformation en d'autres biens et non pas leur revente⁶⁶⁷. Pour cette raison, l'obligation principale est celle du fournisseur de livrer des produits selon la quantité de produits convenus ou, à défaut de stipulation, selon les besoins du distributeur⁶⁶⁸. En dépit de cela, rien n'empêche leur utilisation en vue de la revente. Puisqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive qui crée un lien stable entre les contractants, le contrat de fourniture a des similitudes avec les contrats de distribution lorsque les parties ajoutent une obligation de promotion des biens⁶⁶⁹. Malgré cela, le contrat de fourniture « ne

⁶⁶⁶ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 103.

⁶⁶⁷ E. Rengifo, « El contrato de concesión comercial », in *Derecho de la distribución comercial, Homenaje a Hernán Vallejo Mejía*, El navegante editores, Bogotá, 1995, p. 99.

⁶⁶⁸ Art. 969. C. com. col.

⁶⁶⁹ Calqué sur le Code civil italien, le Code de commerce colombien consacrait déjà une esquisse du contrat de concession dans l'article 975 qui indiquait : « *Celui qui a droit à la fourniture, qui assume l'obligation de promouvoir, dans la zone qui lui est assignée, la vente des choses dont il a l'exclusivité, est responsable*

peut pas rendre compte de la concession dont la caractéristique principale réside dans les modalités de la revente des produits par l'acheteur »⁶⁷⁰. L'activité de diffusion n'est pas un élément accessoire aux contrats de distribution mais la prestation finale autour de laquelle gravitent les autres éléments du contrat. Ainsi, le transfert de la propriété des biens n'est réalisé que dans le but de leur commercialisation sous certaines conditions. De là s'ensuit que le contrat de fourniture ne peut imprimer sa nature au contrat de distribution.

326. Il reste que, puisque le distributeur exécute une activité matérielle suivant les directives plus ou moins strictes fixées par le fournisseur, la qualification de contrat de louage d'ouvrage est séduisante⁶⁷¹. En droit français, un auteur qualifie ainsi les contrats d'agence commerciale, de franchise et de concession de contrats de louage d'ouvrage. Il indique en ce sens que les distributeurs « se voient confier un marché avec pour obligation d'y diffuser les produits ou les services du chef du réseau : ils doivent pénétrer ou occuper le marché, le "surveiller", c'est-à-dire tâcher de mesurer son évolution »⁶⁷². En droit colombien, le contrat de louage d'ouvrage est prévu par l'article 1973 C. civ. col., aux termes duquel : « *Le louage est un contrat par lequel deux parties s'obligent réciproquement, l'une à permettre la jouissance d'une chose, ou à exécuter un ouvrage ou à fournir un service, et l'autre à payer un prix pour cette jouissance, cet ouvrage ou ce service* »⁶⁷³. Suivant cette définition légale, on ne saurait admettre que la

des dommages en cas d'inexécution de ses obligations, même s'il a exécuté le contrat à l'égard de la quantité minimale fixée ». Il a été dérogé à cet article par la loi 256 de 1996.

⁶⁷⁰ F. Bortolotti, « Le contrat de distribution en Italie », in *Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives*, Cah. dr. entr. 3/4, 1997, p. 26.

⁶⁷¹ La qualification de contrat de prestations de services doit être exclue. En droit colombien, le contrat de prestation de services est une catégorie plus économique que juridique dans la mesure où elle est une dénomination générique donnée à de nombreux contrats civils, commerciaux et administratifs, communément comprise comme le contrat par lequel une partie exécute un service en faveur de l'autre partie contre le paiement d'un prix et sans qu'il n'existe un lien de subordination juridique. Il n'existe pas de règles communes à ces contrats. En revanche, le droit français a reconnu la catégorie de fourniture de services en droit international privé communautaire (V. A. Bénabent, note sous Cass. civ. 1^{er}, 5 mars 2008, RDC 2008, p. 785). Postérieurement, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a mentionné le contrat de prestations de services dans les articles 1127-3 et 1165 C. civ. fr. Cette dernière disposition ayant trait à la fixation unilatérale du prix en cas de défaut d'accord des parties, l'existence d'un prix (prestation monétaire) est un élément essentiel des contrats de prestation de services. L'échange de services contre services semble en principe exclu de cette catégorie de contrats.

⁶⁷² V. F.-X. Licari, « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDC*, février 2007, p. 100.

⁶⁷³ Le Code civil consacre la distinction romaine entre *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* et *locatio conductio operis*. Le louage de services est régi par le Code du travail (Décret-loi n° 2663 du 5 août 1950). Le Code civil consacre quelques règles concernant les contrats de louage portant sur la fabrication d'un ouvrage matériel, sur la réalisation d'un ouvrage immatériel lorsque l'intelligence

rémunération que reçoit le prestataire de services consiste dans la fourniture d'un service. Or, c'est le cas lorsque le distributeur ne reçoit pas de contreprestation monétaire mais des prestations matérielles exécutées par le fournisseur (transmission des signes distinctifs, réputation de la marque, assistance) et que son utilité consiste dans une marge bénéficiaire. En réalité, cette qualification ne permet pas de saisir la complexité des contrats de distribution dans la mesure où elle fait fi des prestations qu'exécute le fournisseur en faveur du distributeur. En outre, concernant le contrat de franchise, le distributeur devant verser un droit d'entrée et des redevances périodiques au franchiseur, qui constituent la contreprestation de la transmission d'un savoir-faire et de l'assistance qu'il reçoit, il est certain que le franchiseur fournit également un service. Certes, lorsque le distributeur qui agit pour le compte du fournisseur reçoit une commission pour l'accomplissement de son activité, cette qualification est en principe recevable. Mais à bien y réfléchir, elle masque les autres prestations également importantes que reçoit le distributeur, telles qu'un pouvoir de représentation, l'autorisation d'utiliser les signes distinctifs du fournisseur ou l'assistance à l'organisation de son activité. En réalité, dans les contrats de distribution, chaque partie exécute des services en faveur de l'autre. Un auteur en droit français a pu se demander à cet égard : « fondamentalement dans ces contrats n'y a-t-il pas une forme d'échange entre les deux parties, l'une et l'autre retirant des avantages du contrat, sans que l'on puisse distinguer clairement une "activité déterminée" d'un côté et une "rémunération" de l'autre ? »⁶⁷⁴. Les contrats de distribution constituent, en réalité, des contrats complexes d'échange de biens et de services dans lesquels, comme nous le verrons, les parties poursuivent un objectif commun. En effet, indépendamment de l'action du distributeur pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, son activité a pour objectif ultérieur la conquête et l'exploitation d'une clientèle.

B. La prestation médiate : la conquête et l'exploitation d'une clientèle

327. Le développement d'une clientèle constitue un effet voulu de l'activité stable de commercialisation des produits du fournisseur. Mme Brunet a pu remarquer, à cet égard, que « l'absence d'unité juridique est le trait marquant des combinaisons diverses imaginées par la

prédomine sur le travail matériel (p. ex., composition littéraire ou correction d'un écrit), ou sur la prestation de services immatériels (p. ex., acteurs, précepteurs, chanteurs).

⁶⁷⁴ H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 188-2, p. 235.

pratique pour assurer la diffusion des produits de masse », en ajoutant que « ces opérations présentent une caractéristique constante, l'exploitation d'une clientèle en commun, qui offre à la jurisprudence l'occasion d'unifier la protection à laquelle les différents créateurs peuvent légitimement prétendre »⁶⁷⁵. Cette finalité d'attirer une clientèle qui profitera aux parties pendant l'exécution du contrat constitue donc un facteur d'unité de nature à justifier l'existence d'un régime commun de cessation des contrats de distribution. Indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, le développement d'un courant de relations d'affaires présuppose que l'activité de diffusion se réalise d'une manière stable. Or, il apparaît que les contrats qui ont pour objet la réalisation d'opérations spécifiques de vente ou de revente de produits ne sont pas aptes à accomplir cette finalité (1). Quelle que soit la modalité de distribution, la clientèle développée en vertu de l'exécution stable du contrat revêt des caractéristiques particulières et communes qu'il est nécessaire de mettre en évidence (2).

1. La stabilité nécessaire à la création d'une clientèle

328. La particularité des contrats de distribution que nous étudions tient au fait que l'activité de commercialisation des produits qu'ils impliquent a pour objet le développement d'un courant de relations d'affaires à long terme. Il ne s'agit pas, en conséquence, de promouvoir un produit en vue de la conclusion d'un nombre de contrats limités, mais de réaliser autant de ventes ou de reventes possibles selon la capacité d'absorption d'un marché. En droit français, M. Dissaux a défini une catégorie de contrats d'intermédiation regroupant les personnes qui, favorisant la conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui, sont à la fois parties à la procédure de conclusion de ce contrat et tiers à son émolument⁶⁷⁶. Cette qualification vise à établir des règles

⁶⁷⁵A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n° 34, p. 105.

⁶⁷⁶N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. Ch. Jamin, LGDJ, 2007, spéc. n° 698. *Adde. ibid.*, n° 480, p. 217 : « Du courtier chargé de rapprocher d'éventuels contractants au commissionnaire personnellement engagé dans les liens du contrat conclu en son nom pour le compte de son commettant, la gamme des formes d'intermédiation est pour le moins étendue. Au-delà de cette diversité se profile toutefois l'unité d'une fonction commune, d'une prestation caractéristique. Dans tous les cas, l'intervention d'un intermédiaire dans la procédure de conclusion d'un contrat consiste en effet à favoriser la conclusion d'un contrat. Cette fin peut être atteinte par différents moyens auxquels correspond la variété des formes d'intermédiation ; elle n'en confère pas moins à la qualification d'intermédiaire une véritable unité conceptuelle ».

communes concernant l'activité de ces intermédiaires à l'égard de chaque opération particulière à laquelle ils interviennent pour le compte d'un tiers. Elle ne coïncide toutefois pas avec la catégorie des contrats de distribution objet de notre étude dans la mesure où la qualification d'intermédiaire n'implique ni une stabilité dans l'exercice de son activité ni la diffusion stable des produits d'un fournisseur sur un marché en vue de susciter un courant d'affaires à long terme. Le caractère de la stabilité⁶⁷⁷ de l'activité de diffusion permet ainsi de différencier les contrats de distribution dans lesquels le distributeur agit pour le compte d'autrui des contrats d'intermédiation occasionnels (a). Ce caractère permet également de les différencier des opérations successives de vente en vue de revente lorsque le distributeur agit pour son propre compte (b).

a. L'inaptitude des contrats d'intermédiation occasionnels à la création d'une clientèle

329. Il est nécessaire d'étudier le contrat de distribution vis-à-vis des contrats de mandat commercial, de commission et de courtage.

330. Mandat et commission. S'agissant du mandat, l'article 1262 C. com. col. indique que « le mandat commercial est un contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui ». Pour sa part, l'article 1287 C. com. col. prévoit que : « La commission est une sorte de mandat par lequel est confiée à une personne qui exerce professionnellement l'activité, l'exécution d'une ou de plusieurs opérations, en son nom propre mais pour le compte d'autrui ». La distinction entre le contrat de distribution et les contrats de mandat et de commission prend appui sur deux fondements qui sont liés. D'une part, l'obligation essentielle du mandataire et du commissionnaire est la conclusion de contrats pour le compte d'autrui. Certes, ils peuvent intervenir en aval de la procédure de conclusion de l'acte juridique. Cependant, la conclusion de l'acte juridique n'est pas le résultat d'une activité stable de promotion des produits du fournisseur sur un marché. De

⁶⁷⁷ La définition de l'agence commerciale en droit colombien relève le caractère de la stabilité de l'activité du distributeur. La stabilité désigne le « caractère de ce qui tend à demeurer dans le même état ». La permanence désigne pour sa part le « caractère de ce qui est durable ; longue durée de quelque chose » (*Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2017). Les deux termes font donc référence au maintien durable de quelque chose. L'article L-134-1 C. com. fr. fait allusion à la permanence de l'activité de l'agent commercial. Nous utiliserons plutôt l'adjectif « stable » qui transmet à la fois l'idée de permanence et de maintien de la nature de l'activité du distributeur.

manière plus spécifique, dans le contrat de mandat, l'élément essentiel de l'activité du mandataire est la conclusion d'un ou plusieurs contrats pour le compte du mandant, sans que cette activité n'ait vocation à s'inscrire dans la durée. Concernant le contrat de commission, à la différence du droit français, sa définition en droit colombien prévoit l'obligation de conclure ou d'exécuter un ou plusieurs actes de commerce⁶⁷⁸. De ce fait, le commissionnaire n'a pas, en principe, vocation à conclure un nombre indéterminé de contrats comme cela résulterait de l'exécution d'une activité de diffusion stable des produits du mandant sur un marché.

331. Pour bien saisir la différence entre ces contrats, nous pouvons évoquer, en droit français, le contentieux relatif au contrat dit de commission-affiliation⁶⁷⁹. En droit colombien, un contentieux de cette nature ne peut avoir lieu. En effet, d'une part, la commission est une sorte de mandat par lequel une personne assume la charge de l'exécution d'une ou plusieurs opérations en nom propre mais pour le compte d'autrui⁶⁸⁰. Le contrat de commission est généralement orienté vers la conclusion de contrats plus ou moins particularisés et sa fonction n'est pas celle de développer une clientèle sur un marché en faveur du commettant. Le contrat prend fin lorsque le commissionnaire a accompli sa mission de conclure ou d'exécuter les opérations indiquées par le commettant. Certes, le contrat de commission peut s'inscrire dans la durée, mais il n'a pas pour objet de développer une clientèle pour le compte du mandant. En revanche, par le contrat d'agence commerciale, un commerçant s'engage, de manière stable et permanente, à promouvoir les produits du fournisseur et à développer une clientèle. D'autre part, à l'instar du commissionnaire, l'agent commercial peut agir en son nom (agence sans représentation). Il peut également agir au nom du fournisseur (agence avec représentation). Cela étant, en droit colombien, le contrat de commission-affiliation développé par la pratique en France serait sans doute qualifié de contrat d'agence commerciale. Il en serait ainsi en raison de son caractère stable ainsi que de sa fonction visant à développer une clientèle pour les produits du fournisseur. En effet, agissant sous l'enseigne du fournisseur, la clientèle est attirée

⁶⁷⁸ C. com. fr., art. 132-1 : « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ». Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil.

⁶⁷⁹ V. F. Auque, « La commission-affiliation », *AJDI*, 2001, p. 1059 et s. ; N. Dissaux, « La commission-affiliation : un monstre juridique », *RTD com.*, 2011, p. 33 et s. ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de "commission-affiliation" », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 761 et s. ; D. Ferrier, « Requalification d'un commissionnaire affilié en agent commercial : épilogue », *D.*, 2009, p. 1942.

⁶⁸⁰ C. com. col., art. 1287.

par les signes distinctifs de celui-ci (la doctrine française fait référence à une transparence factuelle)⁶⁸¹. Même si l'identité du commissionnaire figure sur la facture, le client croit en effet la plupart du temps qu'il a contracté avec le titulaire de l'enseigne du magasin.

332. Contrat de courtage. Concernant le contrat de courtage, l'article 1340 C. com. col. prévoit que le courtier est « la personne qui, en raison de sa particulière connaissance des marchés, s'occupe comme agent intermédiaire de la mission de mettre en relation deux ou plusieurs personnes afin qu'elles concluent une opération commerciale, sans être lié aux parties par des relations de collaboration, dépendance, mandat ou représentation ». L'activité du courtier résidant dans la recherche d'un contractant et le rapprochement de deux parties en vue de la conclusion d'un contrat entre elles, une zone grise peut être identifiée avec l'activité du distributeur qui diffuse les produits du fournisseur afin que les clients attirés concluent ensuite le contrat directement avec ce dernier. Cependant, cette zone grise se dissipe en raison d'un critère compris dans la définition du contrat de courtage : le courtier n'est pas « *lié aux parties par des relations de collaboration, dépendance, mandat ou représentation* ». Le Code de commerce entend marquer ainsi l'importance de l'indépendance du courtier pour différencier ce contrat d'autres contrats d'intermédiation⁶⁸². En outre, il est chargé, par son donneur d'ordre, de rechercher un contractant en vue de la conclusion d'un contrat. De ce fait, le courtier agit généralement à titre ponctuel⁶⁸³. Même si une relation stable s'instaure, il n'est pas tenu d'un effort de promotion des produits du donneur d'ordre qui permet à ce dernier de constituer une clientèle, mais simplement de rechercher un potentiel cocontractant pour celui-ci. Le courtier n'a pas non plus le pouvoir de conclure le contrat. Mais s'il se voit confier une mission stable de promotion des produits d'un fournisseur, un lien de collaboration se crée faisant alors disparaître sa qualité de courtier à laquelle se substitue celle d'agent commercial. La considération de l'objectif de constitution et de développement d'une clientèle permet également d'exclure les contrats qui n'ont pour objet qu'un simple transfert de la propriété de produits en vue de leur revente, même si une relation stable est créée entre les parties.

⁶⁸¹ N. Ferrier, « La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ? », *Revue de l'Institut de droit des affaires internationales*, n° 3, janv. 2016, p. 18.

⁶⁸² J. Gómez Mejía, *Contratos comerciales*, Ediciones Ananké, Bogotá, 1980, p. 2010.

⁶⁸³ Rapp., en droit français, N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 1054, p. 565.

b. L'absence d'objectif de constitution d'une clientèle dans les contrats successifs de vente

333. Lorsqu'elle est exécutée isolément, la revente de produits constitue une opération élémentaire de distribution⁶⁸⁴. Certes, les opérations élémentaires de vente permettent la diffusion des produits d'un fournisseur ; cependant, puisqu'ils ne s'inscrivent pas dans une relation de longue durée et qu'ils ne créent pas de lien stable de collaboration, les simples contrats de vente en vue de la revente n'ont pas pour but la création d'un courant d'affaires qui profite aux deux parties sur le long terme. Les ventes n'ont qu'une simple fonction d'échange en vue de la revente d'un produit. Elles n'ont pas pour objectif l'exploitation et la conquête d'un marché cible susceptible de relier différents contrats de vente et de créer d'autres obligations à la charge des parties en vue de parvenir à ce résultat.

334. De ce fait, si le fournisseur a un intérêt à la revente de ses produits dans la mesure où cela peut entraîner de nouvelles commandes, il n'a aucune emprise sur l'activité ultérieure du distributeur : il ne peut obliger celui-ci à consacrer ses efforts à la commercialisation de ses produits. Un simple revendeur conserve la liberté de se fournir chez le même fournisseur lorsque les stocks sont épuisés ou bien de s'adresser à un autre fournisseur. Il peut cesser de s'approvisionner chez le fournisseur sans qu'aucun grief ne puisse être formulé à son encontre et il est libre d'organiser son activité, même s'il peut assumer certaines obligations relatives à la commercialisation des produits⁶⁸⁵. En effet, les contrats de vente peuvent contenir des obligations juxtaposées relatives à la commercialisation des produits, voire les parties peuvent conclure un accord qui détermine les conditions des contrats de vente ultérieurs⁶⁸⁶. Cependant, à défaut d'obligation directe ou indirecte par laquelle l'acheteur s'engage à passer des

⁶⁸⁴ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 290 et s.

⁶⁸⁵ D. Ferrier, « L'achat pour revendre : un contrat méconnu », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presse Universitaires de Nancy, 2009, p. 189.

⁶⁸⁶ En droit italien, la doctrine relève également l'obligation de conclure des contrats qui émerge du contrat-cadre de distribution. V. S. Bortolotti et G. Florida, « I contratti con i rivenditori » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti s. dir.), Wolters Kluwer, 2016, p. 740 : « La giurisprudenza è solita ritenere che si configuri un rapporto di concessione di vendita (et non una serie di vendita) quando le parti instaurano un rapporto caratterizzato da una complessa funzione di scambio e di collaborazione che consiste – su piano strutturale- in un contratto quadro o contratto normativo, dal qual deriva un obbligo di concludere atti di puro trasferimento di prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale ; indice di un tale rapporto può essere una "rilevante e continuativa ed economicamente cospicua serie di contratti di compravendita ».

commandes, cet accord ne constitue qu'un simple avant-contrat⁶⁸⁷ : il n'a lieu à s'appliquer que dans le cas où le revendeur déciderait de passer une commande. De même, à défaut de stipulation relative à un objectif d'achat ou de revente, le revendeur reste libre d'établir l'intensité de son activité de promotion des produits du fournisseur. Puisqu'il n'est lié ni par une clause d'exclusivité ni par une obligation d'achat, il n'est pas obligé à une diffusion active ou à une spécialisation de son activité dans le cadre de la commercialisation des produits du fournisseur. Il en va de même du distributeur pour le compte d'autrui qui commercialise des produits pour le compte de plusieurs fournisseurs⁶⁸⁸. Ces contrats n'ont donc pas pour objectif la conquête et l'exploitation d'une clientèle qui profite aux deux parties pendant l'exécution du contrat. L'intégration de cet objectif de développement d'une clientèle au contrat est propre aux contrats de distribution.

2. Les caractères de la clientèle constituée

335. Le résultat de l'exécution de la prestation médiate des contrats de distribution, consistant en la conquête et l'exploitation d'une clientèle, est l'un des points les plus discutés lors de leur extinction. Concrètement, grâce à leur efforts communs, les parties créent un pouvoir apte à attirer de potentiels clients situés sur un marché et à développer un courant d'affaires. Puisque la clientèle est l'un des aspects les plus saillants de ces contrats, il est nécessaire de s'y attarder. À cet égard, il importe d'examiner, en premier lieu, la contribution de chacune des parties à la constitution de ce pouvoir attractif de clientèle (a) ; avant, en second lieu, de s'interroger sur le sort de la clientèle à la cessation du contrat de distribution (b).

⁶⁸⁷ V. D. Ferrier, « La consécration du contrat-cadre : de la reconnaissance à la méconnaissance », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 463. L'auteur considère que lorsque le contrat-cadre produit un simple effet normatif ou organisationnel, il « constitue au mieux un accord partiel sur une opération hypothétique, relevant des catégories bien connues de l'avant-contrat, de la promesse ou du pacte de préférence ». La qualification de contrat préparatoire ou préliminaire de vente doit être également exclue dans la mesure où « le contrat préparatoire est appelé à disparaître avec la conclusion du contrat de vente, tandis que le contrat cadre survit, lui, à chaque contrat de vente et donc coexiste avec l'ensemble des contrats d'application » (*Ibid.*, p. 462).

⁶⁸⁸ En droit colombien, l'agent commercial peut distribuer les produits d'un ou plusieurs fournisseurs concurrents, sauf interdiction expresse (C. com. col., art. 1319).

a. Une clientèle constituée en commun

336. Le distributeur et le fournisseur collaborent à la constitution et au développement d'une clientèle qui profite aux deux parties pendant l'exécution du contrat⁶⁸⁹. En droit colombien, il n'existe pas de définition légale de la clientèle. Elle peut néanmoins être définie comme l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre un commerçant et le public⁶⁹⁰. Force est de constater que les deux parties collaborent à la création de la clientèle par l'exécution du contrat de distribution (i). Il importe également d'apprécier la valeur économique qui découle de la possibilité de continuer à exploiter la clientèle développée à l'issue du contrat de distribution (ii).

i. L'apport conjoint des parties à la création d'une clientèle

337. Les prestations exécutées par les parties au contrat de distribution constituent des moyens destinés à créer un pouvoir (une « sorte d'aimant ») propre à attirer le plus grand nombre de relations d'affaires. Ce pouvoir attractif de clientèle repose sur des éléments personnels et matériels mis en œuvre par les contractants dans le cadre de l'opération de distribution⁶⁹¹. Ces éléments n'appartiennent pas en totalité à l'une des parties. Il est ainsi possible d'affirmer que la clientèle n'est constituée que par la combinaison des moyens apportés par les deux contractants⁶⁹².

⁶⁸⁹ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n° 5, p. 87 : « Deux personnes liées contractuellement collaborent à la création ou au développement d'une clientèle. Puisqu'elles unissent leurs efforts, il paraît normal qu'elles profitent du résultat, la clientèle. Elles devraient avoir toutes deux des droits sur la clientèle commune ».

⁶⁹⁰ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Clientèle : Ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce, cabinet civil) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués ». Comp. Y. Serra, note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *D.*, 2001, p. 2295 : « Le terme clientèle dans le vocabulaire juridique s'accompagnait toujours de l'indication du sens dans lequel il doit être entendu. La clientèle peut, en effet, soit viser les clients, "un peuple d'hommes et de femmes", selon la formule du Doyen R. Savatier, soit désigner le facteur attractif de clientèle, les éléments attractifs de clientèle ».

⁶⁹¹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 55 et s. Les auteurs indiquent que « la clientèle n'est pas constituée par les clients d'un professionnel, mais par le pouvoir attractif que celui-ci exerce sur eux par sa manière d'exercer sa profession ». En réalité, la clientèle n'est pas le pouvoir attractif qu'un professionnel exerce sur les clients, mais les relations contractuelles présentes et potentielles que le professionnel établit avec eux.

⁶⁹² Cela n'implique pas la titularité commune du fonds de commerce. L'article 515 C. com. col. indique qu'un fonds de commerce est « un ensemble de biens organisés par l'entrepreneur pour réaliser les fins de l'entreprise ». Le distributeur est le seul titulaire du fonds de commerce étant donné qu'il détient la maîtrise juridique des éléments matériels et économiques attractifs de clientèle (propriété, usufruit, location, dépôt), qu'il organise pour son exploitation.

338. D'une part, le fournisseur est le titulaire des signes distinctifs (marques, enseigne et nom commercial). Même s'il permet leur utilisation par le distributeur, il reste titulaire de ceux-ci. De même, il exécute des prestations qui contribuent au développement du pouvoir attractif de la clientèle : la garantie de la qualité et de l'assortiment de produits et de services, la mise à jour du savoir-faire, l'assurance d'une assistance technique et commerciale, le maintien de la réputation de la marque (publicité, innovation), l'amélioration des méthodes de vente ou l'organisation des services après-vente. Le fournisseur est le concepteur d'un produit, d'un service, d'une image ou d'une réputation, voire d'un mode de vie. Ainsi, le franchisé profite d'un savoir-faire, d'une assistance et de signes distinctifs déjà expérimentés qui lui donnent un avantage concurrentiel sur le marché.

339. D'autre part, le distributeur apporte des moyens non moins importants pour la conquête de la clientèle⁶⁹³ : un droit au bail, un emplacement, des locaux, du mobilier aménagé selon les indications du fournisseur, du personnel formé et de l'expérience. Il accomplit des fonctions importantes concernant l'organisation du point de vente, la gestion du flux des marchandises, la promotion et la présentation des produits ainsi que le recrutement et la formation du personnel. Les qualités et habilités personnelles de l'agent commercial, du concessionnaire et du franchisé constituent également un facteur important pour le succès de l'opération de distribution. À cet égard, la Cour de cassation colombienne, dans un arrêt du 22 octobre 2001, a reconnu que l'activité de l'agent commercial engendre, en faveur du fournisseur, un « avoir intangible d'une importante valeur économique qui pourra même subsister après l'expiration du contrat, c'est-à-dire que le fournisseur pourra continuer à bénéficier du travail réalisé par celui-ci »⁶⁹⁴.

⁶⁹³ V. F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 549 et s.

⁶⁹⁴ CSJ, chambre civile, 22 oct. 2001, M.R. Jorge Antonio Castillo Rugeles, n° 5817 : « (...) el agente comercial, mediante su labor de "promover o explotar" los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un avaluado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber espirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquél ». V. égal. 1^{er} déc. 2011, M.R. Pedro Octavio Munar, n° 11001 3103 016 1999 01889 01. En 2013, la Cour d'appel de Bogotá a affirmé en ce sens que même si la clientèle implique une valeur économique importante, le commerçant n'a pas de droit sur elle, d'où il résulte que d'autres participants du marché peuvent utiliser tous les mécanismes pour capter la clientèle de son concurrent, cette pratique ayant un soutien constitutionnel dans la liberté d'entreprise qui caractérise le système économique de marché (Cour d'appel de Bogotá, Chambre civile, 27 août 2013, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda c/ Carlos Olarte y Olarte, Raisbeck & Frieri Ltda.).

340. S'il n'est pas facile de mesurer le poids réel de chacun de ces facteurs dans l'attraction de la clientèle, il ne fait pas de doute que ce sont ces moyens combinés propres aux deux parties qui contribuent à sa constitution et consolidation⁶⁹⁵. Nous devons, dès lors, en conclure que seule leur conjugaison permet la constitution et le développement de la clientèle⁶⁹⁶. À cet égard, la doctrine française a pu faire référence à une clientèle commune ou, plus exactement, à une « clientèle économiquement commune »⁶⁹⁷. Il reste à souligner que la question des moyens mis en œuvre pour la constitution en commun d'une clientèle est différente de celle de savoir si tel ou tel client est attaché à l'activité personnelle du distributeur ou à la marque, au produit ou au savoir-faire du fournisseur, au cours et à l'issue de la relation contractuelle⁶⁹⁸. Autrement dit, la genèse de l'attraction de la clientèle est différente de son sort au terme du contrat de distribution. Force est alors de constater que si les deux parties contribuent à la constitution de la clientèle, celle-ci n'est pas liée de la même manière à chacune d'elles. L'attachement plus fort à l'une des parties au contrat de distribution apparaîtra à l'issue de la relation

⁶⁹⁵ Rappr. D. Seysen-Guérin, *Le contrat de distribution internationale*, th. dact., Paris 11, 2001, p. 96, note de bas de page 160 : « Toutefois, la clientèle d'un fonds de commerce de distribution est en général, autant attirée par la qualité ou la marque des produits que par l'emplacement, les moyens d'exploitation ou la personne du distributeur. D'ailleurs, cette clientèle constitue la preuve de la réussite commerciale du partenariat. Dès lors, demeurant la propriété du distributeur qui l'exploite dans son intérêt et par ses propres moyens, la clientèle traduit l'intérêt commun des parties ». F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et en droit allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 83 : « Malgré la différence de technique juridique, force est de constater que d'un point de vue économique la situation est la même, car la clientèle ne peut se constituer qu'en conjuguant l'attractivité de la marque et l'activité déployée par le distributeur, mais que la marque est en la matière prépondérante, si bien que sans marque à "représenter", le distributeur est *ipso facto* privé de clientèle ».

⁶⁹⁶ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n° 5, p. 87 : « Deux personnes liées contractuellement collaborent à la création ou au développement d'une clientèle. Puisqu'elles unissent leurs efforts, il paraît normal qu'elles profitent du résultat, la clientèle. Elles devraient avoir toutes deux des droits sur la clientèle commune ». Ripert l'avait déjà affirmé en ce sens : « Il faut admettre que la clientèle appartient à la fois au commerçant et au représentant. Le commerçant a apporté son installation, le représentant son activité. Ils se sont associés pour la constitution d'une clientèle. Cette association est une collaboration et non une société. La collaboration crée une œuvre commune... Dans les cas où le commerçant garde pour son seul profit la clientèle créée par l'effort commun, il doit indemniser le représentant qui n'a pas le moyen de conserver son droit » (G. Ripert, « Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce », *Dalloz recueil hebdomadaire*, 1939, p. 1).

⁶⁹⁷ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. Brenner, *Económica*, 2012, n° 560, p. 461. Rappr. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 733, p. 417.

⁶⁹⁸ Comp. A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. Lagarde, PUAM, n° 509, p. 464 : « Même si chacune des parties possède une clientèle propre, l'essentiel de l'apport de clientèle du fournisseur revient au distributeur. Les deux professionnels ont ainsi participé au développement de la clientèle de l'un des opérateurs. On retrouve, à ce sujet, un raisonnement similaire dans l'hypothèse de la cessation du contrat d'agence commerciale ».

contractuelle⁶⁹⁹. Cet aspect est important, ne serait-ce que parce que cet ensemble de relations actuelles et potentielles avec la clientèle peut être apprécié en termes économiques.

ii. L'appréciation économique de la clientèle

341. La clientèle n'étant pas un bien, on ne peut parler de la propriété de la clientèle⁷⁰⁰. Toutefois, elle se traduit économiquement par la création d'un courant d'affaires. Le pouvoir d'attirer et d'exploiter une clientèle représente, en effet, une valeur patrimoniale importante⁷⁰¹. Plus substantiellement, la clientèle constitue un avantage économique qui a une valeur propre liée au potentiel de revenus qu'elle représente⁷⁰². La doctrine française a pu relever à cet égard que « la clientèle n'est pas seulement un ensemble d'individus qui contractent avec un professionnel ou une entreprise en lui permettant de réaliser un volume de chiffre d'affaires mais encore, et peut-être surtout, la clientèle signifie un potentiel de revenus futurs, représente une demande relativement stable, c'est-à-dire la probabilité qu'un certain niveau de relations soit maintenu ou, comme l'observait avec justesse le doyen Ripert, "une possibilité de contrats futurs et renouvelés" »⁷⁰³. Le chiffre d'affaires reflète le niveau des relations d'affaires établies avec une clientèle. Il constitue également l'un des facteurs permettant de déterminer le prix des éléments qui ont attiré ces relations d'affaires en considérant la persistance dans le temps du volume de clients⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ C. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, préf. I. Urbain-Parléani, T. I., PUAM, 2014, n° 343, p. 303.

⁷⁰⁰ En droit français, la loi Cordelet du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, indiquait que la clientèle constitue un élément du fonds de commerce, plus précisément un bien incorporel. P. Roubier, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.*, 1948, p. 578 : « En pareille matière, la loi admet la propriété d'un fonds de commerce, qui comprend un certain nombre de biens, parmi lesquels figure, en effet, la clientèle : mais celle-ci n'est comptée ici que comme valeur économique, car il n'y a pas d'élément juridique qui puisse garantir l'attachement au fonds et la permanence de la clientèle ». Pour une critique relative à la clientèle considérée comme un bien, v. B. Beignier, note sous CA Limoges, 10 mai 1993, *D.*, 1994, p. 161 ; Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 252 et s.

⁷⁰¹ On peut évoquer ici l'image d'un aimant. L'aimant contient les éléments attractifs de clientèle apportés par les parties et cet ensemble génère une force d'attraction de clients. La clientèle est attirée par l'aimant, mais elle ne fait pas partie de l'aimant. L'aimant et son effet attractif sont une source de richesse et ont une valeur économique, car ils signifient un potentiel de revenus futurs grâce à la force d'attraction engendré.

⁷⁰² F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 55 et s.

⁷⁰³ Y. Serra, « La clientèle », *Dr. et patr.* 1996, juill.-août, p. 66.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

342. L'intégration de la valeur représentée par une clientèle dans le patrimoine d'une personne est indirecte⁷⁰⁵. Elle repose sur la propriété ou la maîtrise de l'ensemble ou d'une partie des éléments qui servent à l'attirer et à la retenir⁷⁰⁶. Le « transfert » de clientèle vise alors à mettre une personne en situation d'occuper une position concurrentielle exploitée précédemment par une autre⁷⁰⁷. Ce « transfert » implique en réalité la circulation de l'ensemble ou d'une partie des éléments attractifs de clientèle, le transfert de leur propriété ou de leur jouissance, et la mise en œuvre d'obligations personnelles visant à favoriser le déplacement de ces éléments. Cette circulation des supports attractifs de clientèle a pour effet d'orienter les clients vers le nouveau titulaire⁷⁰⁸. Deux exemples seront à cet égard évoqués.

343. En premier lieu, la cession d'un fonds de commerce. Notons, tout d'abord, qu'en droit colombien la clientèle ne fait pas partie du fonds de commerce⁷⁰⁹. Cela se comprend dans la mesure où celui-ci est considéré comme un ensemble organisé d'éléments qui sont destinés à accomplir les finalités de l'entreprise⁷¹⁰, l'une d'elles étant la conquête et l'exploitation d'une clientèle⁷¹¹. Le fonds de commerce constitue donc un moyen qui permet d'atteindre cet

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁷⁰⁶ Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 6, p. 10. Selon l'auteur, les limitations à la concurrence constituent l'instrument par excellence de cette maîtrise.

⁷⁰⁷ Y. Serra, « La clientèle », *Dr. et patr.* 1996, juill.-août, p. 70. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 389, p. 305 : « La clientèle est la traduction d'une transformation en capital d'un travail d'exploitation d'éléments d'actifs. Les commerçants se sont servis de cette nouvelle valeur pour la céder, l'utiliser comme moyen de crédit et même la louer faisant ainsi émerger la notion moderne de fonds de commerce qui sera consacrée par le droit ».

⁷⁰⁸ V. Th. Revet, « Clientèle civile », *RTD civ.*, 2001, p. 167.

⁷⁰⁹ Comp. J.-B. Blaise et R. Degorces, *Droit des affaires*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 457, p. 266 : « Si l'on définit la clientèle comme étant, dans son sens propre, l'ensemble, actuels ou même potentiels d'un commerçant, il est impossible d'en faire un élément du fonds de commerce. Les clients ne sauraient être un objet de propriété et le commerçant n'a aucun droit sur eux. Il ne peut leur interdire de le quitter et de s'adresser à la concurrence. L'idée de clients qui feraient durablement partie du fonds de commerce est proprement insoutenable ».

⁷¹⁰ Cela étant, un fonds de commerce peut exister même avant son ouverture au public dès lors que ses composantes constituent un ensemble destiné à accomplir l'objectif de l'entreprise d'attirer une clientèle.

⁷¹¹ L'article 515 C. com. col. indique qu'un fonds de commerce est « un ensemble de biens organisés par l'entrepreneur pour réaliser les fins de l'entreprise ». L'article 516 C. com. col., qui dresse une liste des éléments composant le fonds de commerce, ne mentionne pas la clientèle. L'alinéa 6 de cette liste mentionne « le droit d'empêcher le détournement de la clientèle et de la protection de la réputation commerciale ». En revanche, en droit français, le Code de commerce cite la clientèle et l'achalandage parmi les éléments du fonds de commerce (art. L. 1141-5, al. 2, C. com. fr., relatif à la vente de fonds de commerce et art. L. 142-2 C. com. fr., relatif au nantissement du fonds de commerce). De ce fait, en droit colombien, à la différence du droit français, la discussion qui porte sur le fait de savoir si le distributeur est titulaire d'un fonds de commerce ne se pose pas. Le distributeur (qu'il agisse pour son propre compte

objectif⁷¹². Le distributeur est titulaire du fonds de commerce dans la mesure où il maîtrise les éléments attractifs de la clientèle. D'une part, il est propriétaire des matériels, des outillages et des aménagements spécifiques pour l'exécution de l'activité de distribution ; d'autre part, il est titulaire du bail et du contrat de distribution en vertu duquel il peut utiliser des éléments attractifs de clientèle, tels que l'enseigne, le nom commercial et la marque du fournisseur. Toutefois, étant conclu *intuitu personae*, le contrat de distribution ne fait pas partie du fonds de commerce⁷¹³. Il ne peut donc être cédé librement par le distributeur. En pratique, les parties stipulent une clause d'agrément du cessionnaire en faveur du fournisseur. En l'absence d'un engagement du fournisseur assurant le maintien du contrat avec le cessionnaire, le fonds de commerce du distributeur perd sa valeur. En effet, cette absence entraîne un risque de perte des éléments essentiels permettant de préserver l'attachement de la clientèle au fonds de commerce⁷¹⁴. Lorsque le fournisseur agréé le cessionnaire, la valeur du fonds de commerce est déterminée sur la base du chiffre d'affaires réalisé pendant les dernières années, la rentabilité prévisionnelle et la part de marché des produits ou services du fournisseur⁷¹⁵. C'est au moment

ou pour le compte d'autrui) est titulaire du fonds de commerce dès lors qu'il détient la propriété ou la maîtrise des éléments qui le composent.

⁷¹² Comp. F. Zenati, « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.*, 1991, p. 560 : « Une clientèle s'analyse dans un pouvoir attractif exercé sur des clients. Lorsque ce pouvoir résulte d'une chose ou d'un assemblage de choses, comme il en va du fonds de commerce (signes distinctifs, local, marchandises, etc.), il peut être réifié et donc cédé ; il suffit, pour que la clientèle soit transmise et mérite, par suite, d'être appropriée, de transférer la ou les choses dont la détention procure les clients ».

⁷¹³ L'article 516 C. com. col., qui mentionne les éléments du fonds de commerce, prévoit : « 7. *Les droits et les obligations commerciaux découlant des activités propres du fonds de commerce, pourvu qu'ils ne proviennent pas de contrats conclus exclusivement en considération du titulaire du fonds de commerce* ».

⁷¹⁴ En droit français, v. Cass. com. 8 août 2013, n° 12-22952 : la décision de résilier la concession « ôtait toute marge réelle de manœuvre [du concessionnaire] pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce ».

⁷¹⁵ J.-M. Leloup, « La place de la clientèle aujourd'hui », *Gaz. Pal.*, 31 mai-4 juin, 2009, p. 80 : « Au contraire, dans la cession d'une position sur le marché, d'un fonds de commerce, on prête attention aux données *ex ante* (obligation d'annoncer le chiffre d'affaires et les bénéfices de chacune des trois dernières années, conformément à l'article L. 141-1 du Code de commerce), mais l'évaluation est faite sur l'anticipation du rendement *ex post* de la position commerciale transférée, en fonction des moyens humains, matériels et financiers que l'acquéreur va y mettre. Le calcul est une anticipation de l'avenir ». M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 841, p. 581 : « La clientèle représente cette survaleur de la cession. Elle traduit la probabilité de réaliser un certain chiffre d'affaires en continuant l'exploitation des éléments réunis pour attirer les clients et révèle que les relations d'affaires subsistent malgré le changement de la personne du commerçant car une part importante des clients est attachée à l'exploitation elle-même (désignée par un nom commercial ou une enseigne) et aux produits ou services offerts (dessinés par des marques) plus qu'à la personne de l'exploitant ».

de la vente de l'exploitation que l'opérateur capitalise sa position sur le marché⁷¹⁶. En ce sens, la « clientèle représente cette survaleur de la cession »⁷¹⁷.

344. En second lieu, abordons l'hypothèse du remplacement d'un distributeur qui a développé et consolidé une clientèle sur un territoire. Dans ce cas, le fournisseur est titulaire d'une partie des éléments attractifs de la clientèle (signes distinctifs, savoir-faire, qualité des produits, variété de l'offre). L'activité du distributeur contribue à la valorisation des facteurs attractifs de la clientèle du fournisseur⁷¹⁸. De même, le potentiel de revenus engendrés par le pouvoir attractif de la clientèle procurera des avantages économiques évidents au nouveau distributeur. Les candidats vont prendre en compte la part de marché des produits ou des services du fournisseur sur ce marché, ainsi que le chiffre d'affaires réalisé pendant les dernières années par l'ancien distributeur et la rentabilité prévisionnelle. Ces facteurs sont représentatifs de la clientèle constituée, développée ou consolidée par l'ancien distributeur. Ils rendent non seulement plus attractive la place vacante pour les intéressés qui seront prêts à investir une somme d'argent plus importante, mais ils peuvent également entrer en ligne de compte pour le calcul du droit d'entrée que doit payer le distributeur dans un contrat de franchise. Le déplacement de la clientèle sera éventuellement favorisé par une obligation de non-concurrence post-contractuelle à la charge de l'ancien distributeur.

345. La reconnaissance de la valeur économique de la clientèle est donc importante dans la mesure où la cessation du contrat de distribution peut conduire à ce que seule l'une des parties profite du fruit des efforts communs à l'issue de la relation du contrat de distribution. En effet, la question du sort de la clientèle se pose indubitablement à l'extinction du contrat de distribution.

⁷¹⁶ J.-M. Leloup, « *La place de la clientèle aujourd'hui* », *Gaz. Pal.*, 31 mai-4 juin, 2009, p. 79. *Adde* : « C'est le marché qui fournit un acheteur et cela montre que ce que le vocabulaire usuel désigne par clientèle est bien une position sur le marché, dont la valeur financière est évaluée par le marché, avec les incertitudes résultant de la conjoncture et de l'appréciation de l'avenir de cette position ». Pour l'auteur, « ce que le langage usuel appelle clientèle est, en vérité, la présence sur le marché » (*Ibid.*, p. 76).

⁷¹⁷ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 841, p. 581.

⁷¹⁸ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 543, p. 319.

b. Le sort non-prédéterminable de la clientèle à la cessation du contrat

346. « La clientèle se compose d'individus libres de tout lien juridiquement contraignant »⁷¹⁹ : à l'extinction du contrat de distribution, ni le fournisseur ne peut obliger la clientèle à s'adresser à son nouveau distributeur ni l'ancien distributeur ne peut obliger la clientèle à demeurer avec lui. Les personnes qui composent la clientèle sont libres de leur choix. Il est donc nécessaire d'écarter les critères formalistes de rattachement de la clientèle à l'issue de la relation contractuelle au profit d'une approche pragmatique qui s'oppose à toute généralisation : il est inutile d'affirmer abstraitement que la clientèle appartient à la marque ou à l'enseigne du producteur, ou qu'elle est attirée par l'activité personnelle du distributeur. Une règle juridique ne pourrait fixer à l'avance à qui est rattachée la clientèle en fonction du type contractuel de distribution utilisé. Celle-ci se caractérise par sa volatilité⁷²⁰. Les situations sont très diverses et doivent être étudiées au cas par cas. Parfois, la marque ou l'enseigne sous laquelle le distributeur exerce son activité importe moins que ses aptitudes personnelles. D'autres fois, le succès du distributeur dépend plus largement des signes distinctifs, du savoir-faire ou d'autres prestations procurées par le fournisseur⁷²¹.

347. Naturellement, nous pouvons songer à certains critères directeurs, des indices ou pistes d'une potentialité de plus forte attraction de la clientèle à l'issue du contrat. Ainsi, si la marque est reconnue et réputée ou s'il s'agit d'une marque de luxe ou de haut de gamme, les clients seront probablement plus attachés au fournisseur qu'à l'activité du distributeur⁷²². Il en serait ainsi notamment dans le cas d'une franchise reconnue au niveau national ou international grâce au savoir-faire, aux signes distinctifs et à l'assistance fournie. À l'opposé, lorsqu'il existe une

⁷¹⁹ Y. Serra, « La clientèle », *Dr. et patr.*, juill.-août 1996, p. 66.

⁷²⁰ C. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, préf. I. Urbain-Parléani, T. I., PUAM, 2014, n° 327, p. 295 : « Comme le relève un auteur, une partie des clients va découvrir le distributeur, apprendre à le connaître, à l'apprécier voire à ne plus se passer de lui ; tandis qu'une autre va continuer de fréquenter le magasin, indifférente à l'activité du distributeur, attirée par la renommée, le prestige de la marque ou la qualité de ses produits. Il en est même sans doute qui accordent autant d'importance à l'un qu'à l'autre ». Rappr. N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, p. 318, note de bas de page 1156.

⁷²¹ V. N. Dissaux, *Ibidem*.

⁷²² Rappr. R. Emerson, « Franchise goodwill: take a sad song and make it better », *Journal of Law Reform*, v. 46-2, 2013, University of Michigan, p. 406 : « One can imagine a sliding scale where the stronger a franchisor's established goodwill is—say, that of McDonald's—the less likely it is that the franchisee will build his own goodwill. If the franchisee does generate his own goodwill in these cases, it is probably because he built upon the already-established goodwill of the franchisor (...) On the other end of the scale, the less established the franchisor's goodwill—such as for many small, start-up franchises—the more one could expect franchisees to build their own goodwill ».

grande variété de marques très proches en termes de notoriété et de qualité, l'activité du distributeur peut avoir une influence importante sur le choix du consommateur. Alors, « à qualité, et à prix (à peu près) égal ; la différence peut se faire sur l'accueil du client, l'habileté d'un vendeur ou encore la qualité du service après-vente »⁷²³. Les facteurs juridiques sont également importants. En effet, le fait de stipuler une clause de non-concurrence prive le distributeur de toute possibilité de conserver, au moins en partie, un segment de la clientèle. Dans une telle hypothèse, le fournisseur aura toutes les chances de conserver la clientèle développée en collaboration avec son ancien distributeur. Cela étant, toute proposition visant à accorder une indemnité de clientèle aux distributeurs, indépendamment du sort de la clientèle à la fin du contrat, doit être exclue. Quoiqu'il soit, cette finalité tenant à la conquête d'une clientèle à travers l'activité de diffusion du distributeur est présente indépendamment de la modalité de distribution choisie.

§2. Les modalités d'exécution des prestations caractéristiques

348. Les prestations caractéristiques précédemment identifiées constituent l'assise de l'unité des contrats de distribution et justifient l'existence d'un régime commun. En effet, malgré la diversité des contrats de distribution spécialisée visant à la diffusion stable des produits d'un fournisseur en vue d'exploiter, de conquérir et d'exploiter un marché, ceux-ci ne constituent en réalité que des modalités d'exécution d'une même opération. Il importe ainsi de démontrer que les parties peuvent parvenir à l'accomplissement de ces prestations au moyen de différentes modalités d'exécution. Pour distinguer ces modalités, il est possible de partir de l'action du distributeur à l'égard des clients et du fournisseur. La composition du contrat de distribution sera différente selon la modalité particulière d'action du distributeur vis-à-vis de ces derniers. Le distributeur se limite parfois à participer ou à conclure les contrats pour le compte du fournisseur. Dans ce cas, le contrat de distribution fournit les éléments pour que le distributeur puisse agir pour le compte du fournisseur ou en son nom (A). Le distributeur peut également agir en son nom et pour son compte. Dans ce cas, il y a un transfert de propriété des produits destinés à être commercialisés ou qui sont nécessaires à l'exécution du service fourni par le distributeur lui-même. Si ces contrats sont juridiquement autonomes, ils gravitent tous autour

⁷²³ C. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, préf. I. Urbain-Parléani, T. I., PUAM, 2014, n° 330, p. 296.

de la diffusion des produits du fournisseur et l’emprise du contrat de distribution sur ceux-ci est importante (B).

A. La conclusion des contrats pour le compte du fournisseur

349. Dans le cadre de l’activité de diffusion stable des produits du fournisseur, le distributeur doit prendre contact avec les clients potentiels et participe à la conclusion des contrats conclus par le fournisseur. Il peut également conclure les contrats pour le compte du fournisseur (1). L’attribution d’un pouvoir qui permet au distributeur de conclure un contrat au nom du fournisseur conduit à l’application des règles de la représentation ; cependant, elle n’est pas de nature à créer une scission au sein de la catégorie du contrat de distribution (2).

1. La participation à la conclusion des contrats conclus par le fournisseur

350. La mission première du distributeur est de développer une clientèle. Il n’est toutefois pas un simple agent de publicité, car il se met en rapport avec les clients du marché cible afin de les inciter à contracter. Il réalise une activité juridique qui peut être précédée d’une activité de négociation (a). La plupart du temps, il est chargé de conclure des contrats pour le compte du fournisseur (b).

a. L’activité minimale de prise de contact avec les clients en vue de les inciter à contracter

351. La personne qui réalise des opérations de publicité, de logistique ou d’entreposage n’est pas un distributeur dans la mesure où l’activité de distribution se caractérise par le fait que le distributeur se met en rapport direct avec les clients⁷²⁴. De même, la qualité de distributeur devrait être exclue lorsque la personne remplit une fonction essentiellement technique, telle que celle de conseil ou de transmission de commandes, ou une activité purement matérielle de prospection⁷²⁵. Ce dernier terme étant entendu, d’une part, comme la prospection d’un marché, c’est-à-dire l’étude d’un territoire pour identifier les moyens d’y commercialiser un produit ; et d’autre part, comme la prospection de clients, c’est-à-dire la recherche et l’identification, par

⁷²⁴ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Varenne, Collection de Thèses, 2016, n° 13, p. 15.

⁷²⁵ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 193, p. 102.

différents moyens, des personnes potentiellement intéressées par le produit du fournisseur mais sans entrer en contact avec elles⁷²⁶. L'activité du distributeur va au-delà, car la mise en rapport avec un consommateur n'a pas pour simple objectif son identification ou la présentation du produit mais de l'inciter à l'acquérir. Le distributeur participe à la conclusion du contrat de vente ou conclut lui-même le contrat⁷²⁷.

352. Il est par ailleurs permis de se demander si, outre la prise de contact avec un potentiel consommateur, le distributeur doit avoir le pouvoir de négocier les contrats à conclure. Il est utile d'aborder cette question afin de délimiter les frontières de l'activité d'un distributeur agissant pour le compte d'autrui. Précisons néanmoins que celle-ci ne s'est pas posée en droit colombien dans la mesure où la prestation essentielle de l'agent commercial est la promotion des produits du fournisseur. En effet, cette activité n'exigeant pas en elle-même une négociation, l'agent commercial qui amène un client à conclure un contrat atteint l'objectif visé ; indépendamment du fait que pour ce faire il ait réalisé ou non une activité de négociation au sens de discuter, modifier et fixer les termes du contrat définitif. À l'inverse, en droit français, la définition de l'agent commercial précise qu'il est chargé de négocier et, éventuellement, de conclure des opérations pour le compte du mandant⁷²⁸. La Cour de cassation française a interprété cette exigence de négociation dans le sens d'un pouvoir de discussion des termes de l'opération conclue pour le compte du mandant⁷²⁹. Certes, la Cour adopte une acception courante de la « négociation », il n'en reste pas moins qu'elle se heurte à ce qui constitue l'essence de l'activité de l'agent commercial. La réalisation d'une activité de négociation n'est ni nécessaire ni opportune à la qualification de l'activité de distribution⁷³⁰. La fonction première du distributeur consiste dans la diffusion stable des produits du fournisseur

⁷²⁶ *Le Petit Robert de la langue française*, 2017 : « prospector », 2.

⁷²⁷ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Varenne, Collection de Thèses, 2016, n° 13, p. 15.

⁷²⁸ C. com. fr., art. L-134-1.

⁷²⁹ Cass. com., 15 janv. 2008 : *JCP G* 2008, II, 10105, note N. Dissaux ; *CCC* 2008, comm. 68, obs. N. Mathey. La Cour a décidé que le distributeur d'abonnements de téléphonie mobile qui s'engage à ne réaliser aucune modification aux conditions fixées par le fournisseur relativement aux abonnements aux services de téléphonie ne peut pas être qualifié d'agent commercial pour la raison qu'il n'est pas investi d'un pouvoir de négociation des contrats. Cette position a été postérieurement confortée à plusieurs reprises : Cass. com., 27 avr. 2011 : *CCC*, 2011, comm. 167, obs. N. Mathey ; Cass. com., 20 janv. 2015, n° 13-24.231 : *AJCA* 2015, p. 185, obs. O. Ancelin ; *D.* 2016, p. 964, obs. D. Ferrier.

⁷³⁰ N. Mathey, « Le distributeur d'abonnements téléphoniques n'est pas un mandataire d'intérêt commun », *CCC* 2011, comm., 190. L'auteur se demande « si l'agence commerciale ne serait pas inadaptée pour la distribution de ces nombreux produits très standardisés qui constituent une partie considérable de la consommation ».

afin de conduire une clientèle à l'acquisition des produits. Lorsqu'un distributeur, dans le cadre de cette activité de diffusion stable des produits du fournisseur, suscite l'achat d'un produit par un client, peu importe l'existence de la possibilité de discuter des termes du contrat et que son activité se limite ensuite à transmettre l'ordre ou la commande au fournisseur dans les conditions fixées préalablement par celui-ci. L'objectif de son intervention a été atteint⁷³¹. Le mérite de l'agent commercial, tout comme la cause de sa rémunération, résident dans le pouvoir efficace d'attraction de clients à conclure des contrats grâce à une activité de diffusion de produits⁷³². Comme le suggèrent certains auteurs, afin d'éviter l'obstacle de la lettre de l'article L. 134-1 C. com. fr., la Cour de cassation française pourrait envisager l'activité de négociation dans un sens large. MM. Dissaux et Loir indiquent à cet égard que la négociation « peut effectivement être caractérisée par le démarchage de la clientèle, l'orientation de son choix en fonction de ses besoins, sa fidélisation par des actions commerciales ou encore la valorisation du produit »⁷³³. Après la négociation, le fournisseur ou le distributeur peuvent conclure un contrat avec le client.

b. L'éventuel pouvoir de conclure des contrats

353. La question se pose de savoir si le distributeur qui agit pour son propre compte doit avoir été habilité à conclure des contrats pour le compte du fournisseur. Observons, d'une part, qu'en droit colombien, le Chapitre V du Code de commerce relatif au contrat d'agence commerciale est inséré dans son Titre XIII qui porte sur le contrat de mandat⁷³⁴, et que ce dernier y est défini comme le « *contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter*

⁷³¹ Rappr. J. Ghestin, M. Billiau et Ch. Jamin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2011, n° 929, p. 999 : « Quand un intermédiaire prospecte la clientèle, puis négocie et fixe les termes d'un contrat qu'il se borne à soumettre à la signature de celui qui lui a donné le pouvoir et qui sera liée, il n'est guère réaliste de distinguer trop nettement les deux phases de l'opération ».

⁷³² D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 193, p. 103. Les auteurs indiquent qu'en droit allemand, la négociation désigne simplement l'action ayant pour objet d'influencer un tiers pour le pousser à conclure un contrat.

⁷³³ N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 1049, p. 561. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 193, p. 103 : « Au sens le plus étroit ce serait discuter les termes d'un contrat, au sens le plus large ce serait proposer l'adhésion à un contrat et entre ces deux acceptions ce pourrait être proposée plusieurs offres de contrats préétablies par le mandant entre lesquelles s'opérerait le choix du client ».

⁷³⁴ Le Titre XIII, intitulé « Du mandat », est composé de six chapitres : I. Généralités (arts. 1262 à 1265) ; II. Droits et obligations du mandataire et du mandant (arts. 1266 à 1278) ; III. Extinction du mandat (arts. 1279 à 1286) ; IV. Contrat de commission (arts. 1287 à 1316) ; V. Contrat d'agence (arts. 1317 à 1331) ; VI. Contrat de gérance de fonds de commerce (1332 à 1339). Le Titre XIV est relatif au contrat de courtage.

un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui »⁷³⁵. D'autre part, relevons que la définition du contrat d'agence commerciale gravite autour de l'activité matérielle de promotion des affaires du fournisseur⁷³⁶. Le contrat d'agence commerciale étant considéré comme un contrat de nature commerciale⁷³⁷ et l'agent commercial étant perçu comme un commerçant, l'activité de promotion qu'il réalise et qui a pour finalité la conclusion de contrats de vente au profit du producteur peut être qualifiée d'acte de commerce. Puisque le législateur a adopté une définition large du mandat commercial qui comprend aussi bien la conclusion que l'exécution d'actes de commerce, il n'est pas illogique d'affirmer que l'agent puisse être dépourvu d'une autorisation de conclure des contrats pour le compte du fournisseur. Le pouvoir de conclure des contrats n'est donc pas un élément de qualification du contrat d'agence commerciale.

354. Malgré la différence de rédaction des textes légaux colombiens et français⁷³⁸, il nous semble que la solution contraire qui fait du pouvoir de conclure des contrats pour le compte du fournisseur un élément de qualification de l'agent commercial, adoptée par la jurisprudence française, est critiquable⁷³⁹. En effet, comme il l'a été justement observé, « le développement d'une clientèle trouve sa cause moins dans l'activité de conclusion que dans celle de prospection et négociation »⁷⁴⁰. C'est l'attraction d'une clientèle grâce à une activité de diffusion de produits stable réalisée par l'agent commercial qui constitue l'essence de ce contrat. Cet objectif peut être atteint par ce dernier sans qu'il soit nécessaire qu'il dispose d'un pouvoir de conclure des contrats pour le compte du fournisseur. À défaut d'une habilitation à conclure des contrats pour le compte du fournisseur, le distributeur agissant pour le compte

⁷³⁵ C. com. col., art. 1262.

⁷³⁶ C. com. col., art. 1317.

⁷³⁷ L'article 20 C. com. col. liste les actes, opérations et entreprises qui ont une nature commerciale. L'alinéa 19 indique : « *Les actes et contrats réglementés par la loi commerciale* ».

⁷³⁸ V. N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé, 6^e journées franco-allemandes* (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 178. L'auteur propose que la définition du contrat d'agence commerciale, selon laquelle l'agent « est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats », ne soit pas être interprétée en ce sens que « l'agent doit avoir le pouvoir de conclure, ne serait-ce qu'éventuellement, mais plutôt qu'il doit éventuellement avoir le pouvoir de conclure ».

⁷³⁹ Cass. com. 24 sept. 2003, n° 02-12.265 ; Cass. com. 20 mai 2008, n° 07-13.488 et 07-12.234 ; CA Paris, 28 févr. 2013, n° 11/07982.

⁷⁴⁰ N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé, 6^e journées franco-allemandes* (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 178. *Adde. ibid.*, p. 185 : l'auteur prévient que « la solution risque en pratique de réduire à l'excès la catégorie des agents commerciaux car il est rare que l'agent ait à la fois le pouvoir de négocier et celui de conclure, le mandant ayant plutôt intérêt à lui accorder soit l'un, soit l'autre ».

d'autrui est essentiellement un promoteur. L'action de l'agent « est confinée entre la prospection et l'aboutissement de la négociation, la conclusion du contrat étant à la charge du mandant »⁷⁴¹. Il prend contact avec les clients potentiels et est tenu d'un effort destiné à conduire le client à la conclusion du contrat. Sa rémunération dépend du succès de la conclusion du contrat par le fournisseur avec le client séduit. Ajoutons que les actes préalables à la conclusion du contrat sont des activités matérielles qui acquièrent une tournure juridique plus marquée au fur et à mesure qu'ils se rapprochent de la conclusion d'un contrat.

355. Cette position est confortée par l'article 1318 C. com. col., qui prévoit que le fournisseur qui a assigné un territoire à l'agent commercial doit lui verser une commission lorsqu'il réalise une opération avec un client situé sur ce territoire⁷⁴². La solution se fonde sur une présomption selon laquelle le fournisseur a conclu le contrat grâce à l'activité de diffusion stable de l'agent sur le marché. Cela démontre que l'activité fondamentale du distributeur agissant pour son propre compte peut résider dans la mise en contact avec des clients potentiels pour les amener à l'acquisition d'un produit, indépendamment du fait que le fournisseur soit celui qui signe le contrat. L'habilitation à conclure des contrats au nom du fournisseur est également inapte à créer une distinction entre les distributeurs.

2. L'inopportunité d'une distinction fondée sur l'existence d'un pouvoir de représentation

356. En matière de droit de la distribution, la représentation, dans le sens courant d'une personne qui prend la place d'autrui⁷⁴³, peut se présenter de deux manières. Économiquement, tout d'abord, lorsque le distributeur identifie ses locaux avec l'enseigne du fournisseur et utilise sa marque ainsi que son nom commercial. Le distributeur fait sienne l'image du fournisseur, à tel point que le consommateur peut croire que tous les magasins du réseau qui utilisent la même enseigne et vendent les produits de la même marque appartiennent au même titulaire. Il s'agit

⁷⁴¹ F. Fournier, *L'agence commerciale, Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, 2^e éd., Litec, 2005, n° 197, p. 112.

⁷⁴² Rapp., C. com. fr., art. 134-4, al. 2^e : « Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe ».

⁷⁴³ *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2018. V° « représentation », III, 1.

d'une sorte de « représentation commerciale »⁷⁴⁴. Juridiquement, ensuite, dans le cas où le distributeur ne représente le fournisseur que lorsqu'il conclut au nom de ce dernier des contrats avec les clients⁷⁴⁵. La représentation est importante quant aux effets juridiques qu'elle produit à l'égard des clients dans la mesure où en vertu de celle-ci les effets du contrat se produisent entre le fournisseur (représenté) et les clients⁷⁴⁶. L'article 833, al. 1^{er}, C. com. col. dispose à cet égard que les « *actes juridiques proposés ou conclus par le représentant au nom du représentant, dans les limites de ses pouvoirs, produisent directement des effets à l'égard de ce dernier* »⁷⁴⁷.

357. Mis à part les effets de la représentation, on ne saurait dégager des conséquences à l'égard du régime de la cessation des contrats de distribution⁷⁴⁸. En particulier, toute distinction quant au rattachement de la clientèle du fait de l'action du distributeur en son nom propre est injustifiée. En effet, le distributeur qui agit pour le compte du fournisseur en son nom propre et qui diffusent les produits sous l'enseigne de ce dernier ne masquent nullement l'identité du fournisseur. Au contraire, le fournisseur a tout intérêt à ce que le distributeur qui agit pour son compte mais sans le représenter expose à la vue de tous son image, son enseigne et sa marque, afin de créer une liaison commerciale directe avec le client⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ V. Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 57, p. 27: « Les concessionnaires, bien qu'assurant la représentation commerciale de leur cocontractant, n'assurent pas leur représentation juridique ».

⁷⁴⁵ Le Code de commerce colombien prévoit le concept de représentation volontaire par opposition à celui de représentation d'origine légale. L'article 832 dispose ainsi : « *Il y a représentation volontaire lorsqu'une personne autorise une autre à conclure en son nom un ou plusieurs actes juridiques. L'acte par lequel l'autorisation est accordée se dénomme donner procuration et il peut être accompagné d'autres actes juridiques* ». V. F. Hinestrosa, *La representación*, Universidad Externado de Colombia, 2008, 602, p.

⁷⁴⁶ Le livre IV du Code de commerce (« Des contrats et obligations commerciaux »), Titre I (« Des obligations en général »), consacre dans son Chapitre II, intitulé « La représentation », les articles 832 à 844 à ce sujet.

⁷⁴⁷ Le distributeur, tout en agissant pour le compte du fournisseur, peut agir en son nom propre, auquel cas il n'existe pas de représentation, même si on dénomme parfois cette situation représentation imparfaite.

⁷⁴⁸ Comp. N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^e journées franco-allemandes (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 179 : « Les mandataires sont transparents en ce sens qu'ils ne sont pas juridiquement liés aux tiers contractants c'est-à-dire aux clients, ils n'ont pas la qualité de commerçant et sont dépourvus de fonds de commerce ». En droit colombien, l'agent commercial qui agit pour le compte et au nom du mandataire est un commerçant et titulaire d'un fonds de commerce. S'il en va ainsi, c'est parce qu'il remplit le critère de commercialité étant donné qu'il réalise des actes de commerce à titre habituel (peu importe s'il le fait au nom et pour le compte d'autrui). De plus, puisque la clientèle n'est pas un élément du fonds de commerce (art. 516 C. com. col.), pour être considéré comme le titulaire d'un tel fonds, un agent commercial ne doit pas prouver la titularité d'une clientèle.

⁷⁴⁹ Cependant, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 253, p. 134, relève que : « Le développement des relations commerciales à l'échelle internationale entraîne un recours plus fréquent au

358. En droit colombien, l'agent commercial peut agir au nom du fournisseur ou en son nom propre, sans que cela détermine une distinction de régimes. Cette conception mérite d'être approuvée. À cet égard, observons qu'en droit français, le contrat dit de commission-affiliation a fait l'objet d'un contentieux, démontrant l'inopportunité d'opérer une distinction selon que le distributeur agisse au nom du fournisseur ou en son nom propre lorsqu'il est chargé d'une mission stable de diffusion des produits du fournisseur⁷⁵⁰. Dans ce type de contrat, créé par la pratique, un fournisseur met à la charge d'un commissionnaire la diffusion stable de ses produits pour son compte et en son nom propre. Celui-ci agit alors sous l'enseigne et utilise les autres signes distinctifs du fournisseur. Puisque le commissionnaire-affilié n'agit pas au nom du producteur, il ne peut cependant être qualifié d'agent commercial en droit français et n'a alors pas le droit de réclamer une indemnité de clientèle au terme du contrat. Certes, traditionnellement, l'intermédiaire qui agit pour le compte d'autrui en son nom propre dissimule totalement ou partiellement sa qualité d'intermédiaire⁷⁵¹. La clientèle étant liée au commissionnaire, elle serait attachée à ce dernier et non pas au fournisseur⁷⁵². Pourtant, dès lors que le distributeur agit pour le compte d'autrui en son nom propre mais sous l'enseigne du fournisseur, ce modèle classique doit être écarté tant l'image du fournisseur - et donc son identité - est évidente pour les clients. M. Leloup a pu se demander à cet égard, « comment cacher le nom du commettant quand il constitue l'enseigne du magasin ? Cette tentative de résurgence du vieux contrat de commission, comme beaucoup d'autres, se heurte à l'enseigne du commettant proclamée par le prétendu commissionnaire »⁷⁵³. L'importance des signes distinctifs du producteur pour les consommateurs aujourd'hui rend inopérant tout essai de rattachement de la clientèle au distributeur qui agit pour le compte d'autrui en son nom propre. En outre, le distributeur peut également agir pour son compte et en son nom.

commissionnaire à la vente lorsque l'identité ou plus précisément la nationalité du producteur est de nature à gêner l'établissement de la relation avec les acheteurs professionnels ou les consommateurs ».

⁷⁵⁰ Les données du problème sont différentes en droit français. En effet, les difficultés sont liées à la définition du mandat qui implique en principe le pouvoir du mandataire d'accomplir quelque chose pour le mandant et en son nom (art. 1984 C. civ. fr.). En droit colombien, le mandataire, civil ou commercial, peut agir au nom du mandant ou en son nom propre. (art. 2142 C. civ. col., art. 1262 C. com. col.).

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

⁷⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 538, p. 309 : « le commissionnaire est ostensiblement un intermédiaire : il déclare qu'il agit en son nom et pour le compte d'autrui, dont il ne révèle le nom ».

⁷⁵² Pour une critique, v. N. Ferrier, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^e journées franco-allemandes (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 180.

⁷⁵³ J.-M. Leloup, *La franchise*, 3^e éd., Delmas, 2004, n° 842, p. 154.

B. La conclusion des contrats pour son propre compte

359. Une autre modalité d'exécution des prestations caractéristiques identifiées est celle par laquelle le distributeur détient la qualité de revendeur des biens ou de prestataire des services vis-à-vis des clients. Dans ce cas, le contrat de distribution ne se suffit pas à lui-même dans la mesure où il n'engendre pas d'obligations de transférer la propriété et de payer le prix des produits⁷⁵⁴. Cependant, il comporte l'obligation de conclure des contrats ultérieurs de vente du fait de la stipulation d'une clause d'exclusivité ou de clauses qui engagent le distributeur à parvenir à un chiffre d'affaires minimum ou à réaliser un volume d'achat minimum. Dans la mesure où les commandes passées par le distributeur supposent un nouveau consentement des parties, elles constituent des contrats de vente juridiquement indépendants. Les conditions plus ou moins spécifiques de ces contrats sont fixées par le contrat de distribution. En ce sens, le contrat de distribution revêt la nature d'un contrat-cadre (1). Puisque les contrats d'application ne constituent que l'exécution du contrat-cadre de distribution, l'emprise de ce dernier sur ces contrats est certaine (2).

1. La nature du contrat-cadre de distribution

360. Les contrats de distribution sont des contrats complexes. Ils peuvent contenir des prestations de diverses natures, telles que l'autorisation de l'utilisation de signes distinctifs du fournisseur, le prêt à usage, la location de matériel, la transmission d'un savoir-faire, ou encore l'obligation de réaliser des investissements spécifiques⁷⁵⁵. La plupart des obligations insérées dans les contrats de distribution et les contrats qui les accompagnent sont exigibles immédiatement, dès le début de l'exécution de l'opération de distribution. Néanmoins, le contrat de distribution fixe également les conditions des contrats qui seront conclus ultérieurement entre les parties, s'agissant de la mise à disposition⁷⁵⁶ ou de l'acquisition par le

⁷⁵⁴ En droit colombien, le contrat de vente n'a pas pour effet le transfert de la propriété de la chose mais fait naître l'obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur. La propriété doit ensuite être transférée par la voie d'un autre acte juridique de transfert.

⁷⁵⁵ Se pose ainsi la question de l'identification des prestations qui font partie du contrat de distribution et les contrats constitutifs du contrat complexe de distribution. En effet, « comme tous les contrats résultant d'un assemblage contractuel, il soulève la question classique du degré d'autonomie de chacun des contrats constitutifs para rapport à la catégorie dont il procède » A. Brunet et A. Ghazi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.*, 1998, p. 8, n° 29.

⁷⁵⁶ Lorsque le distributeur agit pour le compte du fournisseur, le contrat de distribution peut également revêtir la nature de contrat-cadre. En particulier, il peut fixer les conditions des contrats ultérieurs par lesquels le fournisseur met à la disposition du distributeur les produits destinés à être commercialisés, notamment les conditions des contrats ultérieurs de dépôt.

distributeur des produits destinés à être commercialisés. En ce sens, le contrat de distribution peut être envisagé comme un contrat-cadre. Après avoir distingué le contrat-cadre d'autres contrats tel le contrat de fourniture (a), il conviendra d'identifier son critère distinctif (b).

a. La différence avec le contrat de fourniture

361. Selon l'article 973 C. com. col., le contrat de fourniture⁷⁵⁷ est le contrat par lequel « une partie s'oblige, en échange d'une contreprestation, à réaliser en faveur d'une autre, de façon indépendante, des prestations périodiques ou continues de choses ou de services ». Il s'agit d'un contrat unique à exécution successive qui peut revêtir des fonctions importantes en matière de production et de distribution⁷⁵⁸. Les parties doivent désigner les prestations à la charge des parties, en l'occurrence la nature ou le genre des produits et l'obligation de payer un prix en retour. Cependant, la loi n'exige pas que les parties déterminent immédiatement ou s'accordent sur la manière de déterminer l'objet de leurs obligations. En effet, elles peuvent demeurer silencieuses tant en ce qui concerne la façon de déterminer la quantité des produits à transférer, que de la manière de fixer leur prix. Il en est ainsi parce que le législateur a consacré des règles supplétives qui permettent de déterminer ces éléments lorsque les parties ne se sont pas prononcées. S'agissant du prix, l'article 970 C. com. col. prévoit que si les parties n'indiquent ni le prix ni la manière de le déterminer mais qu'un nouvel accord de volontés n'est pas nécessaire, il est présumé qu'elles acceptent le prix moyen des choses ou des services fournis au jour et au lieu d'exécution de la prestation. En matière de distribution, il s'agirait du prix de gros moyen auquel les fournisseurs vendent ces produits aux distributeurs. Quant aux produits, en l'absence d'indication de leur quantité, le fournisseur est tenu de fournir celle correspondant aux besoins de l'autre partie. Si les parties ont fixé une quantité minimale, le fournisseur est tenu de fournir cette quantité et le distributeur de l'acheter. Force est de constater qu'en vertu de ces règles supplétives, l'indétermination du prix ou des quantités de produits à fournir ne conduit jamais à la nullité du contrat pour indétermination de son objet.

362. Suivant la lettre de l'article 970 C. com. col., la qualification du contrat de fourniture doit être exclue lorsqu'un nouvel accord de volontés est nécessaire pour déterminer le prix de chaque prestation. Conformément à cette logique, le fournisseur ne peut pas non plus se réserver

⁷⁵⁷ En espagnol, « contrato de suministro », en italien « contratto di somministrazione », qui vient du latin *subministro*, qui signifie fournir, procurer, apporter.

⁷⁵⁸ J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 14^e éd., Legis, Bogotá, 2015, p. 5.

la faculté d'accepter ou non les commandes passées par le distributeur. Ces solutions sont conséquentes dans la mesure où le législateur a prévu des règles supplétives pour que les prestations soient toujours déterminables lorsque les parties sont demeurées silencieuses. Partant, la nécessité d'un nouvel accord de volontés lors de l'exécution de chaque prestation ou le droit du fournisseur de refuser les commandes passées par son cocontractant révèlent l'absence de consentement ferme des parties qui est nécessaire à la formation du contrat de fourniture.

363. Un avantage de ce contrat tient au fait que la clause de prix catalogue est valable, dès lors que la loi dispose que les parties doivent indiquer le prix ou la manière de le déterminer. En pratique, le contrat de fourniture peut cependant comporter certains inconvénients. En effet, le fournisseur peut préférer se réserver la faculté d'accepter ou de refuser les commandes passées par le distributeur et que les quantités soient définies dans les accords subséquents⁷⁵⁹. Le recours au contrat de fourniture est alors exclu. De même, les parties ne stipulent généralement pas les quantités de marchandises à livrer mais des clauses de quota ou de minima qui engagent le distributeur à passer des commandes au fur et à mesure que son stock diminue. Les contractants peuvent alors préférer la conclusion de contrats successifs de vente.

b. Le critère distinctif : l'obligation de conclure des contrats ultérieurs de vente

364. À différence de la doctrine colombienne, la doctrine française a beaucoup discuté de la portée du contrat-cadre de distribution. Pour la plupart des auteurs, le contrat-cadre peut éventuellement stipuler une obligation de conclure des contrats d'application⁷⁶⁰. La doctrine distingue ainsi les contrats-cadres qui comportent l'obligation de contracter de ceux qui ne comportent pas une telle obligation. Le nouvel article 1111 du Code civil français définit ainsi le contrat-cadre comme « *un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les*

⁷⁵⁹ Sur l'application du contrat d'application en droit italien (qui a inspiré la définition de ce contrat en droit colombien), v. F. Bortolotti, « Le contrat de distribution en Italie », in *Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives*, Cah. dr. entr. 3/4, 1997, p. 26.

⁷⁶⁰ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, art. 111, p. 69 : « La conclusion de contrats d'application peut faire l'objet d'une obligation stipulée dans le contrat cadre, mais rien ne l'impose ». J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, LGDJ, 1996.

modalités d'exécution ». Cette définition retient donc une conception large du contrat-cadre. D'autres auteurs soutiennent une distinction entre contrat-cadre et contrat matrice, la différence entre les deux étant que le second ne se limite pas à fixer les conditions des contrats ultérieurs mais impose leur conclusion⁷⁶¹.

365. Les contrats de distribution font partie de cette dernière catégorie. C'est selon cette signification que nous utiliserons l'expression de contrat-cadre. En effet, si les parties concluent un contrat-cadre qui ne prévoit ni d'obligation directe ni d'obligation indirecte de conclure des contrats de vente, les parties conservent la liberté de les conclure ou non à chaque occasion. Les parties ne sont donc pas liées d'une façon stable dans la mesure où le revendeur peut décider de s'adresser à un autre fournisseur à n'importe quel moment. La précarité de ce contrat n'est pas apte à assurer la fonction de diffusion stable des produits du fournisseur en vue de conquérir et d'exploiter un marché. En réalité, le contrat-cadre de distribution lie durablement les parties et rend obligatoire la conclusion de contrats ultérieurs afin de satisfaire l'objectif d'exploitation d'un marché ; « soit directement par le jeu d'une clause de quota ou de minima imposant à son débiteur de réaliser un certain chiffre d'affaires, soit indirectement par la stipulation d'une clause d'exclusivité contraignant le débiteur à s'approvisionner auprès d'un fournisseur désigné à l'exclusion de tout autre »⁷⁶².

366. Cependant, il ne constitue ni une promesse unilatérale ni une promesse synallagmatique de vente. L'indétermination, au moment de la conclusion du contrat de distribution, des éléments essentiels des contrats qui seront conclus ultérieurement conduit à cette conclusion. En effet, « même parfait, le contrat cadre, à la différence d'une promesse de vente, ne fait pas naître une obligation de livrer et de payer le prix, mais une obligation de faire : passer des commandes pour des quantités minimum déterminées ; répondre à ces commandes et, le cas échéant, s'abstenir de vendre à autrui »⁷⁶³. De ce fait, toute exécution forcée en nature est

⁷⁶¹ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 574, p. 340 : « À la différence du contrat-cadre visé par l'article 1111 du Code civil, le contrat matrice, puisqu'il contient une obligation d'achat, devrait déterminer tous les éléments essentiels à la formation des contrats d'application conclus en exécution de cette obligation, en l'occurrence contrats de vente, et notamment la nature et les prix des produits qui en font l'objet ».

⁷⁶² P. Puig, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2017, n° 151, p. 166. V. égal. N. Eréséo, *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. Ferrier, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, n° 90, p. 63.

⁷⁶³ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 829.

écartée. L'obligation de conclure des contrats est une obligation de faire qui se résout avec le versement de dommages-intérêts⁷⁶⁴.

367. Dès lors que le contrat-cadre engendre une obligation de conclure des contrats de vente, il reste à s'interroger sur l'exigence de la détermination de l'objet de cette obligation. La question ne se pose que lorsque le contrat de distribution fait peser une obligation d'achat sur le distributeur⁷⁶⁵. À cet égard, l'article 1518 C. civ. col. exige que l'objet du contrat soit déterminé ou déterminable⁷⁶⁶. Certes, rien ne semble exclure son application aux prestations de donner une somme d'argent ; toutefois, il convient de ne pas confondre l'objet du contrat-cadre de distribution et l'objet des contrats d'application subséquents. Le contrat-cadre engendre une obligation de faire, à savoir conclure des contrats de vente à l'avenir. Cette obligation, même dans le cas où les parties auraient stipulé une clause de quota, de minima ou d'exclusivité, n'implique ni une obligation de payer un prix ni une obligation de transférer la propriété des produits⁷⁶⁷. À la différence du contrat de vente, le prix n'est pas un élément essentiel du contrat-cadre de distribution⁷⁶⁸. L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable ne lui est alors pas applicable⁷⁶⁹. Il importe en tout état de cause de relever les liens entre le contrat-cadre de distribution et les contrats ultérieurs conclus en application de celui-ci.

⁷⁶⁴ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, LGDJ, 1996, n° 395 et s.

⁷⁶⁵ Lorsque le contrat ne met pas à la charge du distributeur une obligation de conclure des contrats ultérieurs de vente, une clause de prix catalogue doit être considérée comme valable dans la mesure où le distributeur reste libre d'acheter ou non les produits du fournisseur selon la liste de prix indiquée par ce dernier au moment de la commande.

⁷⁶⁶ C. civ. col., art. 1518, al. 2^e et 3^e : « *Non seulement les choses qui existent peuvent faire l'objet d'une déclaration de volonté, mais également celles dont on attend l'existence ; mais il est nécessaire que les unes comme les autres soient commerciales et déterminées, au moins quant à leur genre. La quantité peut être incertaine pourvu que l'acte ou le contrat fixe les règles ou ait les données qui servent à la déterminer* ».

⁷⁶⁷ V. A. Brunet et A. Ghazi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.*, 1997, n° 29, p. 8 : « Un accord prévoyant des contrats pour son exécution n'est pas, par lui-même, translatif de propriété ; il met à la charge des parties des obligations qui chacune comportent un ou plusieurs objets dont la satisfaction dépend des contrats à conclure ».

⁷⁶⁸ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, *op. cit.*, n° 574, p. 340. Pour les auteurs, dès lors qu'il contient une obligation d'achat, il devrait « déterminer tous les éléments essentiels à la formation des contrats d'application conclus en exécution de cette obligation, en l'occurrence contrats de vente, et notamment la nature et les prix des produits qui en font l'objet ».

⁷⁶⁹ Rappr. Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Les obligations, L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, p. 237 : « la question de la détermination du prix s'est trouvée curieusement posée à propos d'un contrat, le contrat-cadre, qui n'en comporte pas ».

2. L'emprise du contrat-cadre sur les contrats d'application

368. Les contrats qui sont conclus à la suite du contrat-cadre de distribution, conformément aux conditions fixées par ce dernier, constituent des contrats juridiquement autonomes puisqu'ils supposent à chaque fois un nouveau consentement des parties⁷⁷⁰. Il n'en reste pas moins qu'ils constituent des modalités d'exécution du contrat-cadre de distribution. Ils sont donc orientés vers l'accomplissement de ses prestations caractéristiques : l'activité de diffusion stable des produits du fournisseur en vue de la conquête et de l'exploitation d'une clientèle. Ces contrats conservent leur autonomie juridique, mais le contrat de distribution exerce à leur endroit une influence importante. Les liens entre le contrat-cadre et les contrats d'application peuvent être examinés sous plusieurs rapports. Il en va ainsi des effets de la résolution pour inexécution ou de la nullité du contrat-cadre à l'égard de ceux-ci ou bien des effets de l'inexécution des contrats d'application à l'égard du contrat-cadre. Cependant, puisque le contrat-cadre de distribution fait peser une obligation d'achat sur le distributeur, la question de la fixation des prix des contrats ultérieurs de vente est particulièrement importante. À cet égard, notons que l'emprise du contrat-cadre de distribution sur les contrats d'application se manifeste par la naissance d'une obligation de négocier de bonne foi le prix de ces contrats ultérieurs de vente lorsque les parties n'ont rien convenu (a). Les parties ont également la possibilité de s'accorder sur la manière de déterminer le prix et peuvent notamment stipuler une clause de prix catalogue (b). Dans ce cas, l'exercice de cette faculté unilatérale de fixation du prix des contrats de vente doit être jugé à l'aune du contrat-cadre de distribution dans le cadre duquel elle s'inscrit (c).

a. L'obligation de négocier les contrats ultérieurs de vente en l'absence d'un prix déterminable

369. Lorsque les parties demeurent silencieuses quant au prix des contrats ultérieurs de vente, une distinction s'impose. En effet, l'article 920 C. com. col., qui prévoit l'obligation des parties de convenir du prix ou de la façon de le déterminer, indique que « *si l'acheteur reçoit la chose, il est présumé que les parties acceptent le prix moyen du jour et au lieu de la livraison* ». Cette règle doit, en conséquence, être appliquée lorsque le distributeur a passé une commande auprès

⁷⁷⁰ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, art. 1111, p. 69 : « La conclusion de contrats d'application peut faire l'objet d'une obligation stipulée dans le contrat-cadre, mais rien ne l'impose ».

du fournisseur et a reçu les produits sans qu'il y ait eu d'accord préalable sur le prix des marchandises. En dehors de cette hypothèse, le distributeur peut contester le prix des produits lors de la passation de la commande. Se révèle alors l'emprise du contrat-cadre de distribution. Puisqu'il crée une obligation de conclure les contrats de vente en vertu de la stipulation d'une clause de quota ou de minima ou d'une clause d'exclusivité, les parties ne sont pas aussi libres que si elles étaient des tiers. En effet, le devoir d'exécuter le contrat de distribution de bonne foi fait peser sur celles-ci une obligation de négocier le prix des contrats ultérieurs de vente. Concrètement, il s'agit d'une obligation de résultat d'entrer en négociations et d'une obligation ultérieure de moyens d'atteindre un accord sur le prix⁷⁷¹. L'efficacité du contrat-cadre se trouve subordonnée à un accord des parties sur le prix à l'occasion de chaque vente⁷⁷². Si elles ne réussissent pas à trouver d'accord, le contrat-cadre de distribution est voué à l'échec.

370. Pour sortir de cette impasse, la jurisprudence colombienne pourrait cependant songer à une autre solution. L'article 970 C. com. col., relatif au contrat de fourniture, prévoit qu'à défaut de stipulation d'un prix ou de la manière de le déterminer, sans qu'un nouvel accord de volontés soit nécessaire, il est présumé qu'elles acceptent le prix moyen des choses ou des services au lieu et du jour de son exécution, ou du domicile du contractant fournie si les parties se trouvent dans des lieux différents⁷⁷³. Il nous semble que cette solution pourrait être appliquée lorsque les parties n'ont pas fixé la procédure de détermination du prix des contrats de vente conclus en exécution d'un contrat-cadre de distribution. Certes, la solution peut être discutable tant le contrat de fourniture constitue un contrat unique. Cependant, à l'instar du contrat de distribution, il est un contrat de longue durée à exécution successive et la règle en question permettrait de le compléter lorsque les parties sont demeurées silencieuses. Elle pourrait ainsi sauver de l'échec le contrat de distribution lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le prix des contrats ultérieurs de vente. En outre, l'application de cette règle conduirait les parties à être plus attentives et à insérer une clause relative à la détermination du prix des commandes. La « fonction répulsive » des clauses supplétives⁷⁷⁴ est certaine.

⁷⁷¹ V. Y. Lequette, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n° 4, p. 271.

⁷⁷² D. Ferrier, « Les apports au droit commun des obligations », *RTD com.*, 1997, p. 56, n° 19.

⁷⁷³ Il s'agit de la même solution que celle posée dans l'article 920 C. com. col. relatif au contrat de vente qui indique que, lorsque les parties ne conviennent pas du prix ou de la façon de le déterminer, si l'acheteur reçoit la chose, il est présumé que les parties acceptent le prix moyen au jour et au lieu de la livraison.

⁷⁷⁴ V. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n° 588, p. 571 : « Enfin, et surtout, il est certaines règles supplétives dont on perçoit qu'elles n'ont pas essentiellement pour mission

Toutefois, les parties ont aussi la possibilité de stipuler une clause de prix catalogue dans le contrat de distribution.

b. L'application de la clause de prix catalogue aux contrats ultérieurs de vente

371. La question qui se pose à présent est celle de savoir si le prix dans les contrats ultérieurs de vente peut être fixé unilatéralement en application de cette clause⁷⁷⁵. Afin d'y répondre, il est nécessaire d'examiner le régime juridique du contrat de vente en droit colombien. Celui-ci en consacre deux modalités : la vente civile⁷⁷⁶ et la vente commerciale⁷⁷⁷. Précisément, l'article 1865 C. civ. col. établit que « *la détermination du prix ne pourra être laissée à la discrétion de l'une des parties* »⁷⁷⁸ ; tandis que le Code de commerce colombien indique, dans son article 920, qu'« *il n'y aura pas de contrat de vente si les contractants ne s'accordent pas sur le prix ou sur la façon de le déterminer. Mais si l'acheteur reçoit la chose, il est présumé que les parties acceptent le prix moyen du jour et au lieu de la livraison* ».

372. L'article 1865 C. civ. col. n'est pas applicable en matière commerciale. Les deux législations demeurent en effet autonomes : l'application des règles civiles n'est en principe admise en matière commerciale que s'il existe une lacune juridique qui ne peut être comblée par l'application de la législation commerciale. Cela étant, l'absence de prohibition en matière de vente commerciale de laisser le prix à la discrétion de l'une des parties peut être avancée pour soutenir la validité de la clause de prix catalogue⁷⁷⁹. La Cour de cassation colombienne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la fixation unilatérale du prix dans les contrats

d'incarner les valeurs idéales de l'ordre juridique qui les édicte. À rebours, et non sans un certain paradoxe, la règle, supplétive peut en effet être conçue et utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les sujets de droit à exercer la liberté de principe dont ils disposent et à sanctionner leur silence là où l'expression de leur volonté aurait été souhaitable. Dans ces circonstances, la règle supplétive peut être qualifiée de "répulsive" ».

⁷⁷⁵ En droit français, avec l'introduction de l'article 1164 C. civ. fr., on pourrait penser que la détermination unilatérale du prix dans les contrats de vente est possible lorsque ces contrats constituent l'exécution d'un contrat-cadre. Il nous semble que la logique de ce nouvel article peut conduire à tempérer l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable dans le contrat de vente (art. 1591 C. civ. fr.). En effet, l'existence d'un prix déterminé ou déterminable serait toujours exigible, mais l'admission de sa fixation par l'une des parties pourrait être permise lorsqu'elle résulte de l'exécution d'un contrat-cadre où les parties ont établi la manière de déterminer le prix des contrats ultérieurs de vente. Le distributeur demeure en tout cas protégé, car le fournisseur doit motiver le prix fixé en cas de contestation, ce qui peut constituer un élément de preuve important si le distributeur se plaint d'un abus dans la fixation unilatérale du prix.

⁷⁷⁶ C. civ. col., arts. 1849 et s.

⁷⁷⁷ C. com. col., arts. 905 et s.

⁷⁷⁸ C. civ. col., art. 1865, al. 5^e. V. CSJ, chambre civile, 8 juill. 1977.

⁷⁷⁹ E. Rengifo, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Legis, Bogotá, 2014, p. 19.

de vente commerciale. Pour sa part, la justice arbitrale a répondu à cette question en admettant la possibilité de conférer à l'un des contractants la faculté de déterminer ou de modifier un élément du contrat pourvu qu'elle lui ait été conférée expressément par le contrat ou par la loi⁷⁸⁰. Le fondement alors invoqué pour affirmer la validité de la fixation unilatérale du prix dans le contrat de vente ultérieure est le principe du *pacta sunt servanda* en matière contractuelle.

373. Il nous semble cependant que même en l'absence de prohibition expresse, la validité catégorique de la fixation unilatérale du prix en matière de vente commerciale ne peut être admise, ne serait-ce qu'en application de l'exigence d'un prix déterminable établie par l'article 920 C. com. col. En effet, la condition d'un prix déterminable peut être interprétée dans le sens d'exiger que le prix ne soit pas laissé à la volonté de l'une des parties. Cette interprétation conduit à instaurer une protection en faveur de l'acheteur visant à le faire échapper à l'arbitraire de l'autre partie⁷⁸¹. Compte tenu de cette finalité, une distinction s'impose. D'une part, l'interdiction de la fixation unilatérale de vente, en matière de vente commerciale, devrait s'appliquer aux hypothèses d'une vente isolée conclue entre deux commerçants ou lorsqu'un contrat-cadre confie la détermination du prix au fournisseur lors de chaque commande sans lui imposer l'application de ses listes de prix (catalogue). D'autre part, à l'opposé, l'exigence d'un prix déterminable pourrait être tempérée lorsque le contrat de vente commerciale constitue l'exécution d'un contrat-cadre qui prévoit une clause de prix catalogue. Certes, dans ce cas, le distributeur qui s'est obligé de se fournir chez le même fournisseur « n'est pas à même de refuser des marchandises vendues à un prix qu'il n'aura pas préalablement négocié » ; il se voit ainsi privé de la liberté de ne pas contracter, « seul moyen dont il dispose pour faire pression sur le fournisseur »⁷⁸². Cependant, on peut considérer que la clause de prix catalogue comporte une procédure qui permet de rendre le prix déterminable par renvoi aux listes de prix du

⁷⁸⁰ Sent. Arb., 14 déc. 2006, *Comcelulares c/ Comcel*, *op. cit.* ; 25 mars 2009, *Megaenlace NET S.A. c/ Telefónica Móviles Colombia S.A*, *op. cit.*. V. aussi, sent. arb., 18 mars 2002, *Cellular Trading de Colombia Ltda. c/ Comunicación celular S.A*, *op. cit.*,

⁷⁸¹ D. Ferrier, « Les apports au droit commun des obligations », *RTD com*, 1997, n° 15, p. 54. En droit colombien, v. J. Suescún Melo, « La nulidad por indeterminación del objeto. Medio de protección del más débil », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. I., 2^e éd. Legis, 2003, p. 107 et s.

⁷⁸² A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.*, 1997, n° 12, p. 4.

fournisseur⁷⁸³. Dans ce cas, le fournisseur n'est pas totalement libre dans la mesure où il ne peut fixer, selon son bon vouloir, la liste des prix applicables à ses distributeurs. En effet, ces ventes sont passées en exécution d'un contrat-cadre qui lie les intérêts économiques des parties en ce que le fournisseur est intéressé au succès de ses distributeurs. Le fournisseur n'a pas intérêt à étrangler son réseau de distribution⁷⁸⁴. En outre, le prix fixé unilatéralement par le fournisseur n'est pas nécessairement arbitraire⁷⁸⁵, car il est généralement déterminé pour l'ensemble de ses distributeurs, sous les contraintes découlant de la concurrence avec les autres réseaux de distribution qui interviennent sur le marché. L'emprise du contrat-cadre de distribution sur le régime des contrats ultérieurs de vente est ainsi affirmée. La faculté de fixation unilatérale du prix doit alors être appréciée à l'aune du contrat de distribution dans lequel elle s'inscrit.

c. Le contrôle du prix fixé unilatéralement à l'égard des contrats d'application

374. Le contrôle de cette prérogative est difficile à réaliser, car le prix est une valeur d'échange en monnaie fondée sur de multiples critères économiques⁷⁸⁶. Par ailleurs, l'abus étant une notion relativement floue et sans unité⁷⁸⁷, sa souplesse permet aux juges du fond de rechercher le critère le plus adéquat pour son application dans le contrôle du prix. L'examen de cette prérogative conduit, en toute hypothèse, à la mise en œuvre d'un système de contrôle du prix par le juge⁷⁸⁸. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas ici d'identifier un critère unique de

⁷⁸³ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 396 ; D. Ferrier, « Les apports au droit commun des obligations », *RTD com.*, 1997, p. 56, n° 20, affirme : « Pour la clause de prix catalogue comme pour la clause à dire de tiers, le prix se trouve déterminé par une volonté s'exprimant postérieurement à la conclusion du contrat. La seule différence notable tient à ce que selon la première stipulation le prix est fixé par la volonté de l'une des parties, selon la seconde par la volonté d'un tiers. Il apparaît avec la première stipulation un risque d'arbitraire qui ne se retrouve pas avec la seconde ».

⁷⁸⁴ L. Aynès, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.*, 1993, p. 25, I-1.

⁷⁸⁵ L. Aynès, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (D. Mazeaud et Ch. Jamin sous dir.), Economica, 1999, n° 4, p. 3. L. Aynès, « La question de la détermination du prix », in *Le contrat-cadre de distribution : enjeux et perspectives*, *Cah. Dr. Entr.*, Suppl. 3/4, p. 17 : « Ce qui menace en effet la prévisibilité contractuelle, ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir, c'est 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) ».

⁷⁸⁶ M.-A. Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, n° 41, p. 9, indique que dans les opérations économiques complexes, il convient d'élargir la notion de prix à celle de contrepartie financière pour appréhender globalement la relation contractuelle et de prendre en considération les ristournes, les commissions, les avantages divers, etc.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, n° 33, p. 8.

⁷⁸⁸ J. Huet, « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », *op. cit.*, n° 7, p. 324.

l'abus de cette prérogative mais d'admettre que le juge s'appuie sur un faisceau d'indices et de circonstances⁷⁸⁹.

375. Force est alors de constater qu'à l'égard des contrats de vente conclus dans le cadre de l'exécution d'un contrat de distribution, il existe un antagonisme d'intérêts des parties : un prix plus élevé de vente au fournisseur peut signifier des bénéfices majeurs en faveur du fournisseur. Cependant, à la différence d'un contrat de vente isolé pour lequel il n'existe pas de contrôle de prix⁷⁹⁰, s'agissant des contrats d'application conclus en exécution d'un contrat-cadre de distribution, un contrôle de la mise en œuvre de la prérogative de fixation unilatérale du prix est possible. Comme nous l'étudierons postérieurement, l'existence d'un but commun poursuivi par les parties est l'un des critères de contrôle des prérogatives unilatérales dans les contrats de distribution⁷⁹¹. Cependant, d'une part, cela ne signifie pas que le fournisseur ne puisse légitimement poursuivre ses intérêts particuliers lors de la fixation unilatérale dans le contrat de distribution ; d'autre part, le contrôle de l'abus implique l'idée d'un excès et donc de l'admission d'un certain niveau de déséquilibre⁷⁹². Partant de ce constat, l'abus ne serait caractérisé que lorsque le fournisseur, poursuivant légitimement la satisfaction de ses intérêts particuliers, porte une atteinte excessive ou manifeste à l'objectif commun. Il en va ainsi dans la mesure où cet objectif commun intègre la cause du contrat de distribution ; il constitue un intérêt concret qui a conduit les parties à contracter⁷⁹³. En d'autres termes, si le fournisseur peut

⁷⁸⁹ Le prix du marché n'est que l'un des éléments que le juge doit prendre en compte. La doctrine est unanime à cet égard : l'abus ne peut être déduit du seul écart entre le prix fixé par le fournisseur et le prix du marché (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *GAJC*, T. II, Dalloz, 2015, p. 86). Le juge ne peut s'en tenir au seul prix du marché, car celui-ci ne s'identifie pas nécessairement au prix du contrat. L'article 1498 C. civ. col. (équivalent à l'art. 1108 C. civ. fr.) consacre le principe de la commutativité subjective selon lequel le prix est fixé par les parties à un niveau qu'elles considèrent comme la juste contrepartie de leurs prestations. Ainsi, le prix moyen est « différent par construction de celui que les parties auraient fixé lors de la pensée de leurs intérêts » (A. Brune et A. Ghazi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1997, n° 22, p. 7. Les auteurs écartent que le critère de l'abus puisse être cherché dans le droit de la concurrence : « On observera d'un côté quel paradoxe il y aurait à dénoncer des prix excessifs dans une économie de marché et à utiliser le droit de la concurrence pour supprimer ce facteur essentiel de la concurrence que sont les prix ».

⁷⁹⁰ L'action de rescision pour lésion est exclue pour les contrats qui portent sur des biens meubles (art. 1849 C. civ. col.).

⁷⁹¹ *Infra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2.

⁷⁹² Th. Revet, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, n° 15.

⁷⁹³ Pour rappel, la Cour de cassation colombienne affirme que la cause est « l'intérêt concret qui pousse les parties à conclure le contrat » (CSJ, chambre civile, 15 nov. 2017, M.R. Álvaro Fernando García, SC18476-2017). Il s'agit d'une notion objective. L'intérêt poursuivi doit être connu des deux parties, il fait donc nécessairement partie du champ contractuel. La prise en compte de simples mobiles est dès lors écarté.

poursuivre légitimement ses intérêts particuliers lors de la mise en œuvre de sa prérogative, il s'expose à un reproche lorsque, ce faisant, il porte une atteinte manifeste à l'opération de distribution en mettant en péril sa poursuite.

376. L'abus pourra ainsi être caractérisé lorsque le fournisseur ne permet pas au distributeur de conserver une position concurrentielle sur le marché. Il en serait ainsi lorsque le distributeur « risque de ne plus être, économiquement, mis en mesure de pratiquer durablement des prix concurrentiels sur le marché en aval et donc, de retirer l'intérêt qu'il avait dans la réalisation de la prestation finale »⁷⁹⁴. Ainsi y a-t-il abus lorsque le prix pratiqué par le fournisseur empêche de poursuivre l'exécution du contrat de distribution, car il conduit à la ruine du distributeur ou à son exclusion du marché⁷⁹⁵. En d'autres termes, serait abusif le prix susceptible de créer des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation bénéficiaire du distributeur et qui pourrait conduire à la fermeture ou au dépôt de bilan⁷⁹⁶. De même, il se peut que les prix pratiqués par le fournisseur conduisent à une diminution drastique de la marge de bénéfices du distributeur en mettant en péril l'existence de son entreprise, si l'augmentation ne trouve pas une justification légitime dans les conditions du marché⁷⁹⁷.

377. De même, l'abus serait, de manière générale, caractérisé dès l'instant où le comportement du maître du réseau porte atteinte à la rentabilité que le distributeur peut

⁷⁹⁴ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 192. Comp. Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 173, p. 82. Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, n° 6, p. 40. « La prise en compte de l'intérêt du contractant qui ne détermine pas le prix est assurée par la réserve d'abus : on ne voit pas d'abus dans la fixation du prix hors du cas où celui-ci aura été arrêté dans le seul intérêt de celui qui le fixe, ce qui confirme que la détermination unilatérale du prix est l'objet d'un pouvoir, prérogative exercée dans un intérêt qui dépasse celui de son seul titulaire. La réserve d'abus contribue donc avant tout, à établir que la fixation du prix s'opère en vertu d'un véritable pouvoir, car l'abus exprime la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, lors de la détermination du prix, ce qui est l'indice même d'un pouvoir ». V. aussi, D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *op. cit.*, p. 27, n° 34.

⁷⁹⁵ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 C. civ. », *Dr. et Patr.*, 1998, p. 55.

⁷⁹⁶ A. Brunet et A. Ghozi, « *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat* », *op. cit.*, n° 24, p. 7.

⁷⁹⁷ Les auteurs utilisent des formules différentes pour exprimer la même idée. Un auteur affirme ainsi qu'il faut examiner si le prix a été fixé « à un niveau permettant à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne » (Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, p. 37). Pour un autre auteur, il s'agit d'examiner si « les prix pratiqués ont été tels qu'ils n'ont pas permis au distributeur d'exploiter sainement son affaire » (Ch. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996, 3959, p. 345).

raisonnablement attendre de l'exécution du contrat⁷⁹⁸. Bien qu'en droit colombien il n'existe pas d'obligation précontractuelle d'information, les franchiseurs présentent parfois les perspectives d'exploitation de la franchise pour attirer de potentiels franchisés. Le juge peut alors apprécier si la politique de prix du franchiseur permet à l'autre partie un fonctionnement de son activité en accord avec ses perspectives d'exploitation, et qualifier d'abus tout comportement du fournisseur allant manifestement à leur encontre. Enfin, dans certains cas, le juge pourra sanctionner le prix abusif après avoir constaté qu'il est anormalement élevé⁷⁹⁹. Cependant, la plupart du temps, le prix fixé n'atteint pas ce seuil et le juge devra faire une analyse plus subtile des circonstances. De même, l'application de prix différenciés entre les distributeurs appartenant à un réseau, sans justification légitime, peut constituer une circonstance importante dans l'accueil de la prétention du distributeur⁸⁰⁰ dans la mesure où la pratique par un fournisseur de prix excessifs à l'égard de l'un des membres risque de conduire à son éviction de fait du réseau⁸⁰¹.

378. Conclusion de la Section I du Chapitre 1 du Titre 2 de la Première partie. Pour pallier les défauts du droit positif, l'édification d'un régime commun de cessation des contrats de distribution semble possible. Celui-ci se justifie en raison de l'unité des prestations caractéristiques que nous avons pu constater à partir d'une approche fonctionnelle de cette notion : une prestation immédiate consistant en la diffusion stable de produits (bien ou services) ; une prestation médiante consistant en la conquête d'une clientèle et en l'exploitation d'un marché qui profitera aux deux parties pendant l'exécution du contrat. Ces prestations

⁷⁹⁸ Ch. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, 3959, p. 348. Ce critère pourrait être appliqué aussi à des hypothèses différentes, telles que la clause d'objectif ou les clauses par lesquelles le distributeur s'engage à respecter les normes commerciales du fournisseur.

⁷⁹⁹ M.-A. Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, n° 39, p. 9. Selon l'auteur, « on a abusé de la liberté contractuelle lorsqu'on l'utilise pour constituer un déséquilibre excessif, "anormal", c'est-à-dire lorsqu'on impose un prix lésionnaire ou manifestement trop élevé ».

⁸⁰⁰ Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14.026 : *D.* 2015, p. 183, note Ghestin ; *AJCA* 2015, p. 78, obs. Bros ; *RTD civ.* 2015, p. 123, obs. H Barbier ; *JCP E* 2014, 1639, note Choné-Grimaldi ; *CCC* 2015, n° 38, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2015, n° 84 ; *RD rur.* 2015, n° 67, obs. Dissaux. La Cour de cassation a approuvé un arrêt d'une cour d'appel qui a caractérisé l'abus dans la fixation du prix après avoir constaté que « la société *Camargo* vendait à la société *Larzul* les chairs d'escargot à un prix moyen 25 % plus cher qu'à ses autres clients, que son taux de marge brute moyen était de 29 % sur les ventes à la société *Larzul* quand il était de 10 % sur les ventes aux autres clients et qu'elle a consenti à cette dernière une diminution importante du prix de vente à l'occasion du renouvellement du contrat, démontrant le caractère excessif des prix ». En l'espèce, le fournisseur s'était engagé à faire les meilleurs efforts pour déterminer le prix de manière à permettre à son cocontractant de faire face à la concurrence.

⁸⁰¹ S. Bros, note sous 4 nov. 2014, n° 11-14.026, *AJCA*, 2015, p. 78.

peuvent être réalisées par la voie de différentes modalités. En effet, si le distributeur réalise toujours une activité finalisée de mise en contact avec les clients en vue de les inciter à l'acquisition d'un bien ou d'un service, il peut agir comme intermédiaire ou comme revendeur. Dans le premier cas, l'objectif essentiel de son activité est d'amener un potentiel client à conclure le contrat, peu importe si c'est lui ou le fournisseur qui signe le contrat ou s'il agit en son propre nom ou au nom du fournisseur. Dans le second cas, il s'engage à passer des commandes, le contrat de distribution revêtant alors la nature de contrat-cadre ayant une forte emprise sur les contrats ultérieurs de vente. Cette unité des prestations caractéristiques ne suffit cependant pas, à elle seule, à justifier l'existence d'un régime commun. Il importe encore d'identifier les éléments communs à la structure de ces contrats.

Section 2 : Les caractères structurels communs

379. La reconnaissance d'une fonction commune à ces contrats ne suffit pas à justifier l'existence d'un régime commun de cessation des contrats de distribution. Il convient, en outre, de discerner la manière dont s'établissent les liens entre les éléments qui les composent, c'est-à-dire d'examiner leur structure. Concrètement, le second fondement d'un régime commun de cessation des contrats de distribution réside dans les limites communes à l'intérieur desquelles se situent les structures des différentes modalités de distribution. Il est dès lors possible de parler de caractères structurels communs. À cet égard, force est de constater que la liaison des éléments de ces contrats opère selon un double rapport de tension : d'une part, une tension entre la coexistence d'intérêts convergents et particuliers, voire égoïstes, des parties au sein de la même relation (§1) ; d'autre part, une tension entre la maîtrise par le fournisseur des conditions de commercialisation de ses produits et l'indépendance juridique du distributeur en tant que professionnel. En effet, le fournisseur recourt aux contrats de distribution pour « disposer, sans engager de capitaux ou avec un investissement minimum, d'une organisation commerciale existante »⁸⁰², tout en voulant conserver le contrôle des conditions de commercialisation de ses produits. De ce fait, un rapport personnel inégalitaire s'instaure dans ces contrats, qui peut conduire à une restriction importante de l'autonomie juridique du distributeur (§2).

⁸⁰² L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1998, n° 126, p. 113.

§1. La relation entre intérêts partiellement convergents

380. La notion d'intérêt est une notion vedette du droit des contrats⁸⁰³. Selon Mme Rochfeld, l'intérêt représente « une utilité spécifique entre une personne et un bien »⁸⁰⁴. L'intérêt constituerait ainsi l'avantage qu'une personne cherche à obtenir en concluant un contrat et qui est apte à satisfaire ses besoins. Cet avantage étant procuré par l'exécution du contrat, ce dernier constitue, en ce sens, un moyen destiné à satisfaire un intérêt⁸⁰⁵. Dans le même sens, M. Chénéde a défini l'intérêt de l'opération pour les parties comme « l'objectif qu'elles cherchent à atteindre en y participant, ou, plus exactement, comme la satisfaction qu'elles trouvent en y prenant part »⁸⁰⁶. L'intérêt se comprend ainsi comme la finalité poursuivie par les cocontractants, qui permet à son tour d'obtenir un avantage susceptible de satisfaire leurs besoins. La finalité et l'avantage sont ainsi au cœur de la notion d'intérêt. Au sein des contrats de distribution, les intérêts particuliers, voire égoïstes, des parties sont atténués par l'existence d'un objectif commun (A). Cet objectif commun emporte des conséquences importantes sur l'appréciation du comportement des parties pendant l'exécution du contrat (B).

A. L'atténuation des intérêts particuliers par l'existence d'un objectif commun

381. Le contrat réunit un ensemble d'obligations ordonnées à la satisfaction des intérêts des parties. Si chaque partie poursuit ses propres intérêts, ceux-ci peuvent cependant être liés avec ceux de son partenaire. La doctrine française a à cet égard identifié une typologie prenant en considération l'articulation des intérêts des parties qui peut donner lieu à des structures différentes. Les intérêts des parties peuvent en effet être opposés, identiques, concordants ou

⁸⁰³ V. H. Juillet-Régis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2015 ; D. Galbois, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2018, p. 456 et s. ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, préf. P. Catala, 1990, n° 87, p. 44 : « l'intérêt dans l'acte juridique correspond à la ou aux situations juridiques engendrées par cet acte, elles-mêmes déterminées par rapport à son objet ».

⁸⁰⁴ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 95, p. 90 : « Du côté de la chose ou de la prestation, on parlerait d'utilité (la chose est utile à l'homme) : du côté de la personne, d'intérêt (l'homme a un intérêt à la chose). Ainsi, l'intérêt et l'utilité constitueraient les deux faces, les deux points de vue (de la personne et de la chose) du même phénomène, l'utilité insistant d'abord sur l'adéquation du rapport créé ».

⁸⁰⁵ L'intérêt constituerait même un élément de l'existence du contrat. V. D. Galbois, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2018, p. 456 et s.

⁸⁰⁶ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n° 50, p. 57.

convergen⁸⁰⁷. Dans les contrats de distribution, les activités des parties s'articulent autour d'un objectif contractuel commun qui intègre la cause du contrat. En effet, comme nous l'avons déjà observé, la Cour de cassation colombienne entend par cause la raison ou l'intérêt concret poursuivi par les parties dans une opération donnée⁸⁰⁸. Puisque selon la Cour il s'agit d'une notion objective, cet intérêt est donc connu des deux parties, il fait partie du champ contractuel. Si les intérêts des parties convergent autour de cet objectif commun (1), cela ne les empêche pas de poursuivre légitimement leurs intérêts particuliers (2).

1. La convergence d'intérêts autour d'un objectif commun

382. Si les intérêts des parties au contrat de distribution sont distincts, ils coïncident néanmoins au moins partiellement autour d'un objectif commun. Selon le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, le contrat d'intérêt commun est le contrat par lequel « les parties poursuivent un projet commun dans leur intérêt partagé, en sorte que chaque prestation est un moyen qui sert aussi bien l'intérêt économique de celui qui est tenu de l'exécuter que de celui qui est en droit de l'exiger »⁸⁰⁹. Cette définition permet d'identifier deux aspects de ce contrat qui sont parfois confondus : d'une part, l'existence d'un objectif commun ; d'autre part, les intérêts ou les avantages économiques que retirent les parties de la réalisation de cet objectif commun dans le temps. Ce dualisme de l'intérêt commun s'explique par le fait que les contrats de distribution sont des contrats à titre onéreux qui ne visent pas un simple échange de biens et de services mais recherchent, au-delà, la production continue d'une utilité qui profite aux deux parties.

⁸⁰⁷ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica*, 2008 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, *Economica*, 2012 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, *Economica*, 2012, n° 98 et s. ; D. Galbois, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2018.

⁸⁰⁸ CSJ, chambre civile, 15 nov. 2017, M.R. Álvaro Fernando García, SC18476-2017.

⁸⁰⁹ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Contrat -d'intérêt commun ».

383. Concernant le premier aspect, dans les contrats de distribution, les parties partagent un objectif commun qui consiste en la conquête et l'exploitation d'un marché⁸¹⁰. Certains auteurs indiquent ainsi que l'intérêt commun « est essentiellement la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts particuliers se trouvent étroitement liés »⁸¹¹. À cet égard, rappelons que la Cour de cassation colombienne a défini la cause du contrat comme une notion objective consistant en l'intérêt concret visé par les parties lors de la conclusion du contrat⁸¹². Dans les contrats de distribution, l'intérêt à la conquête et à l'exploitation d'un marché intègre leur cause. La cause est donc enrichie par l'objectif commun visé par les parties, sans que cela n'altère la nature de contrat-échange de ces contrats⁸¹³. Cette intégration a surtout des conséquences importantes quant à l'appréciation des comportements des parties dans la mesure où l'exécution des prestations qui leur incombent est plus exigeante, puisqu'elles sont finalisées en ce sens qu'elles visent la satisfaction de cet objectif commun.

384. Quant au second aspect, selon une perspective plus économique, les intérêts des parties sont convergents dans la mesure où chacune tire des avantages économiques du succès commun de l'opération de distribution. Les intérêts des parties sont, en ce sens, économiquement interdépendants, pour le meilleur : la création d'un courant d'affaires bénéficie aux deux parties pendant l'exécution du contrat, un avantage qui se traduit par la probabilité d'obtenir des revenus sur le long terme. Ainsi, en se tournant vers l'avenir, « les deux parties perçoivent les avantages du développement de la clientèle de l'entreprise »⁸¹⁴. Cependant, les pertes subies ne sont pas partagées⁸¹⁵. Concernant le distributeur agissant pour le compte d'autrui, l'intérêt

⁸¹⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 441, p. 492 : « À raisonner sur les contrats de distribution, il existe entre fournisseur et distributeur un objectif commun : la conquête et l'exploitation d'un marché, c'est-à-dire d'une clientèle, destinataire finale du produit ».

⁸¹¹ G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité des contrats, Les contrats de distribution, op. cit.*, n° 359, p. 170.

⁸¹² CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701. Plus récemment, Chambre civile, 18 avr. 2018, M.R. Luis Armando Tolosa, n° SC1121-2018.

⁸¹³ V. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica*, 2008, n° 154, p. 142. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, *Economica*, 2012, n° 197, p. 140.

⁸¹⁴ Y. Guyon, *Droit des affaires*, 12^e éd., T. I., *Economica*, n° 821, p. 887.

⁸¹⁵ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique, op. cit.*, n° 175, p. 124 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 78, p. 105 ; A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, n° 403, p. 214.

réside alors dans le fait qu'il « garde l'espoir de réaliser d'autres ventes du client démarché, qui lui permettront de toucher de nouvelles commissions »⁸¹⁶.

385. En réalité, plutôt qu'à un intérêt commun⁸¹⁷, il serait plus exact de faire référence à des intérêts convergents⁸¹⁸. L'intérêt commun est une expression équivoque en ce qu'elle sous-entend qu'il s'agit d'un seul et même intérêt pour les parties. La doctrine plus récente fait plutôt référence à un « projet commun ». Cette expression permet de synthétiser l'idée d'intérêts distinctifs mais convergents des parties, passant du pluriel (intérêts) au singulier (projet), en mettant l'accent sur la construction d'une opération économique à laquelle les deux parties contribuent. Sur ce point, M. Hassler a justement indiqué que le « terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne plus faire qu'un ; en réalité chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : l'intérêt commun c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes »⁸¹⁹. Cette rencontre ne peut cependant être absolue dans la mesure où le contrat est en même temps, et surtout, le cadre de réalisation des intérêts particuliers des parties.

⁸¹⁶ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n° 34, p. 89. Dans le même sens, S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 269, p. 192 : « En réalité, l'agent commercial, lorsqu'il conclut des contrats, cherche à attirer et à fidéliser une clientèle de manière à réaliser d'autres ventes et à toucher ainsi de nouvelles commissions. En d'autres termes, il a dans l'idée de créer une richesse nouvelle – savoir, ce bien incorporel qu'est la clientèle- dont il espère, à terme, profiter en passant de nouveaux contrats ».

⁸¹⁷ Certains auteurs proposent que l'expression d'intérêt commun soit réservée aux contrats de société ou à des contrats comparables ; « Il ne peut être question d'intérêt commun que lorsque le but à atteindre est érigé en objet du contrat et que l'activité tout entière des contractants est orientée vers lui, sans que jamais l'intérêt d'un contractant ne prime celui de l'autre, c'est-à-dire lorsque ceux-ci se voient conférer une égalité juridique » (F.-X. Licari, « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDC*, février 2007, p. 97).

⁸¹⁸ Rapp. T. Hassler, « L'intérêt commun », *op. cit.*, p. 586.

⁸¹⁹ Th. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 585. Comp. J. Guyénot, sous Amiens, 29 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974, p. 192 : « Dans le contrat, il n'y a pas véritablement des intérêts communs, mais plutôt un enchevêtrement de rapports obligatoires, partant deux points opposés pour croiser et aboutir aux deux pôles de l'opération, dont la répétition à des conditions convenues caractérise la concession commerciale qui, accouplée à d'autres par le concédant, donne naissance à des formes originales de groupements d'entreprises ».

2. La poursuite légitime des intérêts particuliers des parties

386. Si les contrats de distribution sont avant tout des contrats-échange⁸²⁰. Les intérêts convergents des parties ne font pas disparaître leurs intérêts particuliers ou égoïstes. Les contrats de distribution font en effet partie de ces contrats dans lesquels la confiance que peut faire chaque contractant à l'autre partie est modérée⁸²¹. Dans ce type de rapport, la bonne foi ne saurait légitimement exiger d'un contractant qu'il ne serve pas ses intérêts ou qu'il agisse dans le sens de ceux de son cocontractant⁸²². Le distributeur ne saurait ainsi légitimement attendre du fournisseur qu'il sacrifie ses intérêts au profit des siens. La seule limite demeure l'assujettissement des parties à l'objectif commun.

387. Une tension peut ainsi être constatée lorsque le fournisseur, tête du réseau, prend des décisions qui favorisent son seul intérêt ou celui de son réseau. Puisqu'il existe un rapport de pouvoir en faveur du fournisseur, celui-ci peut se prévaloir de sa position pour avantager ses intérêts particuliers. Ce comportement n'est pas en soi illégitime dans la mesure où le fournisseur n'est pas obligé de sacrifier ses intérêts au profit de ceux du fournisseur. Il en va ainsi lorsqu'il exerce ses pouvoirs d'organisation du réseau ou d'autres prérogatives unilatérales accordées par le contrat. L'opposition d'intérêts est encore plus évidente à l'égard de la rémunération lorsqu'elle consiste en une commission. En effet, puisque l'augmentation de la commission du distributeur peut signifier la diminution de l'utilité du fournisseur, la fixation de la commission constitue nécessairement une conciliation de deux intérêts opposés. De même, s'agissant des prix des produits, le fournisseur peut être tenté d'augmenter le prix de vente payé par le distributeur. L'intérêt égoïste du fournisseur est toutefois atténué par son intérêt de permettre au distributeur d'affronter la concurrence pour continuer de retirer des avantages du succès de l'activité de ce dernier.

⁸²⁰ La doctrine française a ainsi qualifié les contrats de distribution de contrats-échange d'intérêt commun. V. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica*, 2008, n° 154, p. 142 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, *Economica*, 2012, n° 197, p. 140.

⁸²¹ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n° 432 et s. Relevant des intensités de la bonne foi dans le contrat, l'auteur distingue la confiance légitime modérée dans les rapports de pouvoirs de la confiance légitime renforcée dans les rapports de devoir.

⁸²² R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n° 434, p. 349.

388. Par ailleurs, l'existence d'intérêts distincts est manifeste sur le plan économique. Chacune des parties est économiquement indépendante. À la différence du salarié, le distributeur n'apporte pas sa seule force de travail. Il assume des risques économiques importants lors de l'exécution de l'activité de distribution, notamment des risques liés à son entreprise. Il peut également assumer les risques de la commercialisation des produits lorsqu'il les distribue pour son propre compte. Les intérêts des parties sont partiellement interdépendants dans la mesure où le succès de l'entreprise du distributeur et de celle du fournisseur favorise l'activité de son cocontractant. Cependant, les fournisseurs et les distributeurs n'ont pas vocation à partager les pertes⁸²³. Il existe ainsi une tension permanente entre la poursuite par les parties de leurs intérêts particuliers et leur prise en considération de l'objectif commun.

B. La prise en compte de l'objectif commun

389. Comme il l'a été relevé, l'intérêt commun est « pour le juge un guide, une boussole lui permettant de réguler les comportements des parties sur la base de techniques diverses telles que la bonne foi, l'obligation de négociation ou l'abus »⁸²⁴. L'antagonisme des intérêts est atténué par l'intéressement de l'un à l'activité de l'autre et justifie l'instauration d'un véritable devoir de collaboration entre les parties pendant toute la durée du contrat⁸²⁵. Il existe ainsi une intensification du devoir de bonne foi en raison de cette communauté d'intérêts (1). Ce devoir est également un critère à prendre en considération dans le cadre du contrôle de l'utilisation des prérogatives contractuelles (2).

1. L'intensification tempérée de la bonne foi

390. Pendant l'exécution du contrat, la bonne foi, dans son versant positif, est orientée vers l'accomplissement des prestations convenues par les parties. Elle est un standard d'intensité variable dont les contours ne sont pas faciles à tracer. Au rebours de ce qui a été formulé par le courant solidariste⁸²⁶, de cet intérêt ou but commun « ne se dégage pas un quelconque devoir

⁸²³ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 175, p. 124. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 78, p. 105.

⁸²⁴ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1164, 721.

⁸²⁵ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, *op. cit.*, n° 158, p. 145.

⁸²⁶ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s.

de solidarité, d'affection ou de fraternité, mais l'engagement de jouer le jeu convenu »⁸²⁷. Qu'il s'agisse d'un contrat de distribution pour compte propre ou de distribution pour le compte d'autrui, l'exigence de bonne foi n'implique pas le sacrifice des intérêts du fournisseur au profit de ceux du distributeur. Elle n'implique pas non plus que le fournisseur doive faire prévaloir les intérêts d'un distributeur sur les intérêts du réseau de distribution. La bonne foi prescrit ici des comportements qui permettent une exécution efficace du contrat, « son effet utile au-delà de la seule fourniture promise »⁸²⁸. Ainsi qu'il l'a été dit, « parce que les partenaires tirent profit du même projet, ils ont tout intérêt à donner à leurs engagements une plus large portée de manière à en favoriser la réalisation utile »⁸²⁹.

391. À la différence d'autres contrats également caractérisés par un objectif commun, la particularité des contrats de distribution tient au fait que l'activité qui permet aux parties de retirer une utilité n'est pas réalisée en commun mais exécutée par le seul distributeur⁸³⁰. Elle est toutefois réalisée par le distributeur en suivant les directives et les instructions du fournisseur. Les deux parties se trouvent donc dans une interaction continue et doivent nécessairement s'entendre en vue de la bonne exécution du contrat. Puisque les deux parties sont intéressées à la réalisation utile d'un objectif commun, elles doivent adopter des comportements qui permettent la pleine exécution du contrat. Cela implique notamment un devoir d'information réciproque sur les conditions et l'exploitation du marché. Dans le contrat de franchise, cela entraîne aussi un devoir d'assistance, de sorte que le franchisé puisse exploiter pleinement les moyens fournis par le franchiseur en vue de la réitération du succès du franchiseur⁸³¹.

392. Le devoir de bonne foi impose également que les parties n'adoptent pas des comportements qui puissent empêcher l'autre partie d'obtenir l'utilité attendue du contrat.

⁸²⁷ H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Rev. int. dr. écon.*, n° 3, 2001, p. 339.

⁸²⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 459, p. 254. B. Fages, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 277, p. 238 : « les parties sont tenues, en cours de relation contractuelle, de s'informer, de faciliter autant que faire se peut l'exécution des prestations de l'autre, de surmonter les difficultés, voire de renégocier le contrat en cas de bouleversement imprévu de l'équilibre économique ».

⁸²⁹ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 440, p. 350.

⁸³⁰ Dans certains cas, l'association ou la mise en relation permet la réalisation d'une activité finale par les deux parties (co-traitance).

⁸³¹ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 445, p. 355.

L'activité du distributeur peut en effet être altérée par des comportements du fournisseur qui résultent, non pas de la mise en œuvre de prérogatives unilatérales accordées par le contrat, mais de son pouvoir de réorganisation en tant que tête du réseau de distribution. Lorsque le fournisseur exerce ce pouvoir, il ne peut procéder à la modification unilatérale du contenu du contrat ni se soustraire à l'exécution de ses obligations⁸³². Or, l'une des particularités des contrats de distribution est qu'ils s'exécutent dans un contexte économique changeant dans lequel l'innovation, l'adaptation et l'amélioration sont des atouts qui permettent de se maintenir sur un marché. Par conséquent, la mise en œuvre d'un pouvoir de réorganisation pour parvenir à cet objectif peut avoir des effets sur l'exécution du contrat. Il convient alors de s'interroger sur ses limites.

393. Concernant les éléments essentiels du contrat, le pouvoir de réorganisation ne pourrait avoir pour objet la modification des éléments qui ont un fort caractère dynamique en ce qu'ils peuvent ou doivent évoluer dans le temps en vue de permettre l'adaptation du réseau aux nouvelles conditions du marché, ou empêcher d'introduire des innovations qui permettent de mieux affronter la concurrence. Un contrat peut ainsi faire évoluer le savoir-faire, les méthodes de commercialisation ou l'apparence d'une enseigne dans les limites ordinaires de l'objectif convenu⁸³³. En revanche, le fournisseur ne saurait modifier unilatéralement la zone d'exclusivité assignée au distributeur. Naturellement, les modifications ainsi apportées doivent s'inscrire dans le cadre de l'objectif contractuel commun.

394. Toutefois, une question se pose notamment lorsque l'évolution du réseau entraîne des altérations substantielles des éléments essentiels du contrat, emporte la réalisation

⁸³² Comp. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 191, p. 160. Les auteurs indiquent que les parties peuvent distinguer, dans le contrat, ce qui relève du pouvoir d'organisation du réseau de ce qui relève de la matière contractuelle. En extrayant du champ contractuel les questions qui relèvent du pouvoir d'organisation du réseau, la modification ultérieure de ces aspects ne constituera pas une modification du contrat, mais l'exercice d'une prérogative relevant du pouvoir d'organisation du fournisseur. Toutefois, puisque l'exercice de ces prérogatives peut avoir un effet sur l'exécution du contrat, il n'en reste pas moins que cet exercice est soumis au respect des prévisions légitimes du distributeur.

⁸³³ N. Ferrier, « Évolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle », *Journal des sociétés*, n° 99, juin 2012, 42 et 43. Pour l'auteur, puisque dans la franchise « la réitération de la réussite du franchiseur dans un secteur d'activité est le but contractuel, toute forme d'évolution doit être admise, quelle que soit son objet ou son importance, dès lors que la finalité du contrat est respectée », alors que dans les contrats de spécialisation (concession et distribution sélective) cette faculté est plus restreinte car « il n'existe aucune obligation pour le promoteur de faire évoluer son système de distribution, et donc de modifier les contrats, pour les adapter à de nouvelles exigences économiques ».

d'investissements importants, ou encore une réduction ou un élargissement importants des services ou des produits offerts par le fournisseur. Il en va ainsi d'un changement d'image qui implique un réaménagement des locaux, ou de la décision d'un fabricant de voitures de focaliser son activité sur des voitures haut de gamme. Si une procédure contractuelle relative à la réorganisation du réseau n'a pas été stipulée dans le contrat⁸³⁴, il semble que ces changements qui sortent du domaine de l'ordinaire ne pourraient être imposés sans porter atteinte à la force obligatoire de celui-ci. Ainsi, en vertu de son pouvoir d'organisation du réseau, le fournisseur peut, en principe, autoriser l'installation d'autres distributeurs dans une zone proche de celle d'un distributeur. Cependant, bien qu'elle n'implique pas une violation de l'exclusivité accordée au distributeur, elle peut aboutir, dans certains cas, à l'altération de l'équilibre convenu par les parties. De même, le fournisseur ne peut déjouer les prévisions légitimes du distributeur par l'exercice de son pouvoir de réorganisation. Le devoir de bonne foi, qui n'est qu'une prolongation de la force obligatoire, impose le respect des prévisions légitimes du distributeur. Il ne s'agit pas de faire prévaloir les intérêts du distributeur, mais de ne pas porter atteinte à l'utilité qu'il attendait du contrat selon ce qui a été convenu⁸³⁵. En dehors de cela, le fournisseur peut faire prévaloir ses intérêts ou l'intérêt du réseau de distribution. Comme cela a pu être souligné, « dès lors que le projet contractuel n'est pas compromis, le fournisseur retrouve en principe toute latitude pour organiser ou réorganiser son réseau comme il l'entend »⁸³⁶.

2. Le critère négatif de contrôle dans l'exercice des prérogatives unilatérales

395. La prérogative contractuelle « est un pouvoir reconnu par la loi ou le contrat aux parties d'agir de manière unilatérale sur la situation contractuelle »⁸³⁷. La mise en œuvre de cette prérogative peut être sanctionnée lorsque son exercice est contraire à la loyauté ou lorsqu'elle est détournée de la finalité pour laquelle elle a été conférée⁸³⁸. Ainsi, le contrôle des

⁸³⁴ Sur les mécanismes qui peuvent être prévus contractuellement en vue de faire évoluer le réseau de distribution, v. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 205, p. 173.

⁸³⁵ N. Ferrier, « Évolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle », *Journal des sociétés*, n° 99, juin 2012, p. 43.

⁸³⁶ N. Eréséo, note sous CA Versailles 8 mars 2016, RG n° 14104091. *Concurrences*, n° 3, 2016, p. 94.

⁸³⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 459, p. 258.

⁸³⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

prérogatives unilatérales dans les contrats de distribution consisterait, en principe, à s'assurer que le titulaire du pouvoir a bien pris en compte l'objectif commun fixé par les parties⁸³⁹. Ce critère n'est cependant pas facile à appliquer car, d'une part, les intérêts particuliers des parties sont toujours présents et, d'autre part, le titulaire du pouvoir n'est pas obligé de sacrifier ses intérêts au profit de ceux de son cocontractant ou du projet contractuel. En réalité, il ne s'agit pas tant d'établir si l'exercice d'une prérogative unilatérale vise à favoriser la réalisation de l'opération de distribution que de déterminer si son exercice ne met pas en péril son maintien. La distinction entre le fait de favoriser l'opération portée par le contrat et le fait de s'abstenir de l'entraver existe bel et bien, puisque la seconde est une limite négative qui relève plus de la loyauté que de la coopération. La doctrine française a ainsi pu affirmer que lorsque le fournisseur exerce un pouvoir unilatéral, il doit permettre « à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité »⁸⁴⁰. Pour d'autres, « si le fournisseur modifie l'équilibre du contrat de telle façon que le distributeur n'est plus en mesure d'affronter la concurrence, il manque à la bonne foi dans l'exécution du contrat »⁸⁴¹.

396. S'agissant du pouvoir de réorganisation du réseau de distribution, le contrat peut reconnaître expressément des prérogatives unilatérales au fournisseur. Un tel pouvoir se comprend en raison de « l'embarras que pourrait lui causer l'obstination de certains franchisés, refusant toute modification du contrat, compromettant ainsi l'évolution du réseau »⁸⁴². Le fournisseur est ainsi généralement titulaire d'une prérogative de modification ou d'évolution du réseau de distribution, qui lui permet de changer l'apparence de l'enseigne du réseau, de créer de nouveaux produits ou services, ou encore de faire évoluer le savoir-faire. Si dans la plupart des cas l'évolution du réseau favorise en même temps l'intérêt du fournisseur quand elle vise des mesures d'innovation ou une adaptation aux conditions du marché afin de mieux affronter la concurrence, elle peut parfois s'opérer au détriment de l'intérêt du distributeur. Il en va ainsi en cas d'élimination d'une enseigne ou de l'exclusion d'un produit important pour le distributeur. Nous pouvons alors nous interroger sur les limites de l'attribution de prérogatives unilatérales accordées au fournisseur. Un auteur a pu douter de la validité des

⁸³⁹ S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 480, p. 390.

⁸⁴⁰ Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

⁸⁴¹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 441, p. 492.

⁸⁴² C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 205, p. 173.

clauses qui permettent la modification unilatérale, même si elles résultent de la décision d'un organe collectif dont fait partie le représentant des distributeurs : si elles sont « contraires au contenu des contrats conclus, on ne voit pas qu'elles l'emportent sur le contrat, si celui-ci n'a pas été modifié d'un commun accord par les parties »⁸⁴³. À l'instar de ce qui a été dit à propos du pouvoir de réorganisation du réseau lorsqu'il n'est pas contractualisé, il nous semble que la reconnaissance du pouvoir de réorganisation du réseau ne peut aller jusqu'à permettre une altération d'éléments substantiels du contrat ou de l'équilibre contractuel initialement prévu. S'il peut être avancé que la modification poursuit l'intérêt commun des deux parties, il nous semble que cet argument ne suffit pas à autoriser une modification substantielle qui déjouerait les prévisions légitimes du distributeur. Outre cette tension entre les intérêts des parties, une autre existe sur le plan des pouvoirs de chacune des parties dans la gestion de l'opération de distribution.

§2. Un lien personnel inégalitaire

397. Dans les contrats de distribution, la considération des qualités et de l'identité de chacun des contractants est importante dès lors qu'il s'agit de contrats *intuitu personae*. Les parties ne sont toutefois pas placées dans un rapport d'égalité. Les contrats de distribution créent un rapport de pouvoir en faveur du fournisseur qui peut impliquer une restriction importante de l'autonomie juridique du distributeur. Ce rapport asymétrique ne découle pas nécessairement d'une confrontation de puissances économiques ; il est surtout la conséquence de la spécificité de la prestation du fournisseur ainsi que des liens d'exclusivité ou quasi-exclusivité tissés entre les parties (A). Ce rapport de pouvoir inégalitaire n'infirme pas pour autant l'indépendance juridique des parties. Indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, la restriction de son autonomie juridique ne peut dépasser les lisières de la subordination juridique. De même, lorsque le droit des pratiques anticoncurrentielles a lieu à s'appliquer, le distributeur détient en principe une liberté plus importante qui se traduit notamment par une liberté de fixation des prix des produits (B).

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 174.

A. La relation inégalitaire des parties

398. Le contrat est un lieu de rencontre de pouvoirs⁸⁴⁴. Dans le cadre des contrats conclus entre entreprises, deux types d'articulation ont été identifiés ; à savoir des relations inégalitaires caractérisées par des liens d'autorité ou de hiérarchie et des relations de coopération dans lesquelles les parties se retrouvent dans une situation proche d'une égalité juridique⁸⁴⁵. Puisque dans les contrats de distribution les prestations du fournisseur sont de nature spécifique en ce que le produit ou le service destiné à être commercialisé est fabriqué ou conçu par celui-ci, c'est le distributeur qui doit adapter son activité en suivant les directives et les instructions établies par le fournisseur. Plus qu'un projet commun⁸⁴⁶, il s'agit en réalité d'une adhésion du distributeur au projet du fournisseur. Puisque c'est un produit, bien ou service, de nature spécifique qui doit être commercialisé sous certaines conditions, la mise en relation des prestations tendant à l'obtention de cette finalité de commercialisation n'opère pas sur un pied d'égalité mais se réalise de manière inégalitaire⁸⁴⁷. Indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur, il existe une tension marquée entre le pouvoir du fournisseur de dicter des instructions ou des directives au distributeur et l'indépendance juridique de principe de ce dernier. Ces contrats empruntent ainsi certains éléments « d'alliance, d'échange mais aussi d'allégeance »⁸⁴⁸. À défaut de terme juridique spécifique pour désigner cette situation, nous utiliserons l'expression d'« autonomie juridique »

⁸⁴⁴ V. à ce sujet, P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2002.

⁸⁴⁵ V. A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. Lagarde, PUAM, 2006, n° 98 et s. L'auteur identifie deux modalités d'organisation du contrat relationnel : la gestion de la relation par la collaboration et la gestion de la relation par l'intégration.

⁸⁴⁶ Comp. S. Lequette, *Le contrat-coopération, op. cit.*, n° 321, p. 233. Le contrat-coopération « organise la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, coordonnant ainsi les intérêts convergents mais différents des parties ».

⁸⁴⁷ Il n'est pas surprenant, à cet égard, que M. Supiot situe les contrats de distribution dans la catégorie des contrats de dépendance qui sont l'expression d'une relation d'allégeance. Selon lui, « au périmètre de l'échange et à celui de l'alliance, le droit des contrats ajoute donc désormais celui de l'allégeance, par laquelle une partie se place dans l'aire d'exercice du pouvoir d'un autre ». Cette figure serait incarnée par les contrats de dépendance et par les contrats dirigés : « Le propre des contrats de dépendance est d'assujettir l'activité d'une personne aux intérêts d'une autre » (A. Supiot, « La relativité du contrat en questions », in *La relativité du contrat*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1999, p. 198).

⁸⁴⁸ A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. Muriel Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, n° 403, p. 215 : « De l'alliance, puisque ces relations s'inscrivent dans la durée, génèrent un lien particulier entre des personnes, appellent par nécessité des devoirs de coopération et un contrôle *a posteriori* en termes de possibilité d'exécution. De l'échange aussi, quoi qu'on en dise, car les engagements souscrits s'insèrent dans la réciprocité, chaque partie fournissant à l'autre des prestations qui leur procurent des avantages immédiats : ainsi dans le mandat d'intérêt commun, le mandataire fournit-il un service et le mandant une rémunération. Enfin l'allégeance, sans doute, en raison de l'enchaînement des prestations, la relation devient lieu de pouvoir ».

pour identifier les différents degrés de liberté du distributeur à l'égard du fournisseur dans le cadre de l'indépendance juridique qui lui est en principe reconnue⁸⁴⁹. Force est de constater à cet égard que l'absence d'égalité des pouvoirs des parties est un trait caractéristique des contrats de distribution (1). Les causes de ce rapport asymétrique doivent être examinées (2).

1. L'existence d'un rapport de pouvoir inégalitaire

399. L'autonomie du distributeur est une question de gradation qui dépend des traits particuliers empiriques de chaque opération de distribution. Néanmoins, dresser une liste des types de contrats de distribution selon le degré d'autonomie du distributeur n'est pas envisageable⁸⁵⁰. Certes, en principe, les distributeurs qui agissent pour leur propre compte et qui assument alors les risques de commercialisation des produits, jouissent d'une autonomie plus importante. L'application du droit de la concurrence commande ainsi la liberté de fixation du prix du distributeur qui constitue une entité économique différente dans la mesure où il assume des risques importants liés à l'opération de distribution. Cependant, des auteurs en droit français ont démontré que dans les contrats de distribution, toute différence en termes d'autonomie juridique est plus une question de degré que de nature⁸⁵¹. En d'autres termes, une distinction de nature s'agissant de l'autonomie juridique des distributeurs pour compte d'autrui par rapport aux distributeurs pour compte propre n'est pas justifiée. La liberté d'un franchisé peut, à certains égards, être aussi restreinte que celle d'un agent commercial. Tous ces contrats répondent à la volonté des fournisseurs d'externaliser la distribution de leurs produits ou services tout en conservant la maîtrise de l'activité des distributeurs. Les contrats de distribution qui font l'objet de notre étude entraînent la plupart du temps une asymétrie de rapports de pouvoirs en faveur du fournisseur, conduisant à une restriction importante de l'autonomie juridique du distributeur (a). Exceptionnellement, ce rapport de pouvoirs peut néanmoins revêtir un caractère proche de l'égalité (b).

⁸⁴⁹ La doctrine utilise une multiplicité de termes pour traduire la restriction de la liberté du distributeur. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 114, p. 108.

⁸⁵⁰ V., cependant, G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité de droit civil, Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n° 402 et s. Les auteurs proposent une catégorisation des distributeurs fondée sur leur degré d'autonomie ou de dépendance juridique. Ils distinguent les distributeurs salariés, les distributeurs gérants, les distributeurs mandataires et les distributeurs revendeurs.

⁸⁵¹ V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 87. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 142.

a. La restriction à divers degrés de l'autonomie juridique du distributeur

400. Dubisson indique que le terme coopération véhicule deux idées générales essentielles ; à savoir l'existence d'une entreprise commune et l'égalité dans la gestion de celle-ci⁸⁵². Faisant sienne cette analyse, Mme Lequette met en avant l'idée d'une certaine égalité juridique des partenaires du contrat-coopération (qui recouvre, pour ce qui nous concerne, les contrats d'agence commerciale, de concession et de franchise), en faisant valoir que la sujétion du distributeur aux directives du fournisseur n'est que le résultat de l'ajustement des prestations des deux parties afin de créer un effet de synergie dans le cadre du projet commun⁸⁵³. Pour cet auteur, la logique même de la coopération conduit à cette situation sans que l'idée de commandement ou de subordination puisse en rendre fidèlement compte⁸⁵⁴. Il nous semble, toutefois, que l'inclusion des contrats de distribution dans la catégorie du contrat-coopération, dont l'une des caractéristiques est le caractère égalitaire des contractants, fait fit de leur spécificité quant au rapport de pouvoirs qu'ils créent. Le titulaire du réseau est, par exemple, on l'a vu, titulaire d'un pouvoir de réorganiser le réseau de distribution ou de le faire évoluer. Cela étant, au rebours de l'analyse proposée par es auteurs précités, il nous semble que les contrats de distribution spécialisée s'exécutent selon un rapport d'inégalité juridique qui découle de la spécialisation et de la succession temporelle des fonctions économiques de production et de distribution⁸⁵⁵. Selon cette logique, s'il est possible de faire référence à un projet ou à un objectif commun, c'est parce que le distributeur consent à adhérer au projet du fournisseur.

401. Il est d'ailleurs nécessaire de distinguer deux types de relations entre les intérêts des parties. Premièrement, la relation juridique entre leurs intérêts selon que le distributeur agisse

⁸⁵² M. Dubisson, « Les caractéristiques juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », *DPCI*, 1984, p. 298.

⁸⁵³ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. Brenner, Economica, 2012, n° 342, p. 263. *Adde, ibid.*, n° 441, p. 352 : « Au caractère personnel de la relation, s'ajoute, en raison de la présence fréquente d'un déséquilibre économique, son caractère égalitaire. Le contrat-coopération, alors même qu'il serait impuissant à garantir en amont l'égalité, y concourt lors de son exécution en reconnaissant aux partenaires les moyens de gérer sur un pied d'égalité le projet de coopération. Or, de ce point de vue, la norme de coopération a vocation à venir soutenir la règle d'égalité et à concourir à la restauration d'un équilibre de puissance entre les partenaires ».

⁸⁵⁴ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. Brenner, Economica, 2012, n° 347, p. 263.

⁸⁵⁵ La doctrine allemande classe les contrats de distribution dans la catégorie des contrats de commandement (*Interessentwahrungsverträge*) dans la mesure où le distributeur est tenu de veiller aux intérêts et de respecter les instructions du fournisseur. V. F.-X. Licari, « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDC*, février 2007, p. 95.

pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur. Lorsque le distributeur agit pour le compte d'autrui, il est tenu de veiller aux intérêts du fournisseur à l'égard des opérations conclues pour le compte de ce dernier. En effet, les bénéfices et les risques des contrats étant assumés par le fournisseur, le distributeur est soumis au respect des intérêts de celui-ci⁸⁵⁶. Ainsi qu'il a été dit, « le comportement d'un intermédiaire doit constamment être orienté vers la réalisation des intérêts de la personne pour le compte de laquelle il agit »⁸⁵⁷. Il existe, dans ce cas, une hiérarchie d'intérêts juridiques dont la principale conséquence est la fixation du prix de vente par le fournisseur. Pour traduire cette situation juridique, la doctrine allemande fait allusion à des contrats de commandement⁸⁵⁸ et la doctrine italienne à des contrats de collaboration⁸⁵⁹. Lorsque le distributeur agit pour son propre compte, il est tentant de nier la soumission, au moins en partie, des intérêts juridiques du distributeur à ceux du fournisseur. Il en irait ainsi parce que, dans ce cas, le distributeur assume tous les effets liés aux contrats qu'il conclut pour son propre compte. Cette appréciation doit cependant être nuancée. En effet, s'il est vrai que le distributeur agissant pour son propre compte jouit en principe d'une autonomie plus importante qui permet d'affirmer une indépendance de ses intérêts juridiques face à ceux du fournisseur, il n'en reste pas moins qu'il conclut ainsi des contrats pour son propre compte dans le cadre d'une opération plus complexe dans laquelle l'indépendance de ses intérêts juridiques particuliers par rapport à ces contrats peut être réduite. En guise d'illustration, mentionnons qu'un fournisseur peut imposer un prix de revente maximal au distributeur⁸⁶⁰.

402. Deuxièmement, indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, il existe un assujettissement de l'activité du distributeur à celle du fournisseur. En effet, la création du produit ou du service par le fournisseur précède

⁸⁵⁶ À cet égard, l'article 1321 C. com. col. prévoit que « l'agent exécutera la mission qui lui a été confiée conformément aux instructions reçues, et fournira à l'entrepreneur les informations relatives aux conditions du marché dans la zone assignée ainsi que toute autre information qui peut être utile au mandant pour apprécier l'opportunité de l'opération ».

⁸⁵⁷ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. N. Dissaux, LGDJ, 2007, n° 1169, p. 500.

⁸⁵⁸ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 84 et s.

⁸⁵⁹ S. Bortolotti et G. Floridia, « I contratti con i rivenditori » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti s. dir.), Wolters Kluwer, 2016, p. 743. Les auteurs considèrent que l'activité réalisée par le concessionnaire dans l'intérêt du concédant est une activité économique à la différence de l'activité juridique réalisée par un mandataire.

⁸⁶⁰ L'Autorité de la concurrence colombienne permet la fixation d'un prix de revente maximal (*Superintendencia de Industria y Comercio*, consultation n° 199840, 2015).

nécessairement sa mise sur le marché. Les conditions de commercialisation du produit font partie du produit lui-même, de sorte que le distributeur ne fait qu'adhérer au projet du fournisseur en aliénant une partie de son autonomie pour recevoir, en retour, les avantages que lui procure une position avantageuse sur le marché⁸⁶¹. La doctrine fait souvent allusion aux contrats d'intégration⁸⁶². Cette situation a pour conséquence une restriction de l'autonomie juridique du distributeur. En effet, ce dernier accepte la limitation de son pouvoir de décision, dans le cadre de son indépendance juridique, en raison des contraintes imposées par la nature du produit ou le modèle de distribution conçu par le fournisseur. Indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur, son activité de diffusion est alors soumise aux instructions de celui-ci dans la mesure où elle doit se conformer à la conception du produit, à l'image et à la réputation du réseau de distribution. Par suite, le fournisseur limite l'autonomie du distributeur par des clauses qui imposent des obligations quant à la politique commerciale, l'aménagement des locaux, le mobilier, les normes de commercialisation des produits, la gestion de stocks, les méthodes de vente, l'image de la marque, ou encore le réseau de distribution.

403. Au regard de ce constat, force est d'admettre que la sujétion du distributeur agissant pour le compte d'autrui procède principalement du fait qu'il conclut des opérations dont les risques sont assumés par le fournisseur. Toutefois, peu importe si le distributeur agit pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur, un rapport de pouvoir en faveur du fournisseur découle également des contraintes relatives au respect de l'image du produit conçu par le producteur, aux normes communes de commercialisation, à la préservation de l'identité commune, à l'homogénéité du réseau de distribution et à l'application du savoir-faire transmis pour le cas particulier du contrat de franchise. La distinction de l'autonomie juridique du distributeur agissant pour le compte d'autrui et du distributeur agissant pour son propre compte n'est donc pas de nature mais de degré. La justification d'un régime commun de cessation se

⁸⁶¹ Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC*, 2004, p. 159. L'auteur relève que « si la plupart des contrats qui nous intéressent sont le support juridique d'une entreprise commune, cette entreprise ne date généralement pas du contrat. Elle a été préalablement créée par un des partenaires du contrat et l'autre n'a fait qu'adhérer à cette entreprise où il apporte son écot ».

⁸⁶² F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007. V. égal., F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd. Dalloz, 2015, n° 947, p. 956. Les auteurs opposent les contrats de collaboration et les contrats d'intégration.

consolide. Il est néanmoins nécessaire de mentionner les cas exceptionnels dans lesquels le lien personnel tissé entre les parties tend à l'égalité.

b. L'exception des contrats de distribution de partenariat

404. Il existe d'autres hypothèses dans lesquelles le contrat de distribution s'exécute d'une manière qui se rapproche d'une situation d'égalité juridique⁸⁶³. Il en va ainsi lorsqu'il adopte la forme d'un contrat de coopération interentreprises ou d'une joint-venture sans personnalité juridique. Ainsi, à propos du contrat de franchise, la doctrine allemande distingue le *Subordinationsfranchising* et le *Partnerschaftsfranchising*. Dans ce dernier cas, « le contrat est conçu pour permettre aux parties de collaborer sur un pied d'égalité, sans que la stratégie du franchiseur ne soit imposée juridiquement dans les moindres détails »⁸⁶⁴. Il existe, dans cette configuration, une relation de type horizontal proche d'une coopération. La distinction entre l'étape de la production et de la distribution s'estompe du fait que le distributeur prend part, en permanence, à la détermination des normes de commercialisation des produits. Il participe en quelque sorte à l'étape de conception du produit. Les parties peuvent, dans ce cas, instituer des mécanismes de participation pour la prise de décision. De plus, puisque qu'il n'existe pas d'inégalité juridique, les parties peuvent convenir d'une différente répartition des risques et des mesures spéciales de compensation de l'inégalité ne sont pas nécessaires⁸⁶⁵. Les règles applicables au regard du droit de la concurrence comportent également des spécificités⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Nous excluons naturellement les contrats dans lesquels le distributeur agit pour le compte de plusieurs fournisseurs (agent commercial plurimandataire) ainsi que ceux qui sont fondamentalement des contrats de vente en vue de la revente, dans le cadre desquels le revendeur jouit d'une liberté plus importante dans la mesure où il commercialise les produits de plusieurs fournisseurs sans y être spécialement lié. Dans ce cas, il jouit d'une autonomie commerciale plus importante dans le déroulement de son activité et, même si le fournisseur peut dicter certaines normes de commercialisation de ses produits, il ne peut s'immiscer dans l'activité du revendeur. Comme il l'a été observé, le fournisseur « peut stipuler à la charge du distributeur des obligations relatives à la commercialisation des produits mais en le laissant libre d'organiser celle-ci dans le respect là encore de l'économie générale de l'opération » (D. Ferrier, « L'achat pour revendre : un contrat méconnu », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 189, n° 19).

⁸⁶⁴ P. Pichonnaz, « Le contrat de franchise : état de son évolution », in *La pratique contractuelle* (P. Pichonnaz et F. Werro sous dir.), n° 3, Schulthess, Zurich, 2012, p. 48.

⁸⁶⁵ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 606.

⁸⁶⁶ V. P. Pichonaz, « Le contrat de franchise : état de son évolution », *La pratique contractuelle 3, Symposium en droit des contrats* (F. Werro et P. Pichonnaz), Schulthess, Genève, 2012, p. 47 et s. L'auteur suisse relève que dans les contrats de franchise de subordination, il peut se révéler judicieux d'appliquer, par analogie, les règles relatives au contrat de travail ou d'agence, en particulier celles sur la résiliation pour justes motifs. Il mentionne un arrêt du 8 septembre 2011 (TF, 4A_148/2011) dans lequel le Tribunal fédéral a repris la distinction doctrinale entre la franchise de subordination et la franchise de partenariat. Dans cet arrêt, le Tribunal a affirmé que si un contrat de franchise prévoyait une relation suffisante entre

405. Observons, enfin, que M. Le Tourneau soutient à cet égard que « la reconnaissance de l'intérêt commun dans les contrats de concession paraît encore une solution timorée ». L'auteur ajoutant que « [l]es efforts doivent tendre vers une transformation progressive, certes déjà amorcée, de ces contrats inégalitaires de dépendance, conduisant au-delà du devoir de coopération à un *partenariat*, non pas en trompe l'œil mais véritable, pour lequel nous militons depuis longtemps à propos des transferts de maîtrise industrielle, créant une loyauté renforcée des partenaires »⁸⁶⁷. Il nous semble, cependant, que la structure inégalitaire et la structure de partenariat sont irréductibles à une seule catégorie. Chacun ayant des caractéristiques différentes, l'absorption de la première par la seconde n'est pas envisageable. En tout état de cause, le rapport asymétrique de pouvoirs qui caractérise le contrat de distribution découle de causes plus spécifiques qu'il convient de présenter.

2. Les causes de l'inégalité

406. L'inégalité des parties aux contrats de distribution trouve sa cause tout d'abord dans la spécificité de la prestation du fournisseur. En effet, la principale particularité des contrats de distribution tient au fait que la prestation qui absorbe l'utilité économique du contrat est réalisée par le seul distributeur⁸⁶⁸. Cela s'explique par la succession dans le temps des fonctions économiques de production et de distribution. Le distributeur bénéficie des obligations exécutées par le fournisseur en vue de la réalisation des prestations caractéristiques précédemment identifiées : la diffusion stable des produits conçus par ce dernier sur un marché en vue de développer une clientèle et d'exploiter ce marché. La prestation fournie par le fournisseur est la prestation essentielle, originelle, non fongible en ce sens que c'est son exploitation qui va permettre au distributeur de retirer des profits. De ce fait, l'activité du distributeur doit s'adapter à la spécificité de la prestation du fournisseur (a). Ensuite, le lien privilégié tissé avec le fournisseur place la plupart du temps le distributeur dans une situation de dépendance économique. Selon M. Virassamy, la dépendance économique vise le cas du contrat « régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se

franchiseur et franchisé, il pouvait y avoir lieu d'appliquer les règles impératives sur la résiliation pour justes motifs. En revanche, s'agissant de la franchise de partenariat, seraient applicables les règles du contrat de société simple.

⁸⁶⁷ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 48, p. 24 y 25.

⁸⁶⁸ Dans d'autres contrats, l'association ou la mise en relation des prestations permet la réalisation d'une activité finale par les deux parties (p. ex. la co-traitance).

trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer sous sa dépendance économique et sous sa domination »⁸⁶⁹. Dans les contrats de distribution, cette dépendance procède des liens d'exclusivité ou de quasi-exclusivité tissés entre les parties, qui peuvent tirer également leur origine de la spécificité de la prestation du fournisseur (b).

a. La spécificité de la prestation du fournisseur

407. Il n'existe pas d'égalité juridique entre les parties à un contrat de distribution en raison de la spécificité des prestations du fournisseur. Dans une société où l'innovation et la créativité sont appréciées, le fournisseur a le mérite d'être le créateur d'un produit ainsi que de l'image et de la renommée de sa marque ou du réseau de distribution. Ainsi qu'il l'a été dit, dans ces contrats, « il y a donc un créateur originel, un "dominant" au sens premier du terme, c'est-à-dire au sens de titulaire d'un *dominium*, d'une espèce de propriété de l'entreprise, dont dérive sa domination au sens second du terme, c'est-à-dire au sens de titulaire d'un pouvoir hiérarchiquement supérieur, d'un *imperium*, sur la marche de l'entreprise »⁸⁷⁰. C'est ainsi que, si juridiquement les parties conservent leur indépendance juridique, l'autonomie juridique du distributeur peut être fortement diminuée. Autrement dit, la spécificité de la prestation du fournisseur empêche de fait une relation égalitaire. En ce sens, Mme Cathiard, fondant son analyse sur des concepts économiques, constate que « la collaboration ne pourra pas être effective si l'un des partenaires détient des actifs spécifiques et différenciés, lui conférant un pouvoir particulier sur son cocontractant »⁸⁷¹. La collaboration cède ainsi le pas à la hiérarchie et à l'intégration. L'auteur explique précisément que « l'intégration constitue une modalité d'organisation relationnelle qui permet à l'un des professionnels d'imposer à son cocontractant une discipline ou une contrainte dans la conduite de l'échange »⁸⁷².

408. Certes, le distributeur est apprécié également en raison de son expérience, de sa connaissance du marché et de sa spécialisation dans la distribution de certains types de produits. Cependant, les prestations du fournisseur sont la plupart du temps plus spécifiques.

⁸⁶⁹ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986.

⁸⁷⁰ Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC*, 2004, p. 159.

⁸⁷¹ A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. Lagarde, PUAM, 2006, n° 100, p. 105.

⁸⁷² *Ibidem*, p. 108.

L'importance du distributeur peut ainsi résider dans l'intention d'entreprendre et l'existence d'un capital à investir. De ce fait, il a un intérêt plus marqué à la stabilité du contrat de distribution. Le distributeur qui sort du réseau de distribution peut éprouver de sérieuses difficultés pour intégrer un autre réseau⁸⁷³. De plus, qu'il s'agisse d'un contrat de distribution pour compte propre ou d'un contrat de distribution pour le compte d'autrui, la clientèle peut être plus attachée à la marque du fournisseur qu'à l'activité du distributeur. À cet égard, il a été observé que la rupture du contrat « préjudicé au licencié et n'occasionne que de faibles dommages au titulaire de la marque. En conséquence, le titulaire de la marque dispose d'une position hautement privilégiée dans la relation de distribution »⁸⁷⁴. Comme l'indique un auteur, « la disparition d'un concessionnaire n'est pas gênante : en général, il trouvera facilement un remplaçant ». En revanche, le concessionnaire « aura souvent de la peine à se lier avec un autre concédant »⁸⁷⁵. La prestation du distributeur est en quelque sorte « fongible » en ce sens qu'elle constitue avant tout un capital destiné à exploiter la prestation fournie par le fournisseur. C'est particulièrement évident dans le cadre d'un contrat de franchise, les franchisés étant des commerçants motivés à investir un capital afin d'exploiter la formule de succès du franchiseur. Mme Behar-Touchais fait alors référence à la notion de contractant interchangeable pour signifier la possibilité d'un contractant de « changer de contractant sans que cela lui nuise aucunement »⁸⁷⁶.

409. La spécificité de la prestation du fournisseur se manifeste par les exigences de celui-ci pour pouvoir intégrer le réseau et ce, tout au long de l'exécution contractuelle. Il en va ainsi notamment de la réalisation d'investissements spécifiques ainsi que des contraintes liées à la préservation de la réputation des signes distinctifs du fournisseur (enseigne, marques et nom commercial) et à l'homogénéité du réseau de distribution. L'application de ces règles permet au fournisseur d'exercer un certain pouvoir sur son distributeur. Ensuite, le fournisseur peut se réserver des pouvoirs destinés à organiser le réseau de distribution. Le fournisseur se trouve dans une situation privilégiée du fait de la spécificité de son actif. M. Le Bescond de Coatpont

⁸⁷³ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 177, p. 84.

⁸⁷⁴ J.-M. Mousseron et alt., *Droit de la distribution*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1975, p. 65.

⁸⁷⁵ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 177, p. 84.

⁸⁷⁶ M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat* (G. Lardeaux sous dir.), PUAM, 2012, p. 31. Pour l'auteur, le caractère interchangeable du contractant, ajouté à sa situation de dépendance et à l'absence de pouvoir de sa part d'influer sur la négociation du contrat ou des clauses, sont les critères qui légitiment cumulativement l'existence d'un pouvoir du juge de sanctionner le déséquilibre du contrat en droit commercial.

a pu se référer, à cet égard, à une dépendance-obéissance en la différenciant d'une dépendance-nécessité ou dépendance économique⁸⁷⁷.

b. Le lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité

410. Le degré de spécialisation de l'activité du distributeur dépend des liens privilégiés qu'il a tissés avec le fournisseur. Une relation privilégiée peut être établie, notamment lorsque le distributeur est lié au fournisseur par une relation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. En effet, « obtenant d'un commerçant qu'il s'approvisionne totalement (ou majoritairement) auprès de lui, un fournisseur cherche à ce que ce commerçant consacre tous ses efforts (ou la majorité de ceux-ci) à diffuser les produits concernés »⁸⁷⁸. En l'absence de clause spécifique, ce lien peut surgir, de fait, lorsque le distributeur réalise la plus grande partie de son chiffre d'affaires avec un seul fournisseur. Dans le contrat de franchise, l'exclusivité peut se justifier en raison de la protection et de l'application uniforme du savoir-faire. Lorsqu'un distributeur se spécialise plus ou moins intensément dans la distribution des produits d'un seul fournisseur, ce dernier peut avoir une certaine emprise sur l'activité du premier. À cet égard, les contrats de concession et de franchise conduisent à une spécialisation plus ou moins marquée du distributeur. Il en va de même des contrats de distribution pour le compte d'autrui lorsqu'une relation privilégiée est établie entre le distributeur et le fournisseur.

411. Les clauses d'exclusivité et les clauses de non-concurrence ont non seulement un effet d'intensification de la relation de distribution et de spécialisation de l'activité du distributeur, mais elles placent également le distributeur dans une situation de dépendance économique. Les contrats de distribution peuvent notamment contenir une obligation d'exclusivité d'approvisionnement⁸⁷⁹. Par cette clause, le distributeur s'engage à n'acquérir les produits qui

⁸⁷⁷ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 69.

⁸⁷⁸ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2002, n° 186, p. 131. V. égal. J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires*, LGDJ, 8^e éd., 2015, p. 392, n° 613.

⁸⁷⁹ Sur la distinction de la clause d'approvisionnement exclusif et de la clause de non-concurrence : C.-E. Bucher, « Clause de non-concurrence. Notion – Généralités », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, Fasc. 110, 2017 : « La clause de non-concurrence et la clause d'exclusivité donnent naissance à une obligation de ne pas faire. Néanmoins, elles se distinguent d'un triple point de vue. Alors que la clause de non-concurrence ne fait naître qu'une obligation de ne pas faire, la clause d'exclusivité fait également apparaître une obligation de faire : contracter avec le créancier de l'exclusivité. De même, l'obligation de non-concurrence interdit l'exercice d'une activité. La clause d'exclusivité, en excluant tout choix d'un autre partenaire, n'en affecte que les modalités d'exercice (V. G. Parleani, op. cit., n° 4 qui considère qu'elle "ne comporte qu'une obligation d'abstention relative, qui comprime (...) l'activité

sont l'objet de la clause qu'auprès du fournisseur ou d'une entreprise indiquée par celui-ci. Il s'interdit donc de les acquérir auprès d'autres revendeurs ou d'autres membres du réseau⁸⁸⁰. Cette clause n'empêche pas, en principe, le distributeur d'acquérir des biens ou des services concurrents. De même, le distributeur peut en principe distribuer d'autres produits non concurrents de ceux du fournisseur. Pour sa part, la clause de non-concurrence contractuelle interdit au distributeur de commercialiser des produits concurrents de ceux du fournisseur. Un auteur indique cependant qu'en stricte théorie, le distributeur reste libre d'approvisionner des produits du fournisseur auprès de qui il désire⁸⁸¹. En pratique, la distinction est délicate, notamment dans la concession exclusive, car les contractants combinent les deux engagements de sorte que le distributeur s'oblige à s'approvisionner exclusivement en produits auprès du fournisseur et à ne pas vendre de produits concurrents de celui-ci.

412. Lorsqu'il s'agit d'un distributeur agissant pour le compte d'autrui, les parties peuvent également stipuler des clauses d'objectifs de vente qui ont pour effet de spécialiser le distributeur dans la commercialisation de produits du fournisseur. Les parties peuvent également établir une clause de non-concurrence qui oblige le distributeur à vendre des produits concurrents de ceux du fournisseur. En droit colombien, l'article 1319 C. com. col. établit que : « *Dans les contrats d'agence commerciale peut être convenue l'interdiction pour l'agent de promouvoir ou d'exploiter, dans la même zone et dans la même branche, les affaires de deux ou de plusieurs entreprises concurrentes* »⁸⁸². Le contraste avec l'article L-134-3 du C. com. fr., qui indique que l'agent « *ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier* », est manifeste. En partant de ce

commerciale de celui qui l'a souscrite"). Sa raison d'être est d'intensifier les relations d'affaires entre les parties afin d'instaurer un minimum de sécurité et de prévisibilité. Il est vrai que la distinction est parfois plus délicate. Il en va ainsi, dans la concession commerciale, lorsque le concessionnaire s'engage, pendant la durée du contrat, à s'approvisionner exclusivement en produits auprès du concédant et à ne pas vendre de produits concurrents. Cette clause produit des effets identiques à ceux d'une clause de non-concurrence. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que le droit de l'Union européenne range sous la qualification d'"obligation de non-concurrence", la clause d'approvisionnement exclusif (Comm. UE, règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, art. 1^{er} d), concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : Journal Officiel de l'Union européenne du 23 avril 2010). Enfin, la clause d'exclusivité ne peut jouer que pendant les relations contractuelles et disparaît lorsqu'elles cessent. En revanche, la clause de non-concurrence peut régir l'après-contrat. La clause de non-concurrence se distingue encore de la clause de confidentialité ».

⁸⁸⁰ J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 1045, p. 589.

⁸⁸¹ *Ibidem*.

⁸⁸² Comp. C. com. fr. art. L. 134-3 : « *L'agent commercial peut accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants. Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier* ».

constat, relevons qu'en droit colombien, dans le contrat d'agence commerciale, une obligation de non-concurrence contractuelle ne peut émerger que de la volonté d'une clause contractuelle en ce sens.

413. Puisque les liens d'exclusivité et de quasi-exclusivité mettent le distributeur dans une situation de dépendance économique, ils constituent des critères utiles pour déterminer le champ d'application des règles de protection des distributeurs. En droit français, la loi Doubin, qui a instauré, notamment, une obligation précontractuelle d'information en faveur des distributeurs, limite son application aux contrats par lesquels le fournisseur permet l'autorisation de ses signes distinctifs et fait peser sur son cocontractant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité⁸⁸³. Certains auteurs font référence, plus spécifiquement, à un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'au moins 50% pour délimiter plus précisément le champ d'application de certaines règles de protection du distributeur⁸⁸⁴. Quoiqu'il en soit, s'il est vrai que l'autonomie juridique du distributeur est restreinte, il n'en reste pas moins qu'elle ne peut être réduite à néant.

B. Les limites à la restriction de l'autonomie juridique du distributeur

414. Qu'il s'agisse d'un contrat de distribution pour compte propre ou d'un contrat de distribution pour le compte d'autrui, l'absence de subordination juridique est une frontière commune à l'exercice de l'activité des distributeurs (1). De même, le droit de la concurrence peut trouver à s'appliquer lorsque le distributeur et le fournisseur constituent des entités économiques différentes. Le droit de la concurrence ne considère pas la typologie contractuelle, mais utilise des critères d'appréciation autonomes pour déterminer son application. Pour cette raison, la qualification donnée par les parties au contrat n'exclut pas nécessairement l'application de ce droit. Ainsi, un contrat qualifié par les parties d'agence commerciale peut être soumis au droit de la concurrence lorsque, en raison des risques de l'opération économique assumés par les distributeurs, les parties constituent des entités économiques différentes (2).

⁸⁸³ C. com. fr., art. L330-3, anciennement art 1^{er} de la loi du 31 de décembre 1989, dite loi Doubin.

⁸⁸⁴ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 878.

1. L'inexistence d'un rapport de subordination juridique

415. L'article 23 du C. tr. col. prévoit qu'outre une activité personnelle et une rémunération, l'un des éléments essentiels du contrat de travail est « *la subordination ou la dépendance continue du salarié à l'égard de l'employeur, qui permet à ce dernier de lui exiger le respect d'ordres, à tout moment, quant au mode, au temps et à la quantité de travail, et de lui imposer des règlements* ». Par opposition à la subordination juridique du salarié, l'indépendance juridique des distributeurs - qu'il s'agisse d'un agent commercial, d'un concessionnaire ou d'un franchisé - est communément affirmée par la doctrine et la jurisprudence⁸⁸⁵. Cependant, la frontière n'est pas toujours claire. Il n'est alors pas étonnant que les distributeurs engagent parfois des actions en justice en vue de la requalification du contrat de distribution en contrat de travail. Dans le cadre de ces actions, pour déterminer l'existence d'un lien de subordination juridique, la Cour de cassation colombienne prend en considération deux éléments⁸⁸⁶. Le premier concerne la subordination, conçue comme la soumission du salarié aux instructions, au contrôle et à la surveillance de l'employeur. Le second vise plus largement le cadre d'exercice de l'activité du salarié.

416. Concernant le premier élément, la Cour affirme que la démonstration du respect, par un distributeur, des instructions et des directives du fournisseur ne suffit pas à prouver l'existence d'un lien de subordination dans la mesure où cette sujétion peut avoir pour origine un contrat autre qu'un contrat de travail. La Cour de cassation a notamment reconnu les similarités qui peuvent exister entre un contrat de travail et un contrat d'agence commerciale. En guise d'illustration, notons que dans un arrêt du 19 juillet 2016, la Cour a approuvé la décision des juges d'appel en question qui avait rejeté la demande de requalification d'un contrat d'agence commerciale en contrat de travail. Concernant les preuves apportées par le distributeur visant à démontrer le respect des instructions, des directives et des orientations du fournisseur, la Cour a considéré que ce comportement relevait de l'exécution des obligations du contrat d'agence commerciale, lesquelles visaient légitimement à préserver la qualité et l'image des produits vis-

⁸⁸⁵ V., p. ex., CSJ, chambre civile, 27 mars 2012, M.R. Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1100131030032006-00535-01.

⁸⁸⁶ CSJ, chambre sociale, 19 juillet 2016, M.R. Clara Cecilia Dueñas, SL10159-2016. V. égal. 24 janvier 2012, M.R. Carlos Ernesto Molina, n° 40121.

à-vis des consommateurs et n'étaient pas de nature à exclure l'autonomie de l'agent commercial⁸⁸⁷.

417. Quant au second élément, puisque le respect des directives et des instructions du fournisseur ne suffit pas à caractériser un lien de subordination juridique, la Cour de cassation prend en considération également le cadre de l'activité exécutée par le distributeur. Elle tient compte de la nature du contrat conclu par les parties et des éléments qui ne sont pas propres à un contrat de travail. L'appréciation se réalise à partir d'un faisceau d'indices, notamment d'indices dénotant une indépendance, tels que la propriété des moyens matériels, l'embauche d'auxiliaires et le fait d'assumer les risques de l'activité⁸⁸⁸. Ces éléments accomplissent une fonction négative dans la mesure où ils servent, la plupart du temps, à écarter l'existence d'un lien de subordination. En guise d'illustration, citons un arrêt de la Cour de cassation rendu le 6 septembre 2001, approuvant la décision d'une cour d'appel rejetant la requalification d'un contrat de distribution en contrat de travail. La Cour a en l'espèce relevé qu'afin d'affirmer l'indépendance juridique du distributeur, les juges d'appel avaient bien pris en compte sa qualité de propriétaire des outils dans le cadre de l'exécution de son activité, ainsi que sa possibilité d'embaucher des salariés⁸⁸⁹. Sans doute, des éléments comme ceux-ci laissent paraître une certaine autonomie du distributeur dans la gestion de son activité et, en conséquence, peuvent être pris en compte pour l'exclusion de la notion de subordination juridique.

418. Ce raisonnement peut être rapproché de celui d'un auteur qui, au regard du droit français, a pu relever que « ce n'est pas le degré d'autonomie de franchisés ou concessionnaires

⁸⁸⁷ CSJ, chambre sociale, 19 juillet 2016, M.R. Clara Cecilia Dueñas, SL10159-2016. V. égal. 24 janvier 2012, M.R. Carlos Ernesto Molina, n° 40121.

⁸⁸⁸ CSJ, chambre sociale, 1^{er} sept. 1998, M.R. Fernando Vásquez Botero, n° 10696. 1. En l'espèce, la Cour a censuré la décision d'un tribunal qui avait requalifié un contrat qualifié par les parties de « contrat de distribution » en un contrat de travail. Une personne physique, après avoir été salariée de l'entreprise, avait conclu avec celle-ci un contrat nommé « contrat de distribution » par lequel elle s'engageait à la revente des produits du fournisseur avec ses propres moyens : un camion de sa propriété et un auxiliaire. Le fournisseur fixait le territoire et imposait les prix de revente. La Cour a affirmé que s'il est vrai que les obligations mises à la charge d'un distributeur peuvent être similaires à celles qui pèsent sur un salarié, elles ne sont pas particulières aux personnes liées par un lien de subordination. Ainsi, l'existence d'un service et d'une rémunération ne sont pas des éléments particuliers au contrat de travail. Plus précisément, la Cour a reproché au tribunal de ne pas avoir recherché si le contrat en cause correspondait à un contrat d'agence commerciale.

⁸⁸⁹ CSJ, chambre sociale, 6 sept. 2001, M.R. Carlos Isaac Nader, n° 16062.

qui les exclut du salariat mais principalement des raisonnements et indices permettant d'occulter leur dépendance pour valider des stratégies d'externalisation de la distribution par intégration dans un objectif d'efficacité économique »⁸⁹⁰. Il est ainsi permis d'affirmer que c'est principalement la prise en compte d'indices d'indépendance dans l'appréciation du lien créé entre les parties qui permet d'écarter un lien de subordination et non la différence de degré d'autonomie du distributeur par rapport à celui d'un salarié. Dans tous les cas, il existe des zones grises tant la subordination juridique du salarié comme l'indépendance juridique du distributeur admettent toutes les deux des degrés ; les deux situations pouvant, dans certaines hypothèses, se rapprocher. La différence entre l'autonomie juridique d'un salarié et celle d'un distributeur existe toutefois bel et bien. Comme cela a pu justement être observé, si le distributeur « se trouve soumis aux pouvoirs d'organisation, de direction et de contrôle de l'intégrateur, l'entrepreneur intégré continue à jouir d'une certaine forme d'autonomie juridique incompatible avec l'existence d'un contrat de travail »⁸⁹¹. Le distributeur doit ainsi toujours pouvoir conserver une partie importante de la liberté de gestion de son entreprise.

419. Naturellement, si dans le cadre de l'exécution d'un contrat de distribution, l'autonomie d'un distributeur se trouve réduite à néant, le fournisseur doit assumer les conséquences juridiques de cette situation⁸⁹². Ainsi, lorsque le distributeur est une personne physique, ou qu'une personne morale a été créée, et que la prestation d'un service existe à travers une activité personnelle, la requalification du contrat en contrat de travail est envisageable. Par ailleurs, outre une requalification du contrat en contrat de travail, la restriction de l'autonomie juridique du distributeur peut éventuellement donner lieu à d'autres conséquences juridiques, notamment en cas de redressement ou de faillite du distributeur, avec la reconnaissance d'une direction de fait de l'activité du distributeur⁸⁹³.

⁸⁹⁰ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 389, p. 305 n° 154, p. 127.

⁸⁹¹ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 144, p. 85. V. égal. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd. Dalloz, 2015, n° 947, p. 956 : « Cette réserve paraît justifiée dans la mesure où les concessionnaires et les franchisés conservent une certaine marge de liberté dans la gestion de leur commerce ».

⁸⁹² Pour un exemple de requalification du contrat de courtage en contrat de travail, v. CSJ, chambre sociale, M.R. Elsy del Pilar Cuello, SL2555-2015.

⁸⁹³ En droit colombien, la loi relative aux procédures collectives (loi 1116 de 2006, art. 82) prévoit une action contre les dirigeants d'une entreprise en difficulté lorsque son patrimoine a été détérioré par un comportement frauduleux ou fautif de leur part. S'ils sont déclarés responsables, ils doivent contribuer au paiement du passif social. Nous ne connaissons cependant à ce jour aucune action orientée à reconnaître

420. Une autre limite à la restriction de l'autonomie du distributeur naît de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles.

2. L'autonomie assurée par le droit des pratiques anticoncurrentielles

421. Comme sa dénomination l'indique, le droit des pratiques anticoncurrentielles a vocation à contrôler les effets anticoncurrentiels des contrats de distribution issus des restrictions d'accès au marché qu'ils produisent. Les contrats de distribution sont indirectement encadrés par le droit de la concurrence dans la mesure où l'application de ce dernier peut engendrer des limites à la liberté contractuelle des parties⁸⁹⁴. Ces limites tendent à garantir l'autonomie des agents économiques qui participent à un marché. Le droit de la concurrence est autonome étant donné qu'il ne s'applique pas selon la qualification donnée à l'accord en question en droit des contrats, mais selon des critères autonomes et en particulier l'absence d'une unité économique entre le distributeur et le fournisseur. Concrètement, dès lors que le distributeur est qualifié d'agent économique indépendant, le droit des pratiques anticoncurrentielles a lieu à s'appliquer⁸⁹⁵. À cet égard, l'Autorité de la concurrence colombienne a expressément indiqué que les prohibitions légales des restrictions verticales sont fondées sur le caractère d'agents économiques indépendants des distributeurs, qui ont de ce fait le droit de fixer les conditions d'acquisition, de vente et revente des produits, en conformité avec leurs coûts et leurs prévisions de gains⁸⁹⁶. L'application du droit de la concurrence garantit ainsi, en principe, une autonomie plus importante au distributeur lorsqu'il a lieu à s'appliquer.

422. Sans vouloir traiter le régime des contrats de distribution au regard du droit des restrictions verticales, il convient cependant de noter que la loi colombienne consacre une prohibition générale des accords qui affectent la liberté de concurrence et un catalogue

cette qualité de dirigeant de fait, notamment à un franchiseur en raison de son intervention dans la gestion de l'entreprise du franchisé.

⁸⁹⁴ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2016, n° 495.

⁸⁹⁵ *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* [Résolution] n° 16562 de 2015. Elle définit les restrictions verticales comme les dispositions, imposées ou accordées, destinées à régir les relations entre deux agents économiques indépendants qui sont placés à différents niveaux de la chaîne économique de production ou de distribution.

⁸⁹⁶ *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* n° 40598 du 14 juin 2014 (Arrêt « Terpel »).

d'interdictions spécifiques⁸⁹⁷. Concernant ces dernières, la loi prohibe notamment les accords qui ont pour objet ou pour effet la fixation directe ou indirecte des prix⁸⁹⁸. Puisque la règle n'opère aucune distinction, elle s'applique aux accords horizontaux et verticaux. Si l'Autorité de la concurrence l'avait considérée traditionnellement comme une interdiction *per se*, elle admet depuis 2012 l'application de la règle de raison à cette pratique malgré l'interdiction légale expresse⁸⁹⁹. Elle affirme ainsi que si la fixation du prix de revente par le fournisseur est en principe interdite, les entreprises peuvent démontrer que les effets pro-concurrentiels dépassent les effets anticoncurrentiels. C'est la méthode de « *quick look rule of reason* » du droit américain qui s'applique. L'Autorité ajoute que, bien que la fixation de prix de revente puisse restreindre la concurrence intra-marque, elle peut aussi accroître la concurrence inter-marques⁹⁰⁰. Postérieurement, elle a admis que la fixation d'un prix maximum n'est pas interdit *per se*⁹⁰¹.

423. À l'heure actuelle, l'Autorité de la concurrence, en matière de restrictions verticales, montre une tendance à accorder la primauté à l'application de la règle de raison, même dans les cas d'accords prohibés expressément par la loi, comme c'est le cas des prix imposés⁹⁰². Cette position suscite de vives discussions en doctrine. Certains auteurs contestent en effet cette tendance considérant que l'analyse de règle de raison à l'égard des interdictions *per se* ne

⁸⁹⁷ Loi 155 de 1959, par laquelle sont adoptées des règles relatives aux pratiques commerciales restrictives et aux pratiques anticoncurrentielles. L'article 1^{er} de cette loi interdit tout accord qui, directement ou indirectement, a pour objet de limiter la production, l'approvisionnement, la consommation ou la distribution de produits ou de services, ainsi que toute pratique qui limite la libre concurrence. L'article 47, 10), du décret 2153 de 1992 interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher des tiers d'accéder au marché ou aux canaux de commercialisation.

⁸⁹⁸ Décret 2153 de 1992, art. 47-1.

⁸⁹⁹ *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* n° 48092 du 13 août 2012.

⁹⁰⁰ *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* n° 48092 du 13 août 2012 (Arrêt « Televisores »). La Cour ajoute que pour identifier les effets anticoncurrentiels de la fixation du prix de revente, il est nécessaire de prendre en considération la structure du marché, la position du contractant sur le marché en amont, les caractéristiques des biens et de la marque, la relation contractuelle ainsi que les effets à long terme du comportement.

⁹⁰¹ *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* n° 40598 du 14 juin 2014 (Arrêt « Terpel »). Elle conforte également la position soutenue depuis longtemps à l'égard des prix conseillés : ils sont permis pourvu que les revendeurs restent libres dans la fixation des prix de revente.

⁹⁰² V., plus récemment, *Superintendencia de Industria y Comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], *Resolución* n° 16562 du 14 avril 2015 (Arrêt « Molinos Roa y Florhuila »).

devrait être appliquée qu'après une réforme législative qui supprime ces interdictions⁹⁰³. Les auteurs qui ne s'opposent pas à son application relèvent pour leur part le manque de clarté de l'Autorité de la concurrence sur les méthodes d'analyse de la règle de raison. Il en va ainsi de la démonstration des effets qui peuvent conduire à prouver que les prix imposés ou la fixation de prix minimum de vente par le fournisseur entraînent des effets bénéfiques du point de vue de l'efficacité ou des effets pro-concurrentiels qui sont plus importants que les effets anticoncurrentiels. La doctrine déconseille ainsi la fixation de prix de vente tant les hésitations qui existent à l'égard de cette pratique la rendent trop risquée⁹⁰⁴.

424. Quoi qu'il en soit, peu importe la qualification donnée par les parties au contrat de distribution, lorsque le droit des restrictions verticales a lieu à s'appliquer, celui-ci exerce une emprise certaine sur le contrat de distribution qui garantit en principe une autonomie plus importante au distributeur, en particulier à l'égard de la fixation de prix de revente. Il s'agit d'une limite commune à la restriction de l'autonomie juridique des distributeurs.

425. Conclusion du Chapitre 1 du Titre II de la Première partie. Un double fondement à l'instauration d'un régime commun de cessation des contrats de distribution a été mis en évidence. D'une part, l'unité de leurs prestations caractéristiques, à savoir la diffusion stable des produits du fournisseur (prestation immédiate) en vue de la conquête d'une clientèle et de l'exploitation d'un marché (prestation médiante). Ces prestations peuvent être accomplies par le biais de différentes modalités. En effet, si dans tous les cas le distributeur réalise une activité minimale de contact avec les clients en vue de les inciter à l'achat, il peut agir en tant qu'intermédiaire, revendeur ou prestataire de services. D'autre part, leurs caractères structurels communs, au sens de la façon dont se tissent les relations entre les intérêts et les pouvoirs des parties. Nous avons pu en effet identifier deux types de rapports de tension entre les intérêts et les pouvoirs des parties. D'une part, une tension entre l'existence d'un objectif commun qui intègre la cause du contrat de distribution et la tendance légitime des parties à favoriser leurs

⁹⁰³ J.M. De la Calle Restrepo, « Aproximaciones prácticas a la aplicación de las reglas *per se* y de la razón en Colombia: comentarios a la ponencia de Felipe Serrano Pinilla » in *¿Regla per se y regla de la razón? Interpretación de las normas de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 119 et s.

⁹⁰⁴ A. Miranda Londoño, « La regla de la razón y la regla *per se* en el derecho colombiano », in *¿Regla per se y regla de la razón? Interpretación de las normas de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 185. L'auteur prône la réforme de la loi ou la publication de lignes directrices sur les restrictions verticales. V. égal. I. Ortiz Baquero, « Los pactos de exclusividad », *Revista Derecho Competencia*, vol. 11, janv-déc. 2015, Bogotá, p. 44 et 56.

intérêts particuliers. Il n'existe alors qu'un renforcement léger du devoir de bonne foi dans ces contrats dans la mesure où les parties peuvent favoriser légitimement leurs propres intérêts, la seule limite étant l'atteinte manifeste portée à l'objectif commun. D'autre part, une tension entre l'intérêt du fournisseur à conserver la maîtrise des conditions de commercialisation de ses produits et l'indépendance juridique du distributeur. À cet égard, nous avons constaté que ces contrats créent un lien personnel inégalitaire entre les parties qui s'explique par la spécificité de la prestation du fournisseur et l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité qui lie généralement le distributeur, d'où l'exclusion de son caractère de partenariat ou de coopération. Indépendamment du type contractuel, ces contrats peuvent de la sorte impliquer une restriction importante à l'autonomie juridique du distributeur. Les limites à cette restriction sont communes : celle-ci ne peut impliquer sa subordination juridique et, lorsque le droit des pratiques anticoncurrentielles a lieu à s'appliquer, il jouit en principe d'une autonomie plus importante notamment à l'égard de la fixation de prix de revente. Puisqu'il s'agit également d'un régime spécial, il est encore nécessaire d'examiner les caractères de ces contrats qui permettent d'élaborer un régime adapté en droit positif.

Chapitre 2

L'instauration d'un régime de cessation adapté

426. Si un régime commun est justifié, encore faut-il qu'il soit adapté aux contrats de distribution. L'un des défauts constatés du droit positif a été précisément l'inadaptation du droit commun des contrats à l'égard de ces contrats. Pour certains auteurs, une idée de solidarisme a vocation à se déployer à l'égard de ces contrats ; un solidarisme qui « consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération »⁹⁰⁵. Toutefois, loin de partir de cette idée qui impose un « devoir être » dans les relations contractuelles, il nous semble qu'un régime commun doit répondre aux caractères juridiques des contrats de distribution. Il sera ainsi question, tout d'abord, de prendre en considération les caractères généraux et particuliers de leur cessation (Section 1), avant d'examiner les moyens d'introduction d'un tel régime relatif à la cessation des contrats de distribution en droit positif colombien. Le choix de la voie légale passe par la démonstration préalable de l'inadéquation du rôle de la jurisprudence à accomplir cet objectif. Cela implique également de présenter la hiérarchie de valeurs qui sous-tendent ce régime, ainsi que son champ d'application et les éléments qui le composent (Section 2).

Section 1 : L'adéquation aux caractères qui influent sur la cessation

427. Un régime de cessation adapté doit nécessairement considérer les caractères communs de ces contrats relatifs au moment de leur cessation. À certains égards, les aspects relatifs à la cessation s'éloignent des caractères de ces contrats lors de leur exécution. Il existe ainsi des caractères propres à la cessation des contrats de distribution (§1). Cependant, à d'autres égards, des caractères plus généraux de ces contrats doivent être pris en considération dans la mesure où ils ont également une influence sur la période de leur cessation (§2).

⁹⁰⁵ D. Mazeaud, « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile », *D.*, 2002, p. 2841.

§1. Les caractères propres à la cessation

428. Le régime de cessation des contrats de distribution ne peut prendre en compte la convergence des intérêts des parties qui née de la poursuite d'un objectif commun résidant dans la conquête et l'exploitation d'un marché. En effet, si pendant l'exécution du contrat la propension des parties à favoriser leurs propres intérêts peut être refreiné en partie par l'existence de cet objectif commun, il n'en va pas de même concernant les aspects relatifs à la cessation du contrat dans la mesure où à l'égard de ceux-ci les intérêts des parties sont opposés (A). De plus, puisque la cessation du contrat signifie que les parties sont déliées du lien contractuel qui les a unies pendant une période plus ou moins longue, un régime commun de cessation doit prendre en considération la disparition de la force obligatoire du contrat et le recouvrement de principe de leur liberté par les parties (B).

A. L'absence d'intérêt commun

429. Pendant l'exécution du contrat, le respect du but contractuel commun constitue l'un des critères pour apprécier le comportement des parties. La poursuite d'un intérêt égoïste qui déjoue les prévisions légitimes du cocontractant ou qui est susceptible d'empêcher la réalisation de l'objectif porté par le contrat peut être sanctionné. En revanche, l'intérêt commun n'est plus un élément à considérer à la cessation du contrat. Pour cette raison, l'exigence d'un devoir de coopération à ce moment se révèle artificielle (1). Cependant, un devoir de loyauté subsiste, qui permet de sanctionner les comportements indéliques des parties (2).

1. Le refus de l'exigence d'un devoir de coopération

430. La notion de bonne foi n'est pas exactement la même à tous les stades du contrat : formation, exécution, extinction. Si, pendant la formation du contrat, elle se rattache au devoir général de comportement loyal et vise à « instaurer une transparence en dégageant le consentement de ce qui embarrassa sa lucidité »⁹⁰⁶, lors de son exécution elle vise le respect des parties de l'objectif convenu et de l'utilité légitimement attendue par chacune d'elles et se traduit par un devoir de coopération. Par une sorte de prolongation de celui-ci, certains ont voulu instaurer un devoir de solidarité ou collaboration lors de cessation du contrat de distribution (a). Néanmoins, puisque qu'à l'égard de la cessation il n'existe en réalité que des

⁹⁰⁶ L. Aynès, note sous Cass. 3^e civ. 14 sept., n° 04-10.856 et Cass. com., n° 03-19.732, *Dr. et Patr.*, janvier 2004, p. 88.

intérêts opposés des parties, l'exigence d'un devoir positif de veiller aux intérêts du cocontractant lors de cette étape se révèle artificielle (b).

a. La proposition d'un devoir de coopération lors de la cessation du contrat

431. En droit français, l'un des plus énergiques défenseurs du solidarisme contractuel⁹⁰⁷ indiquait que « [s]'il est un domaine dans lequel les partisans du solidarisme contractuel considèrent que cette théorie a vocation, *a priori*, à prospérer, c'est bien celui de la rupture des contrats de distribution »⁹⁰⁸. Selon cette vision imprégnée d'altruisme et de coopération, « lorsque par ses importants investissements et par sa force de travail, un distributeur a largement contribué à la réussite et à la notoriété d'un réseau de distribution, serait-il profondément inéquitable que son partenaire puisse l'évincer du réseau au profit d'un autre distributeur, qui profiterait de son activité passée et de ses investissements, “sans bourse déliée” »⁹⁰⁹. De ce fait, le contractant dominant doit apporter son aide à l'autre contractant « dépendant » pour que la fin de la relation contractuelle ne conduise pas à la disparition de l'activité économique de ce dernier. La collaboration instaurée en vue de la bonne exécution du contrat se prolongerait ainsi à la période de la cessation afin de faire peser sur le fournisseur un devoir destiné à empêcher la disparition de l'entreprise du distributeur.

432. Suivant la même logique, d'autres auteurs indiquent que l'intérêt commun, conçu comme la collaboration nécessaire en vue d'accomplir un objectif commun, serait « de nature à orienter le contrôle judiciaire de l'abus du droit de rompre ou de ne pas renouveler ces

⁹⁰⁷ Sur le solidarisme contractuel en droit français, v. C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357 et s. ; Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin, op. cit.*, p. 441 et s. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s. *Id.*, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905 et s. ; Ch. Jamin et D. Mazeaud (sous dir.), *La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque du 14 mai 2000 à l'Université de Lille II*, Dalloz, 2003, 260 p. Pour une vision critique, v. not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s. ; *Id.*, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser, op. cit.*, 2012, p. 877 et s.

⁹⁰⁸ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », *D.*, 2002, p. 2842.

⁹⁰⁹ *Ibidem*

contrats »⁹¹⁰. Puisqu'un préavis de rupture ne serait pas suffisant⁹¹¹, ce devoir d'assistance ou de collaboration pourrait notamment conduire à l'instauration d'une obligation de motivation ou à l'attribution d'une indemnité en fin de contrat. Il nous semble cependant que les raisons avancées pour justifier l'instauration de ce devoir de collaboration pendant la cessation ne peuvent être admises. En effet, un tel devoir ne peut être appliqué qu'à l'égard de l'exécution du contrat.

b. Le cantonnement du devoir de coopération à l'exécution du contrat

433. Une distinction doit être opérée entre la liaison des intérêts des parties durant l'exécution du contrat et au moment de sa cessation. En effet, concernant cette dernière, les intérêts des parties sont antagonistes. Le but contractuel commun qui gouverne l'exécution ne peut plus être pris en compte : « chacun [e] sert son intérêt propre »⁹¹², même au détriment de celui de son cocontractant. Tout essai de fonder un devoir de coopération sur l'esprit d'altruisme et de coopération défendu par la courant du solidarisme contractuel⁹¹³ s'avère factice. La proposition d'instaurer un devoir d'aide du distributeur pour lui permettre de réorganiser son activité en fin de contrat ne peut qu'être écartée. Doit ainsi être approuvée la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a jugé qu'un concédant n'était pas tenu d'aider le concessionnaire pour sa reconversion⁹¹⁴.

⁹¹⁰ A. Constantin, « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (1^{re} partie) », *LPA*, 14 sept. 1998, n° 110, p. 9, n° 3. *Adde*, du même auteur, « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (suite et fin) », *LPA*, 16 sept. 1998, n° 111, p. 17, n° 27 : « S'agissant du contrat de concession, la finalité des prérogatives détenues par les parties dans le cadre de celui-ci (que celles-ci leur soient d'ailleurs légalement ou contractuellement attribuées), pourrait précisément être recherchée par rapport à la finalité économique et sociale de cette convention, à savoir l'établissement de rapports de collaboration entre le concédant et le concessionnaire, en vue de réaliser un but commun, le développement et la satisfaction de la clientèle. Puisque cette finalité oriente nécessairement la formation de ce contrat, on ne voit pas pour quelle raison elle ne devrait pas orienter de la même manière non seulement son exécution, mais également sa cessation ? »

⁹¹¹ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », *D.*, 2002, p. 2842.

⁹¹² L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, 44, 2000, p. 201.

⁹¹³ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », *D.*, 2002, p. 2842 : « Que l'on se rassure, face à cet arrêt qui fleure bon le libéralisme le plus échevelé, « la doctrine minoritaire » ne perd rien de « son enthousiasme » pour les exigences d'altruisme et de coopération que véhicule le solidarisme contractuel (*D.*, 2002, *AJ*, p. 1754, obs. E. Chevrier), elle apprend tout simplement la patience, une autre vertu qui nous permet de ne pas évoluer dans le pire des mondes... ».

⁹¹⁴ Cass. com. 6 mai 2002, 99-14.093, *Bull. civ. IV*, n° 81 : *JCP 2002*, II, 10146, note Stoffel-Munck ; *D.* 2002, p. 2842, obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002. 810, obs. Mestre et Fages. Cass. com. 7 avr. 2004, n° 02-15.287 : *Cah. dr. entr.* 2004, n° 3, p. 30, obs. J.-L. Respaud ; *RJ com.* 2005, p. 197, note S. Lebreton-Derrien.

434. De même, un prétendu devoir de coopération ne peut pas être invoqué pour restreindre le droit de résiliation ou de non-renouvellement du fournisseur. Ainsi, lorsque la réorganisation du réseau envisagé par le fournisseur implique l'exclusion du distributeur du réseau ou des modifications qui sont inacceptables pour ce dernier, le fournisseur peut exercer son droit de résiliation unilatérale ou de ne pas renouveler le contrat à son terme sans qu'un quelconque reproche puisse être réalisé à son encontre. Il peut donc sortir librement du contrat en appliquant la procédure de cessation convenue et sans que le distributeur puisse avancer un devoir de collaboration fondé sur l'intérêt commun⁹¹⁵. De même, si l'intérêt commun a des conséquences sur le contrôle de prérogatives unilatérales accordées aux parties pendant l'exécution du contrat, en revanche, lorsqu'il s'agit des libertés liées au droit de sortir du contrat, notamment la liberté de résiliation unilatérale ou de non-renouvellement, elles ne sont plus guidées par un quelconque intérêt commun. Il s'agit de droits subjectifs non finalisés. Ils ne constituent qu'une manifestation de la liberté de contracter⁹¹⁶. S'agissant des clauses résolutoires qui permettent la sortie du contrat, si elles sont finalisées, elles ne sont pas orientées vers l'accomplissement du projet contractuel mais sont prévues précisément pour permettre aux parties de sortir d'un contrat qui n'a plus d'avenir. Ainsi, la clause résolutoire « a pour raison d'être de sanctionner celui qui continue à défaillir dans l'exécution d'une obligation où il aurait pu s'amender »⁹¹⁷. La loyauté est la seule limite qui subsiste à l'égard des comportements adoptés par les parties lors de la cessation du contrat.

⁹¹⁵ L'hypothèse de la résiliation du contrat à durée indéterminée ou du non-renouvellement décidé par le fournisseur à la suite d'un plan de réorganisation de son réseau a fait l'objet d'une jurisprudence importante en matière de distribution lorsque des règlements européens d'exemption spécifique qui étaient en vigueur offraient au fournisseur un droit de résiliation unilatérale avec un délai de préavis abrégé d'un an (au lieu de deux) dans le cas d'une rupture motivée par la réorganisation du réseau. La Cour de justice de l'Union européenne (avant 2009, Cour de justice des Communautés européennes) a jugé que la nécessité de réorganiser le réseau résultait de l'existence de circonstances objectives et non d'une appréciation commerciale subjective du fournisseur. V. 23. CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-125/05, VW-Audi, et 30 nov. 2006, aff. C-376/05, Brünsteiner: *JCP E* 2007, 1178, note M. Chagny, (1er arrêt) ; *RTD eur.* 2008, p. 313, obs. J.-B. Blaise et L. Idot.

⁹¹⁶ Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 459, p. 259 : « Tout autant, la faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée est une liberté si fondamentale dont le contractant ne peut être déchu ; s'il rompt la relation avec mauvaise foi, il devra réparer le préjudice que causa sa faute mais la rupture sera efficace ».

⁹¹⁷ G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai d'une typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, n° 423, p. 236.

2. Le devoir contractuel de loyauté régissant la période de cessation

435. Il est communément admis que le devoir de loyauté est le versant négatif du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi⁹¹⁸. La loyauté est une norme générale de comportement⁹¹⁹ qui permet de sanctionner les « incivilités les plus diverses »⁹²⁰. Il régit toutes les étapes de la vie du contrat, y compris la période de sa cessation (a). Son application aux contrats de distribution doit cependant considérer leurs traits particuliers (b).

a. La nature du devoir de loyauté

436. Ainsi qu'il l'a été constaté, « la cessation du contrat, loin de faire échapper les parties à ce devoir, appelle intensément la loyauté »⁹²¹. Elle permet ainsi de sanctionner les comportements indélicats des parties dans le cadre de l'exécution du contrat qui arrive à sa fin. La boussole qui guide l'application de ce devoir de loyauté n'est alors pas un intérêt convergent des parties, mais la conformité de leur comportement respectif aux principes de probité, cohérence et franchise ; ainsi que le respect des prévisions légitimes à l'égard des aspects particuliers relatifs à la cessation du contrat. Un tel devoir permet ainsi de sanctionner l'atteinte à la confiance légitime, le manquement à la probité⁹²², l'incohérence, la duplicité ou les comportements brusques. Naturellement, le comportement des parties doit être apprécié à l'aune de circonstances spécifiques : l'ancienneté des relations, les clauses contractuelles qui ont un effet à l'égard de la cessation du contrat et les prévisions légitimes des parties qu'a fait naître le contrat pour chacune des parties. Particulièrement, il est possible de déduire de l'exigence de loyauté un principe de cohérence ou d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, selon lequel « une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs si cela a pour effet de déjouer les anticipations que l'autre partie avait pu légitimement fonder sur ceux-ci »⁹²³.

⁹¹⁸ V. sur cette dichotomie : J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 101 : « Alors que la bonne foi permet de simplement, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés (...), l'exigence -ou plus exactement l'esprit - de collaboration est plus formateur des caractères impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun ».

⁹¹⁹ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n° 151, p. 128.

⁹²⁰ F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 88, p. 83.

⁹²¹ L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, 44, 2000, p. 201.

⁹²² B. Fages, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 276, p. 237.

⁹²³ *Ibidem*, p. 238.

437. Lorsque l'appréciation d'un comportement porte sur la mise en œuvre d'un droit, la doctrine fait allusion à l'abus du droit. L'interdiction de celui-ci a été consacrée par le Code de commerce colombien de 1971, à l'article 830 disposant que « *celui qui abuse de ses droits est obligé à indemniser les préjudices causés* ». En matière contractuelle, l'abus du droit peut être considéré comme l'une des manifestations de la déloyauté d'une partie issue de l'excès dans l'exercice d'un droit. Observons à cet égard que les droits de résilier et de ne pas renouveler le contrat sont des « droits potestatifs », selon l'expression utilisée par une partie de la doctrine française⁹²⁴. Il ne s'agit pas de droits discrétionnaires⁹²⁵ mais de droits soumis à la limitation de l'interdiction de l'abus⁹²⁶. Ainsi, lorsqu'il s'agit du droit de résiliation unilatérale ou de ne pas renouveler le contrat, leur appréciation à l'aune du devoir de loyauté ne met pas en cause le droit en lui-même mais sa mise en œuvre⁹²⁷. Puisque notre étude porte sur la période de la cessation, il convient d'étudier les critères particuliers de l'application du devoir de loyauté à cette étape du contrat.

b. Les critères d'application du devoir de loyauté à la cessation du contrat

438. Le devoir de loyauté se manifeste de manières différentes selon l'aspect de la cessation en question. Concernant la procédure de cessation du contrat de distribution, un comportement peut être contraire à la loyauté parce qu'il est trop brusque ou qu'il a frustré la croyance légitime dans le maintien du lien contractuel⁹²⁸. Il en va de même de tout comportement qui entrave sciemment les chances de reconversion du distributeur⁹²⁹. Naturellement, l'intention de nuire est également sanctionnable par l'application de ce devoir. À titre d'exemple, la jurisprudence

⁹²⁴ Selon une définition connue proposée par I. M. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, Paris, 1967, n° 99, p. 102 : « Les droits potestatifs se définissent comme étant des *pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles ou moyen d'une activité propre unilatérale* (acte réel, acte juridique, instance judiciaire ou recours administratif) ».

⁹²⁵ Les droits discrétionnaires sont ceux qui ne sont pas susceptibles d'abus, donc de contrôle judiciaire. Sur la notion discutée de ces droits, v. C. Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.*, 2010, p. 209. Plus classiquement, v. l'article de A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.*, 1944, p. 1.

⁹²⁶ Cf. S. Lequette, *Le contrat-coopération, op. cit.*, n° 495, p. 408 : « Le droit de résilier n'est pas, en effet, un droit discrétionnaire mais une prérogative qui revêt la nature du "pouvoir", dont l'exercice est susceptible de faire l'objet d'un contrôle au regard de la finalité du contrat ».

⁹²⁷ L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, 44, 2000, p. 201.

⁹²⁸ B. Fages, *Le comportement du cocontractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 556, p. 300.

⁹²⁹ P. ex. en droit français, Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22952, *Bull. civ.* IV : D. 2013, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2014, p. 116, obs. Fages ; *CCC* 2014, com. 1, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 2014, n° 6, 1063, note D. Mainguy et J. Respaud. Un concédant a résilié le contrat de concession en ôtant ainsi toute marge de manœuvre au concessionnaire dans les discussions en vue de la cession de son fonds de commerce conduites avec un repreneur potentiel désigné par le concédant.

française a condamné un concédant qui a mis un terme à sa relation contractuelle en échelonnant la rupture des différents contrats avec le concessionnaire, désorganisant ainsi l'entreprise de ce dernier⁹³⁰. De même, la Cour de cassation française a condamné le fait pour un concédant d'exiger des garanties financières supplémentaires dans le seul but de déstabiliser financièrement son concessionnaire et de donner ainsi lieu à un motif de rupture⁹³¹.

439. L'application du devoir de loyauté peut notamment permettre de lutter contre d'éventuels déséquilibres susceptibles d'engendrer l'extinction d'un contrat de distribution⁹³². Ainsi, la restriction de la liberté du distributeur d'organiser son activité peut emporter des conséquences économiques négatives du fait de l'extinction du contrat. Il en va ainsi notamment lorsqu'il demeure lié durant toute la période antérieure à la cessation par une clause de quota, de minima ou de maintien de stocks. Puisqu'il n'existe alors plus de devoir de coopération encadrant le rapport de pouvoirs qui lie les parties, le devoir de loyauté peut permettre la défense du distributeur contre les intérêts égoïstes du fournisseur. Il en va ainsi des stocks invendus lorsque le distributeur n'était pas libre de décider de la quantité de produits commandés ou en stocks en raison d'une clause de quota ou de minima, alors que le fournisseur a tiré profit du maintien de l'opération de distribution dans les mêmes conditions jusqu'à la fin du contrat. De même, s'agissant du comportement du fournisseur qui peut remettre en cause les prévisions légitimes du distributeur concernant le retour sur les investissements réalisés en cours de contrat pour lesquels le fournisseur a joué un rôle important⁹³³. Comme nous le verrons ultérieurement, la loi pourrait matérialiser ce devoir de loyauté par l'instauration de règles encadrant ses aspects. Ce devoir contractuel de loyauté disparaît cependant avec l'extinction du contrat.

⁹³⁰ CA Paris, 1^{er} mars 1996 : *D. aff.* 1996, p. 612. La Cour a précisé « qu'un constructeur automobile est tenu d'exécuter de bonne foi ses engagements de concédant et, à ce titre, de permettre à son concessionnaire de réussir une reconversion pour laquelle les parties ont précisément convenu d'un préavis ; dès lors, il commet une faute, génératrice de responsabilité contractuelle, s'il échelonne la résiliation des trois contrats le liant à son ancien partenaire et rend ainsi plus difficile la poursuite d'activité du concessionnaire, nécessaire à sa reconversion ».

⁹³¹ Cass. com., 15 oct. 1994, n° 93-12.617 : *RJDA* 1995, n° 271, D. 1997, somm., p. 53, obs. D. Ferrier.

⁹³² L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1998, n° 250, p. 229. Selon l'auteur, « [p]arce que les liens de droit unissant un fournisseur à un distributeur peuvent avoir pour effet de créer une inégalité des parties au contrat, il paraît sans doute opportun de prévoir l'intervention d'un mécanisme correcteur ayant vocation à tempérer le déséquilibre qui pourrait survenir ».

⁹³³ M. Le Bescond de Coatpont, « *La sortie du réseau de distribution* », *RLDA*, n° 117, juill. 2016.

B. La disparition de la force obligatoire du contrat

440. Affranchis du lien contractuel, les ex-contractants recouvrent leur liberté de principe et chacun peut user de son acquis contractuel. Le distributeur peut ainsi appliquer l'expérience, les compétences et les connaissances acquises, contacter les clients listés dans la base de données qu'il a créée, voire profiter de la connaissance des défauts de son ancien partenaire pour proposer un meilleur service ou produit. Cependant, les parties ne peuvent ignorer la relation passée qui les a réunies dans un projet commun. Le passé contractuel est indélébile et pèse sur leur avenir. Il a ainsi été soutenu que le contrat qui a expiré peut encore produire certains effets en vertu d'un devoir de loyauté post-contractuel⁹³⁴. Le passé devra alors être pris en considération pour l'appréciation du caractère loyal de l'activité des ex-contractants à l'issue du contrat (1). Il se peut également que le contrat ait prévu des clauses qui se rapportent directement à sa cessation ou sont exigibles à partir de son extinction. Dans ces cas, les parties ont encore des obligations liées au contrat passé. Toutefois, lorsque le contrat disparaît en raison d'une déclaration de nullité ou d'une résolution pour inexécution, la question de la survie de ce type de clauses se pose (2).

1. Le recouvrement de principe de la liberté d'entreprendre des parties

441. Le lien contractuel de distribution éteint, les anciens partenaires reprennent leur qualité de tiers. Après avoir été des alliés, ils peuvent devenir des adversaires. Puisque la clientèle n'appartient à aucun d'eux, ils vont se battre pour la maintenir ou la reconquérir à leur profit. Concrètement, l'ancien distributeur pourra poursuivre son activité à titre indépendant ou en intégrant un autre réseau de distribution. Pour sa part, le fournisseur peut désigner un distributeur dans la zone où se situaient les locaux de l'ancien distributeur. L'exercice d'une activité concurrentielle par les anciens partenaires est légitime (a). Or, puisqu'ils partagent une histoire commune, ils n'ont pas, l'un à l'égard de l'autre, la même relation avec les autres concurrents du marché. Comme cela a justement été observé, « les contractants ne se transforment pas, au lendemain du contrat, en *petinus extranei* »⁹³⁵. En effet, à la sortie du contrat, ils peuvent profiter indûment d'éléments ou d'informations reçus au cours du contrat

⁹³⁴ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, 2016, n° 332, p. 269.

⁹³⁵ G. Loiseau, note sous Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, *JCP G* 2005, II, 10173.

pour capter la clientèle. La qualité d'anciens contractants pèsent donc nécessairement dans l'analyse du juge amené à juger leurs comportements post-contractuels (b).

a. La liberté de réaliser une activité concurrente

442. La fin du contrat de distribution fait disparaître tout lien obligatoire. La période post-contractuelle marque le recouvrement de la liberté du commerce et de l'industrie, sous condition du respect du devoir général de loyauté. L'ex-distributeur et le fournisseur deviennent des tiers. Toutefois, l'ex-distributeur est un tiers particulier, car la compétition lui sera rendue plus aisée en raison de la familiarité et de la connaissance qu'il a acquises de l'entreprise et des affaires de son ex-partenaire ainsi que du fonctionnement du marché. Cela peut sans doute l'encourager à rester sur le même marché. Ainsi que l'écrit un auteur, « tant que l'ancien partenaire use de son légitime acquis, sans dénigrement, sans démarchage systématique, sans usurpation d'un signe notoire, il ne manque pas à la morale des affaires »⁹³⁶. Le distributeur peut continuer la même activité pourvu qu'il ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'il commercialise les produits d'un autre fournisseur et qu'il n'appartient plus au réseau de son ancien fournisseur.

443. En guise d'illustration, nous pouvons citer une décision de l'Autorité de la concurrence colombienne qui a examiné le cas d'un franchisé qui reprochait à un ex-salarié le fait d'avoir créé, après la cessation du contrat, une entreprise qui réalisait une activité analogue à celle de son ancien patron. Le point de vente ouvert par l'ex-salarié était situé dans le même quartier que l'un des magasins de son ancien patron, mais le nom et les signes distinctifs étaient clairement différenciables. Après avoir rejeté l'existence d'une violation de l'interdiction générale de concurrence déloyale et d'actes de détournement de clientèle, l'Autorité a affirmé que le « fait d'avoir organisé un fonds de commerce en vue de la vente et de la distribution de sandwiches et de salades, activité développée par son ancien patron et actuel concurrent, n'est pas en soi-même une activité reprochée par la loi »⁹³⁷.

444. Cependant, l'activité des parties durant la période post-contractuelle n'est pas toujours à l'abri d'actes déloyaux. En effet, il arrive que le distributeur continue son activité comme si de rien n'était, qu'il réalise des actes visant à conserver et à attirer une clientèle en s'appuyant

⁹³⁶ Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », in Actes du colloque : « La durée du contrat », *RDC*, 2004, p. 166.

⁹³⁷ *Superintendencia de industria y comercio* [autorité de la concurrence colombienne], arrêt n° 5 du 3 avril 2006, réf. 4091692, *Sociedad cafelinsa Ltda. c/ José Alberto Martín Mazuera*.

sur une qualité qu'il ne détient plus, ou enfin qu'il tente de semer dans l'esprit des consommateurs l'idée que la relation contractuelle établie avec le fournisseur perdure. Ces comportements peuvent avoir pour origine un manquement aux obligations de restitution, qui se produit notamment lorsque le distributeur a conservé des éléments qui créent une association entre son entreprise et les produits de son ancien fournisseur, notamment ceux qui portent les signes de ralliement de la clientèle au réseau⁹³⁸. Ils peuvent également avoir pour origine d'autres comportements fondés sur les connaissances acquises de l'entreprise du fournisseur (par ex., l'apposition de la marque sur des produits non fabriqués par le fournisseur ou l'élaboration de produits imitant ceux du fournisseur)⁹³⁹. La loi fournit cependant une protection spécifique contre l'utilisation de moyens déloyaux dans la lutte concurrentielle.

b. L'exigence d'une concurrence loyale

445. Le contrat exécuté constitue un élément particulier d'appréciation du juge saisi d'une action en concurrence déloyale par l'un des anciens contractants. La clause générale d'interdiction d'actes de concurrence déloyale implique la prohibition de tout comportement contraire aux saines coutumes commerciales, au principe de bonne foi commerciale et aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, ainsi que tout comportement qui affecte la liberté de décision du consommateur ou le fonctionnement de la concurrence sur le marché⁹⁴⁰.

446. La loi définit également d'autres comportements qui constituent des actes de concurrence déloyale. Dans notre domaine, ces prohibitions entraînent l'interdiction de tout comportement de l'ancien distributeur qui crée ou est susceptible de créer une confusion dans l'esprit des consommateurs en laissant penser à un lien de rattachement ou d'association entre son entreprise et l'entreprise du fournisseur ou le réseau de distribution auquel il appartenait⁹⁴¹.

⁹³⁸ *Infra* Second partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1.

⁹³⁹ L'utilisation illicite des signes distinctifs d'autrui peut également avoir des conséquences pénales. V. notamment, Code pénal col., art. 285, relatif à la falsification des marques et l'article 306 du même code relatif à l'utilisation illicite d'un nom commercial, d'une enseigne, d'une marque, d'un brevet ou d'un dessin protégé juridiquement. V. aussi : CSJ, chambre pénale, 11 févr. 2013, M.R.: María del Rosario González, n° 4015. En l'espèce, après la cessation d'un contrat de franchise de louage de voitures en raison de l'inexécution des obligations du franchisé, ce dernier a continué à utiliser la marque du franchiseur. Le tribunal d'instance avait condamné un associé de l'entreprise franchisée pour la commission du délit d'utilisation illicite d'usurpation de marques et de brevets (art. 306, C. pénal col.). La chambre pénale de la Cour de cassation a confirmé la décision.

⁹⁴⁰ Loi 256 de 1996, art. 7.

⁹⁴¹ Loi 256 de 1996, art. 10 : « Conformément aux dispositions de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3^e de l'article 10 bis de l'Accord de Paris, approuvé par la loi 178 de 1994, est considéré comme déloyal tout comportement ayant pour objet ou pour effet de créer une confusion avec l'activité, les services ou le fonds de commerce d'autrui ».

De même, tout comportement consistant, pour un ancien membre du réseau, à utiliser des signes distinctifs du fournisseur, peut être sanctionné au titre de la concurrence déloyale. Il en va ainsi de l'agent commercial qui continue à utiliser la marque de son ancien mandant en créant dans l'esprit des consommateurs l'idée qu'il conserve cette qualité⁹⁴², ou de l'ancien distributeur qui, postérieurement, utilise dans ses locaux une enseigne similaire à celle de son ancien partenaire afin de profiter de la réputation de ce dernier⁹⁴³.

447. De même, la loi colombienne présume le caractère déloyal de la diffusion d'affirmations incorrectes ou fausses, ou l'omission d'affirmations vraies et de tout autre comportement qui, selon les circonstances, est susceptible d'induire en erreur les consommateurs sur l'activité, les services, le fonds de commerce ainsi que sur la nature, le mode de fabrication ou les caractéristiques des produits d'un acteur du marché⁹⁴⁴. Prenons comme exemple un arrêt de la Cour de cassation colombienne à propos d'un contrat de franchise dans le domaine de la restauration sous l'enseigne Frisby⁹⁴⁵. Après la cessation du contrat, le franchisé a poursuivi la même activité sous l'enseigne Pinky. Dans les périodes antérieure et postérieure à l'expiration du contrat, le franchisé a diffusé des annonces publicitaires qui laissaient entendre que son entreprise changeait de nom, mais que les produits seraient les mêmes : « Frisby a changé de nom. Il s'appelle dorénavant Pinky », « Le même poulet avec des plumes différentes », « Pinky, le poulet qui a la recette originale ». Il invoquait également une expérience de cinq ans alors que cette période faisait référence à la présence de la marque Frisby sur le marché. La Cour a ainsi identifié plusieurs actes de concurrence déloyale, car l'ancien franchisé laissait croire dans sa publicité que les mêmes produits seraient vendus après la date de cessation du contrat et qu'il s'agissait donc d'un simple changement de nom de l'entreprise. Elle a considéré qu'il avait commis des actes de détournement de clientèle, de confusion et de désorganisation de l'entreprise du franchiseur. Elle a également reconnu le dommage relatif aux dépenses de publicité visant à rectifier les informations publiées⁹⁴⁶.

⁹⁴² *Superintendencia de industria y comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], Décision n° 3, 22 févr. 2008, n° 03052195. L'action a échoué pour manque d'intérêt à agir du demandant.

⁹⁴³ *Comp. Superintendencia de industria y comercio* [Autorité de la concurrence colombienne], Résolution n° 24413, 30 juillet de 2002. Un ancien salarié avait créé une entreprise dont le fonds de commerce était identifié sous l'enseigne « Clean Shester Laboratories ». La marque de son ancien fournisseur était « Clean Chester ». Pour la Surintendance de l'industrie et du commerce, l'ancien salarié a commis un acte de concurrence déloyale consistant à exploiter la réputation d'autrui (Loi 256 de 1996, art. 15).

⁹⁴⁴ Loi 256 de 1996, art. 11.

⁹⁴⁵ CSJ, chambre civile, 12 sept. 1995, M.R.: Nicolas Bechara Simacas, n° 3939.

⁹⁴⁶ *Ibidem*

448. Naturellement, les mêmes devoirs pèsent sur le fournisseur et le nouveau distributeur désigné dans la zone de l'ancien distributeur. Le fournisseur a la liberté de désigner un nouveau distributeur sur le territoire concerné et dans les mêmes locaux que l'ancien distributeur. Bien qu'il agisse sous l'enseigne du fournisseur comme le faisait l'ancien distributeur, la limite réside dans le fait que le nouveau distributeur ne peut créer une confusion dans l'esprit des consommateurs consistant à leur faire croire que le distributeur n'a pas changé, et ce dans le but de profiter de la bonne réputation de l'ancien distributeur et d'éviter le risque d'exode de la clientèle. En guise d'illustration, notons que dans une sentence arbitrale de la Chambre de commerce de Bogotá du 30 juin 2000, les arbitres ont examiné un contrat d'agence commerciale conclu pour la distribution d'engins de chantier dans un département de la Colombie⁹⁴⁷. Le fournisseur avait mis fin unilatéralement au contrat en invoquant l'inexécution des obligations de l'agent commercial. À la fin du contrat, l'agent commercial avait cédé le contrat de bail et vendu les meubles qui se trouvaient dans les locaux. Faute de prétention spécifique des parties à cet égard, le tribunal ne s'est pas prononcé sur ce point. Cependant, dans les faits présentés par le demandeur, il apparaissait que le fournisseur avait désigné un nouveau distributeur (qui avait, en plus, embauché l'un des salariés de l'ancien agent commercial), mais sans faire état de ce changement dans le but de profiter de la réputation de l'ancien distributeur et pour que la clientèle continue d'acheter sans avoir connaissance de ce changement.

449. Outre les obligations légales qui régissent la période post-contractuelle, les parties peuvent stipuler des clauses qui se rapportent à la cessation du contrat ou sont exigibles à la date de l'extinction du contrat. Concernant ces clauses, si le contrat s'éteint par une cause naturelle, elles doivent être exécutées sans qu'aucune difficulté ne se pose à cet égard. En revanche, la question de leur survie se pose lorsque le contrat s'éteint par une cause extraordinaire.

2. La survie exceptionnelle des clauses post-contractuelles

450. La cessation, indépendamment de sa cause, implique la disparition de la force obligatoire du contrat, ce qui entraîne que les clauses du contrat n'aient en principe plus lieu à s'appliquer. Il convient cependant de s'interroger sur le point de savoir si certaines peuvent

⁹⁴⁷ Sent. arb., 30 juin 2000, *Maquinaria Pesada del Tolima LTDA c/ Tracey& CIA. S.A.*, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. : Ramiro Bejarano, Carlos Botero Borda et Saúl Flores Enciso. En l'espèce, les arbitres ont requalifié le contrat en cause en contrat d'agence commerciale.

subsister. Lorsque le contrat cesse en raison de l'expiration de son terme ou de la mise en œuvre d'une clause de non-résiliation, la question de leur application ne soulève pas de difficulté. Il en va ainsi d'une clause de reprise de stocks, d'une clause de non-concurrence post-contractuelle ou d'une indemnité de clientèle conventionnelle. La question est plus délicate lorsque le contrat cesse en vertu de la résolution du contrat pour cause d'inexécution. Dans ce cas, l'article 1546 C. civ. col. offre une option entre la résolution et l'exécution forcée du contrat, mais ne dit rien sur l'étendue des effets de la résolution. La Cour de cassation colombienne a pour sa part indiqué que la résolution du contrat entraîne l'extinction de toutes les obligations nées du contrat. Elle ajoute que la résolution emporte également un effet rétroactif destiné à remettre les choses en leur état antérieur⁹⁴⁸, sauf lorsqu'il s'agit de contrats à exécution successive. Dans ce dernier cas, la résolution n'a d'effets que pour l'avenir⁹⁴⁹. Si la question de l'autonomie des clauses compromissoires n'est plus discutée⁹⁵⁰, la jurisprudence colombienne n'a pas eu l'opportunité de se prononcer sur le sort des clauses post-contractuelles contenues dans le contrat de distribution après sa résolution consécutive à une inexécution fautive. Il s'agit notamment des clauses qui ont pour objet de régler ou d'organiser les conséquences de l'inexécution et celles qui sont destinées à produire leurs effets après l'extinction du contrat, telles que les clauses de non-concurrence et de confidentialité post-contractuelle.

451. À cet égard, l'affirmation catégorique de la Cour de cassation colombienne selon laquelle la résolution conduit à l'annihilation de toutes les obligations doit être tempérée. Comme l'a montré M. Genicon en droit français, à partir d'une conception fonctionnelle de la résolution, une distinction s'impose entre la levée de la force obligatoire du contrat - qui est systématique, supprime les effets juridiques du contrat et empêche le créancier d'obtenir

⁹⁴⁸ En conséquence de la conception de la résolution du contrat pour inexécution en tant que condition résolutoire incorporée tacitement dans tout contrat synallagmatique adoptée par le Code civil colombien et les effets rétroactifs de la condition résolutoire (art. 1544, C. civ. col.). En effet, l'article 1546 C. com. col. relatif à la résolution du contrat pour inexécution, se trouve inséré dans un Titre relatif aux obligations conditionnelles. Pour une critique de cette conception dans la doctrine française, v. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 700.

⁹⁴⁹ CSJ, chambre civile : 4 juin 2004, M.R. : Manuel Ardila, n° 7748 ; 19 août 2016, M.R. : Ariel Salazar, n° SC1287-2016 ; 25 juin 2018, M.R. : Aroldo Quiroz, n° SC2307-2018.

⁹⁵⁰ L'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi 1563 de 2012 relative à l'arbitrage indique : « *Autonomie de la clause compromissoire. L'inexistence, l'inefficacité ou l'invalidité du contrat n'affecte pas la clause d'arbitrage. En conséquence, les controverses relatives à l'existence, l'efficacité ou la validité du contrat peuvent être soumises à l'arbitrage et la décision du tribunal sera valable même si le contrat est inexistant, inefficace ou invalide* ».

l'exécution du contrat -et l'effet de la résolution qui consiste dans le retrait effectif de l'opération économique⁹⁵¹. La résolution n'est pas appelée à anéantir les clauses qui ne font pas partie de l'exécution de l'opération envisagée par les parties lors de la conclusion du contrat. Le principe de non-cumul de la résolution et de l'exécution découle de l'option offerte au créancier⁹⁵². De ce fait, lorsque le créancier a choisi la résolution du contrat, toute clause qui vise l'exécution de l'opération économique portée par le contrat ne peut être maintenue.

452. Partant de ce principe, il convient de prendre en compte la finalité ou la raison d'être de la clause en question. S'agissant des clauses qui ont pour objet d'aménager les conséquences de l'inexécution, elles doivent en principe être maintenues en raison même de leur objet. Tel est le cas des clauses limitatives de responsabilité⁹⁵³ et des clauses pénales compensatoires⁹⁵⁴. S'agissant des clauses de non-concurrence post-contractuelle ou de confidentialité⁹⁵⁵, la finalité du fournisseur est celle de se prémunir contre le risque d'un comportement déloyal du cocontractant, risque engendré par l'exécution du contrat qui a créé une relation de collaboration étroite en vertu de laquelle le distributeur a utilisé les éléments attractifs de clientèle du fournisseur et a reçu un savoir-faire et d'autres informations confidentielles de la part de celui-ci. De ce fait, le distributeur est placé dans une position avantageuse pour la réalisation de ce type de comportements déloyaux après la cessation du contrat. L'objectif de ces clauses présuppose donc que ce risque soit apparu⁹⁵⁶. De ce fait, si le contrat n'a pas reçu un principe d'exécution, aucune raison n'existe pour que la clause soit appliquée. En revanche, dès lors que les effets du contrat se sont développés dans le temps, le maintien de la clause post-

⁹⁵¹ v. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 739 et s.

⁹⁵² *Ibidem*, n° 767, p. 550.

⁹⁵³ En droit français, la doctrine a salué le revirement de jurisprudence par un arrêt de la chambre commerciale du 7 février 2018 dans lequel la Cour de cassation française a affirmé la survie des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat: Cass. Com. 7 févr. 2018, n° 16-20.352 : *D.* 2018, note D. Mazeaud, p. 537 ; *AJ Contrat* 2018, obs. L.-M. Augagneur, p. 130 ; *RTD civ.* 2018, obs. H. Barbier, p. 401 ; *RTD com.* 2018, obs. B. Bouloc, p. 184 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 26, obs. M. Mekki.

⁹⁵⁴ Il convient d'exclure les clauses limitatives qui ne chiffrent pas le montant maximal de réparation du préjudice subi par le créancier mais représentent une exécution par équivalent de la prestation inexécutée, ainsi que les clauses pénales qui sont envisagées comme un substitut à la prestation. V. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 788 et s.

⁹⁵⁵ En droit français, le nouvel article 1230 C. civ. fr. indique que la « *résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* ».

⁹⁵⁶ Comp. M. Gomy, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, n° 8, p. 204.

contractuelle est justifié⁹⁵⁷. Comme il l'a été justement relevé, « l'obligation ayant pour raison d'être de protéger son créancier contre un trouble concurrentiel, sa mise en œuvre paraît logiquement être subordonnée à la démonstration de la réalité ou de l'imminence de celui-ci »⁹⁵⁸. En effet, la résolution ne mettant pas en cause la validité du contrat, les effets produits par celui-ci pendant son exécution ne sont pas remis en cause étant donné que « cette existence passée ne fait jamais aucun doute : la "base contractuelle" est toujours présente pour expliquer la survie de certaines clauses, exactement comme elle l'est pour expliquer la nature contractuelle de la responsabilité du débiteur »⁹⁵⁹. Si la clause de non-concurrence reçoit une compensation financière, son autonomie ne fait pas de doute dans la mesure où elle implique l'existence d'un accord synallagmatique⁹⁶⁰. Enfin, s'agissant de la clause de reprise des stocks, elle a vocation à s'appliquer lorsque la cessation n'est imputable à aucune des parties. En revanche, lorsque la résolution du contrat est imputable à la faute de l'une des parties, les conséquences de la responsabilité ont une emprise sur elle. Ainsi, elle sera désactivée lorsque la résolution du contrat est imputable à la faute du distributeur.

453. Outre les caractères spécifiques à la cessation du contrat de distribution, les caractères plus généraux de ce dernier, liés à sa formation et à son exécution, pèsent également sur le régime de sa cessation.

§2. Les caractères généraux des contrats de distribution

454. Les caractères généraux communs aux contrats de distribution pour compte propre et pour le compte d'autrui ont une influence certaine sur le régime de cessation envisagé. Il en va ainsi, d'abord, du lien personnel tissé dans le cadre ces contrats, qui implique la préservation

⁹⁵⁷ Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 358, p. 264. *Adde* : « Par contre, dans d'autres variétés de contrats contenant des clauses de non-concurrence, il serait absurde d'envisager une telle solution. C'est le cas, par exemple, de la vente de fonds de commerce. La vente étant résolue, la question ne se posera pas évidemment pas de savoir si la clause de non-concurrence souscrite par le vendeur doit recevoir application ».

⁹⁵⁸ V. Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », in Actes du colloque : « La durée du contrat », *RDC*, 2004, p. 168.

⁹⁵⁹ Th. Genicon, note sous Cass. com. 5 oct. 2010, p. 431.

⁹⁶⁰ M. Gomy, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, op. cit.*, n° 8, p. 2014. L'auteur indique que c'est l'exécution du contrat qui confère à la clause de non-concurrence sa justification et, partant, son autonomie. Selon lui, il en effet « permis de considérer que la clause passe d'une position d'accessoire à une position autonome, passage rendu possible par l'exécution du contrat de travail. La clause de non-concurrence n'est pas autonome lors de la formation du contrat de travail car elle a fondamentalement besoin d'un support contractuel pour exister. En revanche, elle est prise dans un devenir autonome dès le commencement de l'exécution du contrat de travail ».

d'une relation de bonne entente en vue de l'exécution optimale du contrat ainsi que le maintien des qualités des parties considérées lors de la conclusion du contrat. Du caractère *intuitu personae* de ces contrats découle un refus de principe de son maintien forcé comme réponse à la rupture fautive de l'une des parties. Pour sa part, l'altération du caractère *intuitu personae* peut conduire à leur cessation (A). Par ailleurs, le moment de la cessation du contrat peut altérer l'équilibre particulier de ces contrats déterminé par les investissements réalisés par le distributeur pour la mise en œuvre de son activité (B).

A. Le caractère *intuitu personae* des contrats de distribution

455. Les contrats *intuitu personae* sont ceux dans lesquels « la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. »⁹⁶¹. Les contrats de distribution sont marqués plus ou moins fortement par l'*intuitu personae* selon la nature du contrat en cause⁹⁶². L'*intuitu personae* est applicable aux deux parties du contrat de distribution, même si dans certaines hypothèses, il peut être plus marqué à l'égard de l'une d'elles. Puisqu'il existe plusieurs conceptions de l'*intuitu personae*⁹⁶³, il importe de préciser celles qui seront pertinentes pour nos développements ultérieurs. D'une part, la notion d'*intuitu personae* peut faire référence à une relation de confiance, au sens de la confiance réciproque et de la bonne entente qui doivent régner entre les contractants afin de garantir l'accomplissement de l'objectif contractuel commun. Cette conception est présente dans les contrats qui impliquent une relation étroite de collaboration entre les parties. Certains le dénomment l'*animus cooperandi*⁹⁶⁴. D'autre part, elle peut faire référence aux qualités des contractants. Dans ce cas, « on ne considère pas tant un individu en particulier qu'une somme de qualités »⁹⁶⁵. Concernant la première acception, il convient d'étudier le cas dans lequel un contractant, victime d'une rupture illégitime du contrat, demande le maintien forcé de celui-ci. Puisque la rupture illégitime porte automatiquement atteinte à la confiance nécessaire à la poursuite de la relation, il existe une hostilité de principe au maintien forcé du contrat (1). Concernant la seconde acception, nous nous pencherons sur les cas dans

⁹⁶¹ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « *Intuitu personae* ».

⁹⁶² G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité de droit civil, Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n^o 577, p. 289 ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015, n^o 167, p. 53 ; D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n^o 717 et 785.

⁹⁶³ En droit français, les études sont abondantes en matière contractuelle : F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1938 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1974. D. Krajewski, *L'intuitus personae dans les contrats*, La Mouette, 2005.

⁹⁶⁴ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, p. 256, p. 341.

⁹⁶⁵ D. Krajewski, « *L'intuitus personae et la cession du contrat* », *D.*, 2001, p. 1345.

lesquels, en dehors de tout cas d'inexécution, l'une des parties souhaite être substituée par un tiers dans sa qualité de partie au contrat, par voie de cession ou de transmission du contrat. Dans ce cas, le caractère *intuitu personae* doit être apprécié au regard des qualités spécifiques en considération desquelles les parties au contrat de distribution se sont engagées (2).

1. Le refus de principe du maintien forcé du contrat

456. La question du maintien forcé du contrat se pose lorsque l'une des parties a mis fin au contrat fautivement. Étant donné que dans cette hypothèse la relation de confiance a été fortement détériorée, le maintien forcé du contrat semble difficilement concevable (a). Pourtant, la loi décide de maintenir le contrat lorsqu'elle fait primer un autre objectif : celui de la sauvegarde de l'entreprise de l'une des parties dans le cadre d'une procédure collective (b).

a. L'hostilité au maintien forcé du contrat

457. Un contractant peut demander au juge la déclaration du caractère fautif de la rupture d'un contrat de distribution, soit parce qu'elle a été réalisée sans droit de rupture ou sans respecter les formes substantielles requises, soit parce qu'elle a été déloyale (abusive ou brutale)⁹⁶⁶. Lorsque la victime de la rupture illégitime ne souhaite pas la poursuite de la relation car la confiance dans son cocontractant s'est évanouie, il peut simplement demander l'attribution de dommages-intérêts. C'est l'alternative que lui offre la loi en cas d'inexécution du contrat⁹⁶⁷. Le juge ne saurait dans ce cas imposer la poursuite du contrat à titre de réparation en nature contre la volonté de la partie affectée par l'inexécution. Toutefois, elle peut parfois demander de laisser sans effet la décision de rupture lorsqu'elle a été prise en l'absence de droit pour ce faire ou demander la réparation en nature lorsqu'elle a été déloyale⁹⁶⁸. Dans les deux cas, elle demande le maintien forcé du contrat.

⁹⁶⁶ Il est nécessaire de procéder à des distinctions : lorsqu'il s'agit d'une rupture brusque, le contrat sera maintenu pour un temps correspondant au préavis raisonnable. En cas de rupture abusive d'un contrat à durée indéterminée, le contrat sera prolongé pour une période indéterminée. S'il s'agit d'une rupture sans droit (p. ex., résolution pour une inexécution qui ne revêt pas une gravité suffisante ou en dehors des cas signalés par la clause résolutoire) d'un contrat à durée déterminée, le contrat sera maintenu jusqu'au terme convenu. En cas d'un non-renouvellement abusif, la reconduction du contrat pour une même période et aux conditions antérieures sera prévue.

⁹⁶⁷ L'article 1546 C. civ. col. dispose : « Dans les contrats bilatéraux est sous-entendue la condition résolutoire pour le cas où l'un des contractants n'exécute pas ce qui a été accordé. Mais, dans ce cas, l'autre contractant peut demander à son arbitre, soit la résolution, soit l'exécution du contrat avec des dommages-intérêts ».

⁹⁶⁸ V. A. Mararais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 2 oct. 2002, p. 7 et s. Selon l'auteur, lorsque le droit de rompre n'existait pas, le maintien du contrat est une mesure d'exécution en nature du contrat qui est obligatoire pour le juge. La force obligatoire du contrat est en jeu. En revanche, lorsque le

458. En pratique, le demandeur sollicitera du juge, à titre de mesure conservatoire, le maintien du contrat⁹⁶⁹. À cet égard, l'article 590 du Code général de procédure colombien, relatif aux mesures conservatoires, indique que le juge peut prendre toute mesure qu'il estime « *raisonnable pour protéger le droit qui fait l'objet du litige, pour empêcher sa violation ou pour éviter les conséquences qui en découleraient, pour prévenir des dommages, pour faire cesser ceux qui ont été causés ou pour assurer l'effectivité de la demande* ». Puisqu'il s'agit la plupart du temps de prévenir un dommage grave et imminent, le juge pourra certainement imposer la poursuite des relations, notamment lorsqu'il s'agit de l'imposer pour un temps déterminé si le bien-fondé de la rupture lui paraît fragile. En effet, le dommage grave et imminent subi par la partie affectée par la rupture si la mesure conservatoire est rejetée - ce qui amène probablement à une situation définitive de cessation du contrat - peut le conduire à préférer un maintien temporaire pour donner la chance d'une étude plus poussée au cours de la procédure judiciaire entamée.

459. Mais la question se pose surtout par rapport au juge du fond auquel le maintien forcé du contrat est demandé. Certes, le maintien du lien contractuel constitue une mesure importante de protection de la force obligatoire du contrat et du respect de la parole donnée. Certains indiquent que si l'on permet à un contractant de choisir entre l'exécution du contrat ou bien la rupture moyennant une certaine somme, la voie serait ouverte « à des stratégies de sortie qui sont aux antipodes d'un lien contractuel pleinement voulu et assumé »⁹⁷⁰. En dépit de cela, nous croyons que lorsqu'il s'agit du maintien durable du contrat, le juge pourra être moins enclin à imposer le maintien forcé du contrat. En effet, la conservation du contrat contre le gré des contractants est peu compatible avec la confiance forte entre les parties que requiert l'exécution du contrat de distribution. Or, par hypothèse, la rupture illégitime a miné ce sentiment de confiance. Si le contractant demande la poursuite du contrat malgré la réticence de son cocontractant qui a mis

contractant avait le droit de rompre mais sa mise en œuvre a été déloyale, le maintien du contrat apparaît pour le juge comme une mesure facultative de réparation en nature du préjudice lié à la rupture abusive du contrat. Il s'agit dans ce cas de supprimer les conséquences d'un fait illicite et non pas d'une paralysie du droit de rompre lui-même. Égal. Ph. Stoffel-Munck, « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 152.

⁹⁶⁹ L'article 590 du Code général de procédure colombien indique que le juge peut prendre toute mesure qu'il juge « *raisonnable pour protéger le droit qui fait l'objet du litige, pour empêcher sa violation ou pour éviter les conséquences qui en découleraient, pour prévenir des dommages, pour faire cesser ceux qui ont été causés ou pour assurer l'effectivité de la demande* ». Rapp., en France, avec les compétences du juge des référés (arts 809 et 873, NCPC).

⁹⁷⁰ J. Mestre, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC*, 2005, p. 99 et s.

fin au contrat illégitimement, il est difficilement concevable que ce rapport ainsi instauré perdure. La collaboration nécessaire à la bonne exécution du contrat serait précaire. Non sans raison, certains auteurs en droit français affirment que « le remède risque donc d'être pire que le mal » et une « rupture franche est sans doute préférable, permettant de nouer des liens nouveaux avec un tiers »⁹⁷¹. Naturellement, cette hostilité de principe au maintien forcé du contrat peut être tempérée lorsqu'il s'agit d'un maintien temporaire qui permet au distributeur d'écouler son stock ou lorsqu'il s'agit de maintenir le contrat pendant le délai de préavis qui n'a pas été respecté par l'auteur de la rupture. Dans ces cas, puisqu'il s'agit d'un maintien forcé mais transitoire vers la fin du contrat, précisément déterminé, il peut être envisagé. De même, lorsqu'il s'agit d'une procédure collective, il peut y avoir maintien forcé du contrat en raison de l'objectif poursuivi par le législateur qui est de sauvegarder l'entreprise en difficulté.

b. L'exception du droit des procédures collectives

460. Il a été à juste titre relevé que « l'ouverture d'une procédure collective est un évènement qui engendre un sentiment de méfiance et qui conduit instinctivement les contractants du débiteur à vouloir rompre le plus rapidement possible les relations contractuelles »⁹⁷². Pour éviter ce type de comportement, le législateur a établi plusieurs mesures de caractère impératif destinées à sauvegarder la viabilité économique de l'entreprise en difficulté⁹⁷³. Ces mesures ont naturellement des conséquences sur les rapports contractuels de l'entreprise débitrice, notamment celle d'éviter la cessation du contrat de distribution ou des contrats de distribution dont elle est partie s'il s'agit de la tête du réseau de distribution.

461. La question se pose alors de savoir si le contractant doit poursuivre l'exécution du contrat de distribution en faveur de son cocontractant malgré sa situation de précarité qui peut conduire à une inexécution de sa part⁹⁷⁴. Le législateur colombien répond par l'affirmative. En premier lieu, il dispose que du seul fait de l'ouverture d'une procédure de réorganisation, les

⁹⁷¹ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 305, p. 154.

⁹⁷² A. Laude, « La non-continuation des contrats dans les procédures collectives », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 109.

⁹⁷³ En droit colombien, on peut distinguer principalement deux procédures collectives : d'une part, la procédure de redressement de l'entreprise en difficulté appelée « procédure de réorganisation » et, d'autre part, la « procédure de liquidation judiciaire ». Par la première, le législateur vise, par le biais d'un accord, à préserver les entreprises viables et à normaliser leurs relations commerciales et de crédit, par la voie d'une restructuration opérationnelle, administrative ainsi que d'actifs et de passifs (Loi 1116 de 2006, art. 1^{er}, 2^e al.). Par la seconde, le législateur poursuit la liquidation rapide et ordonnée du patrimoine du débiteur (Loi 1116 de 2006, art. 1^{er}, 3^e al.).

⁹⁷⁴ CNUDCI, *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, ONU, New York, 2005, n° 130.

cocontractants ne peuvent rompre unilatéralement les contrats dont le débiteur est parti⁹⁷⁵. En second lieu, la loi limite la volonté des parties quant à la détermination des causes de cessation du contrat de distribution⁹⁷⁶. En application de l'article 16 de la loi 1116 de 2006, les clauses qui permettent la cessation anticipée du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation ou qui imposent des effets désavantageux du fait de l'ouverture de celle-ci sont inefficaces de plein droit⁹⁷⁷. La finalité recherchée par ces règles du droit des procédures collectives est tellement importante pour le législateur qu'il impose une sanction drastique : si le juge constate que le créancier a essayé d'appliquer une clause de cette nature, sa créance sera payée après celles de tous les autres créanciers et il pourra ordonner la révocation des garanties octroyées en faveur de ce créancier⁹⁷⁸.

462. Ces règles ne peuvent recevoir d'exception à cause du caractère *intuitu personae* des contrats de distribution. D'une part, la loi ne fait aucune distinction à cet égard⁹⁷⁹. D'autre part, les règles d'ordre public qui gouvernent les procédures collectives, dont l'objectif est la préservation de l'entreprise, doivent prévaloir sur le caractère personnel très accentué de ces contrats. Comme l'indique un auteur, en droit français le contractant « est obligé de continuer à commercer avec l'entreprise en difficultés, et cela même au prix d'une altération grave du caractère personnel du lien contractuel »⁹⁸⁰. Certes, il est possible d'y voir un certain recul de l'*intuitu personae*⁹⁸¹ ; cependant, cela nous semble admissible à l'égard de l'objectif supérieur poursuivi par le législateur, à savoir sauvegarder l'entreprise en difficulté. La question se pose différemment lorsque le contractant ou les qualités de celui-ci changent en cours d'exécution du contrat de distribution.

⁹⁷⁵ Loi 1116 de 2007, art. 21, al. 1^{er}. En droit français, v. C. com. fr., art. L. 622-13.

⁹⁷⁶ On doit inclure également, par exemple, les clauses pénales qui majorent les obligations du débiteur en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. V. Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Mélanges. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, n° 8, p. 410.

⁹⁷⁷ V. *Superintendencia de Sociedades* [Surintendance des sociétés], consultation n° 220-49914 du 4 août 2003.

⁹⁷⁸ Selon le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI, ONU, New York, 2005, n° 116, on peut considérer l'annulation de telles clauses comme une atteinte aux principes généraux du droit des contrats.

⁹⁷⁹ En droit français, cette question a été examinée par la Cour de cassation qui, s'agissant des contrats bancaires, a affirmé : « L'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne... » (Cass. 1^{er} civ., 8 déc. 1987). Le juge a étendu ce principe à d'autres contrats, parmi lesquels le contrat de franchise (CA Poitiers, 20 avr. 1988).

⁹⁸⁰ A. Laude, « *La non-continuation des contrats dans les procédures collectives* », *op. cit.*, p. 110.

⁹⁸¹ Ph. Le Tourneau et D. Krajewski, Fasc. 200 : « Contrat "Intuitu personae" », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 2016, n° 93.

2. La cessation provoquée par l'altération de l'*intuitu personae*

463. Il se peut que l'une des parties souhaite être substituée par un tiers dans sa qualité de partie au contrat au cours de son exécution. Il nous semble que dans cette hypothèse, le caractère *intuitu personae* doit être apprécié au regard des qualités spécifiques en considération desquelles les parties au contrat de distribution se sont engagées. En d'autres termes, une approche concrète s'impose pour apprécier le caractère *intuitu personae* des contrats de distribution (a). Le contrat peut alors cesser lorsque le contractant s'oppose à la transmission ou à la cession du contrat de distribution à un tiers parce qu'il considère que ce dernier ne réunit pas les qualités spécifiques qui permettent son exécution conforme (b).

a. L'approche concrète du caractère *intuitu personae*

464. La notion d'*intuitu personae* est une notion polymorphe et à géométrie variable⁹⁸². Il convient d'évoquer ici la distinction proposée par M. Aynès selon laquelle il existe deux formes d'*intuitu personae* : soit la personne est l'objet ou la cause du contrat ; soit la personne est la garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution du contrat⁹⁸³. Cette double approche permet de différencier les hypothèses dans lesquelles l'*intuitu personae* est inséparable ou inhérent à la personne du contractant et celles dans lesquelles il ne vise pas la personne elle-même, mais des qualités qui sont détachables, voire transmissibles, ou qui peuvent être détenues par d'autres personnes différentes du contractant initial. Dans ce dernier cas, « le cocontractant a été choisi à raison de sa compétence, de sa notoriété, de sa solvabilité, mais il pourrait être remplacé, le cas échéant, par quelqu'un possédant la même compétence, la même notoriété, la même solvabilité »⁹⁸⁴.

465. Les parties au contrat de distribution sont généralement des personnes morales constituées sous une forme sociale. À la différence de la personne physique dont les traits inhérents ou la personnalité peuvent jouer un rôle important, s'agissant des personnes morales, l'*intuitu personae* ne porte pas sur la personne elle-même, mais tient à des qualités plus

⁹⁸² *Ibidem*, n° 32.

⁹⁸³ L. Aynès, *La cession de contrat*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984, n° 331 et s.

⁹⁸⁴ Ph. Le Tourneau et D. Krajewski, Fasc. 200 : « Contrat "Intuitu personae" », *op. cit.*, n° 35.

objectives qui visent à assurer la réussite commerciale et la bonne exécution du contrat⁹⁸⁵. Il a été observé, à cet égard, que dans les contrats d'affaires, ce qui importe sont les qualités et les aptitudes du contractant, sa personne ou sa personnalité ne comptant que rarement⁹⁸⁶. Exceptionnellement, dans un contrat de distribution, la personne même du contractant est l'objet ou la cause du contrat. Il en va ainsi lorsqu'un contrat est conclu avec un agent commercial personne physique choisi par le fournisseur en raison de sa réputation commerciale, de ses compétences, de ses titres ou diplômes, de ses qualités personnelles, de son expérience et de ses relations sociales et professionnelles dans la ville ou le village où le mandant souhaite commercialiser ses produits. Le fait que ces qualités soient indissociables de la personne de l'agent commercial conduit à ce que sa disparition entraîne la cessation du contrat de distribution et qu'une autre personne ne puisse en principe prendre sa place⁹⁸⁷.

466. Pour cette raison, il ne suffit pas de dire qu'un contrat de distribution a été conclu en considération de la personne du contractant. D'une part, dans tous les contrats, la personne influe dans une mesure plus ou moins importante⁹⁸⁸. D'autre part, cette affirmation masque le fait que le contrat est conclu en considération de qualités déterminées du cocontractant⁹⁸⁹. Il a été en effet soutenu que « *l'intuitus personae* ne peut s'appliquer qu'à des qualités concrètes, tenant à la personnalité des dirigeants ou des contrôleurs, ou s'agissant d'une société, par exemple, de sa situation concurrentielle »⁹⁹⁰. Cela étant, il est nécessaire de se demander quelles sont les qualités en considération desquelles le distributeur et le fournisseur ont contracté.

⁹⁸⁵ Plusieurs qualités d'une personne physique ne sont pas appréciables s'agissant des personnes morales, par exemple, les traits de la personnalité, les talents, le sens de la négociation, la formation universitaire, les habilités sociales, les qualités humaines (charisme, gentillesse, empathie...). Évidemment, elles ne sont pas transmissibles. D'autres sont applicables tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques : la surface patrimoniale, l'expérience, la réputation, la notoriété. Certaines qualités peuvent être « transmises » à d'autres personnes morales. Il en va ainsi lorsqu'un fabricant vend un domaine d'activité à une autre entreprise (savoir-faire, brevets, marques, enseignes, fonds de commerce, employés). La société bénéficiaire pourra invoquer certaines qualités de la société acquise, telles que la qualité des produits, l'expérience et la réputation de la marque.

⁹⁸⁶ D. Mainguy, note sous Cass. com., 2 juill. 2002, *JCP* 2003, II, 10013, n° 9. Rapp. L. Aynès, *La cession du contrat*, *op. cit.*, n° 346 et s.

⁹⁸⁷ Rapp. L. Aynès, *La cession du contrat*, *op. cit.*, n° 343, p. 236 : « On doit donc admettre qu'en principe le changement de créancier ou de débiteur de l'obligation principale opère résiliation "*mutuo dissensu*" du contrat. Les relations contractuelles qui s'établissent éventuellement avec le créancier ou le débiteur "substitué" naissent d'un *nouveau contrat* indépendamment du contrat original ».

⁹⁸⁸ L. Aynès, *La cession de contrat*, *op. cit.*, n° 331, p. 231 : « Dans sa généralité, la définition n'est guère utile : la personne des contractants est toujours déterminante du consentement, ne serait-ce qu'en raison de la notion même d'obligation, impliquant la médiation de la personne de l'obligé ».

⁹⁸⁹ C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁹⁰ H. Hovasse, « Fusion et contrats conclus intuitu personae », *JCP E*, 2006, p. 1669.

467. Cette approche *in concreto* produit des conséquences importantes en cas d'altération de l'*intuitu personae* du contrat de distribution. Suivant celle-ci, l'important est que l'exécution du contrat puisse continuer sans perturbation de ses éléments essentiels et que soient préservées les conditions d'exécution des prestations à la charge de la partie substituée. En effet, les qualités de la personne morale du partenaire visent à assurer la réalité et l'exécution conforme du contrat. Ainsi, le contractant peut être substitué en principe par quelqu'un qui possède les mêmes qualités. D'autre part, le contrôle judiciaire est plus strict sur la décision du contractant de ne pas agréer le cessionnaire ou le successeur de son cocontractant ou dans le cas d'une modification des qualités de sa personnalité morale. Par exemple, concernant le contrat de franchise, le franchiseur pourrait être substitué par un autre franchiseur à qui le franchiseur initial a transmis le savoir-faire. Ainsi qu'il l'a été observé, dans cette hypothèse, « il n'y a donc pas d'impossibilité objective à ce qu'un autre que le franchiseur initial exécute ses obligations »⁹⁹¹. De même, une réorganisation d'activités au sein d'un même groupe de sociétés par voie d'une opération de fusion ou de scission peut ne pas porter atteinte à l'*intuitu personae* du contrat de distribution⁹⁹².

468. En outre, l'*intuitu personae* peut porter sur un élément plus ou moins objectif. Par exemple, pour le caractériser, une personne morale pourrait invoquer les relations de confiance à l'égard de son cocontractant. Il ne s'agit pas dans ce cas d'un sentiment mais d'une caractéristique de la relation qui dépend de plusieurs critères, tels que la durée et l'ancienneté des rapports, la qualité et la fluidité de la communication entre les parties, ou encore la réputation du système de distribution⁹⁹³. Il peut s'agir d'autres éléments plus objectifs, tels que la titularité d'une marque ou d'une enseigne, l'expérience dans un domaine économique, le placement des locaux ou la maîtrise d'un savoir-faire. Naturellement, une qualité objective

⁹⁹¹ G. Virassamy et M. Behar-Touchais, *Traité de droit civil, Les contrats de distribution, op. cit.*, n° 578, p. 290.

⁹⁹² H. Hovasse, note sous Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761 et n° 06-18.007, *JCP E*, 2 octobre 2008, 2210.

⁹⁹³ B. Soinne, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n° 1705, p. 1355 : « La juridiction n'a pas ici encore à s'en tenir à l'appréciation du cocontractant débiteur cédé. Elle se doit tout d'abord d'apprécier si "la confiance" participe nécessairement de l'exécution du contrat en cause. Elle doit ensuite rechercher les raisons qui ont pu conduire à la création ou au maintien de cette confiance au profit du débiteur cédé et celles qui peuvent aboutir au rejet de cette même notion à propos du repreneur choisi ».

conduit à ce que le juge puisse substituer plus facilement son appréciation à celle de la personne qui apprécie ces qualités⁹⁹⁴.

469. Cette approche concrète doit être appliquée à l'examen des événements qui peuvent porter atteinte à l'*intuitu personae* du contrat de distribution et conduire à sa cessation.

b. Les hypothèses de cessation

470. Le choix du partenaire en raison de compétences ou de qualités particulières « est incontestablement destiné à améliorer l'exécution du contrat mais, en même temps, il lui confère une fragilité qui est celle de la personne du contractant »⁹⁹⁵. L'altération de l'*intuitu personae* peut, en effet, conduire à la cessation du contrat de distribution. Ainsi, il se peut que la société du fournisseur ou du distributeur soit partie à une opération qui entraîne la transmission universelle d'une partie ou de la totalité de son patrimoine, c'est-à-dire une opération par laquelle elle transfère à un autre un ensemble de droits et d'obligations composant son patrimoine, comme dans le cas d'une fusion ou d'une scission⁹⁹⁶. Dans ces hypothèses de dissolution de la personne morale sans liquidation, il y a transmission du contrat⁹⁹⁷. La personnalité morale de la société contractante disparaît et la société bénéficiaire ou la nouvelle société qui résulte de la fusion ou de la scission devient partie au contrat⁹⁹⁸. Il existe bel et bien une substitution de cocontractant⁹⁹⁹. À cet égard, il est permis de s'interroger sur la nécessité

⁹⁹⁴ Ph. Le Tourneau et D. Krajewski, Fasc. 200 : « Contrat "Intuitu personae" », *op. cit.*, n° 82.

⁹⁹⁵ C. Prieto, « Événements affectant la personne de la société contractante », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1996, p. 84, n° 5.

⁹⁹⁶ C. com. col., art. 172 : « Il y aura fusion lorsqu'une ou plusieurs sociétés se dissolvent, sans liquidation, pour être absorbée par une autre ou pour en créer une nouvelle. La société absorbante ou la nouvelle société acquiert les droits et les obligations de la société ou des sociétés dissoutes lors de la formalisation de l'accord de fusion ». Loi 222 de 1995, art. 3° : « Il y aura scission lorsque : 1. Une société sans se dissoudre transfère en bloc une ou plusieurs parties de son patrimoine à une ou plusieurs sociétés existantes ou les destine à la création d'une ou plusieurs sociétés. 2. Une société se dissout sans liquidation, divise son patrimoine en deux ou plusieurs parties qui sont transférées à plusieurs sociétés existantes ou qui sont destinées à la création de nouvelles sociétés. La société ou les sociétés destinataires des transferts qui résultent de la scission se dénomment sociétés bénéficiaires ».

⁹⁹⁷ C. Prieto, « Événements affectant la personne de la société contractante », *op. cit.*, p. 81, n° 1.

⁹⁹⁸ F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 921, p. 492 : « También se presenta sucesión universal, que implica conversión de tercero en parte, en el caso de la fusión o absorción y de liquidación de sociedades ».

⁹⁹⁹ A. Viandier, « Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Ch. Mouly*, V. 2, Litec, 1998, p. 197 : « Le mot "substitution" est important car il exprime bien la nature de la transmission universelle du patrimoine ; il n'y a pas de cession d'actif et du passif de la société absorbée vers la société absorbante mais transfert automatique et global du patrimoine de la première vers celui de la seconde ». C. Prieto, *La société contractante*, *op. cit.*, n° 577, p. 359 : « Dans une opération de fusion ou de scission, les sociétés bénéficiaires « succèdent » aux sociétés dissoutes dans le sens qu'elles se trouvent substituées à ces dernières en se voyant conférer leur patrimoine ».

ou non de solliciter le consentement du cocontractant en cas de transmission du contrat de distribution (i). Le cas de la cession du contrat doit également être examiné. La règle en droit colombien qui s'applique est celle de l'obtention du consentement du contractant en cas de cession du contrat *intuitu personae*. Comme l'observe un auteur, « dans la mesure où la cessibilité du contrat de distribution porte atteinte à son caractère *intuitu personae*, on peut concevoir le droit d'agrément comme un tempérament à cette atteinte »¹⁰⁰⁰. Les parties peuvent également convenir d'une clause qui autorise la cessation à la condition d'obtenir l'agrément du cocontractant¹⁰⁰¹. La cessation peut alors intervenir lorsque le contractant refuse d'agréer le tiers proposé à la place du contractant initial (ii).

i. L'opposition à la transmission du contrat

471. La loi indique, relativement à la fusion, que la société absorbante ou la nouvelle société acquièrent les droits et les obligations de la société dissoute (art. 172 C. com. col.) et, relativement à la scission, qu'il y a un transfert d'une ou plusieurs parties du patrimoine de la société scindée vers de nouvelles sociétés ou des sociétés existantes (art. 3^e, loi 222 de 1995). Il importe de savoir si ce principe de transmission s'applique à l'ensemble des droits et des obligations qui composent les contrats de distribution compte tenu de leur caractère de contrats *intuitu personae*. Pour certains, la règle de la transmission universelle des droits et des obligations emporte substitution de plein droit du contractant, sans distinction par rapport aux contrats *intuitu personae*¹⁰⁰². On peut argumenter à cet égard que la force du principe de transmission universelle réside dans le fait d'appréhender tous les droits et les obligations sur la partie du patrimoine transmis, sans nécessité de céder un par un les contrats transférés. En outre, si le législateur n'a pas excepté les contrats *intuitu personae*, l'interprète ne doit pas faire de distinction¹⁰⁰³. Selon la *Superintendencia de Sociedades*¹⁰⁰⁴, sauf clause particulière, la

¹⁰⁰⁰ M. Oudin, « La transmission des contrats de distribution », *RTD com.*, 2011, p. 447.

¹⁰⁰¹ Sur ces clauses en cas de fusion ou de scission, v. F. Reyes Villamizar, *Derecho societario*, réimpr. 2^e éd., Temis, Bogotá, 2011, p. 299 et s.

¹⁰⁰² L. Amiel-Cosme, note sous Cass. com., 19 mars 2013, *Rev. soc.*, 2013, p. 618 et s., n° 13. Rapp. F. Reyes Villamizar, *Derecho societario*, reimpr. 2^e éd., Temis, Bogotá, 2011, p. 228.

¹⁰⁰³ L. Amiel-Cosme, note sous Cass. com., 19 mars 2013, *Rev. soc.*, 2013, p. 618 et s., n° 13.

¹⁰⁰⁴ La *Superintendencia de Sociedades* (Surintendance des sociétés) est une autorité administrative de l'ordre national, à caractère technique, adscrite au Ministère de Commerce, Industrie et Tourisme, dotée de la personnalité morale, de l'autonomie administrative et d'un patrimoine propre. Elle est chargée d'exercer l'inspection, la surveillance et le contrôle des sociétés commerciales en Colombie. Elle exerce par délégation la fonction attribuée constitutionnellement au Président de la République d'inspecter, de surveiller et de contrôler les sociétés commerciales (art. 189, 24. C.P.C.).

fusion produit ses effets à l'égard de tous les rapports contractuels¹⁰⁰⁵. L'institution indique que le consentement exigé pour la cession de contrat (art. 887 C. com. col.) n'a pas lieu d'être à l'égard d'une fusion, car celle-ci est un mode autonome de transmission d'obligations¹⁰⁰⁶.

472. Certes, la loi prévoit la transmission en bloc des droits et des obligations vers la société bénéficiaire. Il n'en reste pas moins que la fusion ou la scission de sociétés résulte de la volonté des associés : ce sont des modifications statutaires¹⁰⁰⁷. On ne saurait admettre que le contractant qui a décidé de se fusionner ou de se scinder impose le changement de partenaire à son cocontractant, dès lors que le contrat de distribution a été conclu *intuitu personae*¹⁰⁰⁸. Sauf à considérer que la transmission universelle du patrimoine est une règle d'ordre public¹⁰⁰⁹, la force obligatoire du contrat conduit à prendre des mesures dirigées à protéger l'*intuitu personae* du contrat. Concrètement, il semble légitime que le contractant « transmis » puisse s'opposer à la transmission du contrat lorsque la société qui prend la place du partenaire initial est fondamentalement différente de ce dernier¹⁰¹⁰.

473. Dans le cas de la fusion et de la scission, le Code de commerce organise une procédure qui contraint les parties à l'opération de l'annoncer dans un journal de diffusion nationale¹⁰¹¹. La loi indique en outre que dans les trente jours suivant cette publication, les créanciers de la société absorbée ou scindée peuvent exiger judiciairement des garanties satisfaisantes et suffisantes pour le paiement de leur crédit¹⁰¹². Lorsque la demande est recevable, le juge peut suspendre l'accord de fusion ou de scission jusqu'au paiement des créances ou l'octroi de garanties suffisantes. Un auteur explique que l'absence d'exigence d'obtenir l'accord des

¹⁰⁰⁵ La *Superintendencia de Sociedades* (Surintendance des sociétés) répond aux consultations formulées par les citoyens. Cependant, les réponses à ces consultations ne sont ni obligatoires ni contraignantes pour la *Superintendencia de Sociedades* ni pour aucune autre autorité. Il s'agit d'une fonction informative et pédagogique. Loi 1755 de 2015, art. 28 : « *Sauf norme légale contraire, les concepts émis par les autorités dans les réponses aux demandes formulées dans le cadre de l'exercice du droit de faire des consultations ne sont ni de caractère ni d'exécution obligatoire* ».

¹⁰⁰⁶ *Superintendencia de Sociedades* (Surintendance des sociétés), consultation n° 220-62689 du 12 décembre 2002. En droit français, v. M. Dubertret, « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. soc.*, 2006, p. 721 et s. L'auteur soutient l'idée de l'admission de l'ensemble des contrats en cas de fusion, indépendamment de leur caractère *intuitu personae*.

¹⁰⁰⁷ C. com. col., art. 162 et loi 222 de 1995, art. 4.

¹⁰⁰⁸ A. Viandier, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Ch. Mouly*, V. 2, Litec, 1998, p. 201, n° 27.

¹⁰⁰⁹ En ce sens, M. Jeantin, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GNL-Joly, 1991, p. 297, n° 30 et s.

¹⁰¹⁰ J. Mestre et B. Fages, note sous Com. 29 oct. 2002, *RTD civ.*, 2003, p. 295.

¹⁰¹¹ C. com. col., art. 172 et s. (fusion) et loi 222 de 1995, art. 3° et s. (scission).

¹⁰¹² C. com. col., art. 174 (fusion) et loi 222 de 1995, art. 5° (scission).

créanciers à l'opération, dont la justification est son efficacité pratique, est suppléée par la publication des conditions de l'opération et le droit d'opposition judiciaire offert aux créanciers¹⁰¹³.

474. Il convient de défendre un équilibre entre la protection du contractant qui a contracté en considération de la personne de l'auteur de la fusion ou de la scission et la nécessité de garantir l'utilité pratique de ces opérations. Deux hypothèses doivent être distinguées. En premier lieu, si l'auteur de l'opération considère que son successeur possède des qualités substantielles différentes des siennes, il doit demander le consentement du contractant préalablement à la réalisation de l'opération de fusion ou de scission. En second lieu, il est permis de penser que l'auteur de l'opération n'a pas l'obligation de demander l'accord de son partenaire à l'opération de fusion ou de scission lorsqu'il considère que son successeur détient des qualités semblables qui permettent la continuation du contrat dans les mêmes termes. Cela favorise l'efficacité pratique des opérations de fusion et de scission. Néanmoins, le contractant transmis peut ne pas partager ces considérations et s'opposer, devant le juge, à la transmission du contrat dans le délai indiqué par la loi après la publication de l'accord. En effet, d'une part, il a la qualité de créancier concerné par l'opération de fusion ou de scission ; d'autre part, la loi indique que les créanciers peuvent « exiger les garanties satisfaisantes et suffisantes au paiement de leurs créances »¹⁰¹⁴. Il nous semble que cette règle peut appréhender les situations dans lesquelles la substitution du contractant compromet la réalité de l'exécution du contrat ou la qualité de l'accomplissement des prestations¹⁰¹⁵. Il appartient au contractant transmis de présenter les arguments en ce sens. Le juge peut conclure que le changement de contractant affecte l'exécution du contrat. Dans une telle hypothèse, les parties à l'opération de fusion ou de scission peuvent justifier ou octroyer des garanties suffisantes afin d'assurer la continuation de l'exécution du contrat dans les mêmes conditions. Si cela n'est pas possible et que son intérêt à la réalisation de l'opération de fusion ou de scission persiste, il n'y aura pas d'autre choix que de tenter une cessation amiable ou de rompre unilatéralement le contrat en assumant le paiement

¹⁰¹³ F. Reyes Villamizar, *Transformación, fusión y escisión de sociedades*, Temis, Bogotá, 2000, n° 32, p. 89.

¹⁰¹⁴ C. com. col, art. 174 (fusion) et loi 222 de 1995, art. 5 (scission).

¹⁰¹⁵ Rappr. F. Reyes Villamizar, *Derecho societario*, reimpr. 2^e éd., Temis, 2011, p. 228. *Adde.* p. 149 : l'auteur indique que « l'action judiciaire d'opposition, instaurée par l'article 175 C. com. col. est un instrument protecteur qui permet aux créanciers affectés par la fusion, de demander devant la juridiction les garanties satisfaisantes et suffisantes pour le paiement de leurs créances ».

des préjudices causés. Une autre question sera celle de savoir si le cédé ou transmis peut refuser discrétionnairement le cessionnaire proposé.

ii. Le refus d'agrément à la cession du contrat

475. Le droit colombien consacre le principe de la cessibilité des contrats sans requérir l'acceptation du cédé, à l'exception des contrats *intuitu personae* dans le cadre desquels ce dernier peut refuser d'agrément le cessionnaire ou le successeur de son cocontractant original (α). L'étude de cette prérogative est importante dans la mesure où son exercice peut déterminer la continuation ou la cessation du contrat de distribution (β).

a. La nécessité de solliciter le consentement à la cession

476. La cession de contrat est l'acte qui a pour objet le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel¹⁰¹⁶. Cette figure échappe en principe à notre domaine d'étude dans la mesure où le contrat continue à être exécuté dans les mêmes conditions malgré le changement de l'une des parties. La cession du contrat « est bien souvent une alternative à la rupture du contrat »¹⁰¹⁷. Il n'en reste pas moins qu'elle peut conduire également à sa cessation. La cession du contrat est réglementée par le Code de commerce colombien dont l'article 887 indique en effet que « *dans les contrats commerciaux à exécution échelonnée ou successive, chaque partie pourra se faire substituer par un tiers, pour la totalité ou une partie des relations dérivées du contrat, sans la nécessité d'une acceptation expresse du contractant cédé, si la loi ou une stipulation des parties n'a pas interdit ou limité ladite substitution* ». À la différence du droit français, le droit colombien consacre le principe de la cessibilité des contrats sans requérir l'acceptation du cédé¹⁰¹⁸. Le deuxième alinéa de l'article 887 C. com. col. ajoute que la substitution est également possible dans les contrats conclus *intuitu personae* mais que, dans ce cas, l'acceptation du contractant cédé est requise¹⁰¹⁹. Étant considéré le caractère *intuitu*

¹⁰¹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, « La cession de contrat », *Defrénois*, 15 juillet 2000, p. 811.

¹⁰¹⁷ L. Aynès, « La circulation du contrat », *LPA*, n° 90, 4 mai 2000, p. 62.

¹⁰¹⁸ Le nouvel article 1216 C. civ. fr. exige l'accord du cédé à la cession du contrat. Son alinéa 1^{er} indique : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé* ». C'est la consécration de la solution retenue par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. com., 6 mai 1997 [deux arrêts], n° 94-16.335 et n° 95-10.252, *Bull. civ.* IV, n° 117 et n° 118 : *D.* 1997, p. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Defrénois* 1997, p. 977, obs. D. Mazeaud).

¹⁰¹⁹ C. com. col., art. 887, al. 2 : « *Cette substitution pourra s'opérer pour les contrats commerciaux à exécution instantanée qui n'ont pas encore été exécutés en tout ou en partie, et pour ceux conclus intuitu personae, mais dans ces cas l'acceptation du contractant cédé sera requise* ».

personae des contrats de distribution, le distributeur ou le fournisseur qui souhaite céder sa qualité de partie à un tiers doit solliciter l'acceptation de son cocontractant. Pour certains auteurs, le consentement du cédé constitue une autorisation qui a pour conséquence de rendre cessible le contrat¹⁰²⁰. Pour d'autres, le consentement rend opposable la cession au cédé¹⁰²¹. L'article 894 C. com. col. indique pour sa part que la cession de contrat produit des effets à l'égard du cédé et des tiers à partir de sa notification ou de son acceptation. La jurisprudence a affirmé en ce sens que la cession n'est opposable au cédé qu'à partir de son acceptation¹⁰²². Les parties peuvent également convenir d'une clause qui autorise la cessation ou la transmission du contrat sous la condition d'obtenir l'agrément du cocontractant¹⁰²³.

477. Qu'il s'agisse d'une transmission ou d'une cession du contrat, le contractant peut refuser d'agréer le successeur ou le cessionnaire de son cocontractant original. L'étude de cette prérogative est importante dans la mesure où son exercice peut conduire à la continuation ou au contraire à la cessation du contrat de distribution¹⁰²⁴.

β. Le contrôle de la prérogative d'agrément du cédé

478. L'accord à la substitution du cocontractant constitue une prérogative finalisée dans la mesure où son objectif est de protéger les intérêts du contractant qui sont liés à l'*intuitu personae* en considération duquel il s'est engagé. Dans le cas de la cession comme dans le cas de la transmission du contrat, la faculté de refus ne peut être envisagée comme un pouvoir discrétionnaire¹⁰²⁵. Le contrôle judiciaire doit se traduire par une appréciation objective de

¹⁰²⁰ F. Mantilla, « La cesión de contrato », in *Los contratos en el derecho privado* (F. Mantilla et F. Ternera sous dir.), 2^e réimpr., Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 440.

¹⁰²¹ V. Sent. Arb., 21 sept. 1994, *Inversiones Petroleras S. A., Inverpetrol c/ Repsol Exploración S. A.*, Chambre de commerce de Bogotá, Arb. : Antonio de Irrisari Restrepo, Carlos Holguín et Fernando Medina Arroyo.

¹⁰²² CSJ, chambre civile, 24 juill. 2012, M.R. : Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1101310302619982152401.

¹⁰²³ Sur ces clauses en cas de fusion ou de scission, v. F. Reyes Villamizar, *Derecho societario*, réimpr. 2^e éd., Temis, Bogotá, 2011, p. 299 et s.

¹⁰²⁴ La Cour de cassation colombienne ne s'est pas encore prononcée expressément sur le contrôle du droit d'agrément.

¹⁰²⁵ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 2 juillet 2002 et CA Paris, 5^e ch. B, 2 mai 2002, *RDC* 2003, p. 50. Selon l'auteur, si le contrat est dépourvu de clause d'agrément, « la convention n'ayant rien laissé espérer quant à sa cessibilité, le franchiseur peut discrétionnairement refuser cette cession (ce serait, autrement, lui imposer de contracter avec un tiers). Mais quand une clause d'agrément a été stipulée, il devient évident que le refus ne peut plus être discrétionnaire car, sinon, rien ne distinguerait la situation où la clause est absente (refus libre) de celle où elle a été prévue ». Cette distinction ne nous semble pas applicable en droit colombien. En effet, en l'absence de clause contractuelle, le principe est celui de la cessibilité du contrat sans la nécessité de demander l'accord du cédé, sauf si le contrat a été conclu *intuitu personae*, hypothèse dans laquelle la cession reste possible avec l'accord du cédé (art. 887, C. com. col.). L'exigence de l'accord du cédé constituant une exception, il nous semble que, même en l'absence de

l'adéquation entre les motifs de l'exercice de la prérogative et la finalité de celle-ci¹⁰²⁶. Le principe est que le cédé ou le transmis ne pourra refuser d'agréeer le cessionnaire ou le successeur que par un motif fondé sur les qualités substantielles du contractant initial prises en compte lors de la conclusion du contrat et que le cessionnaire ou le successeur ne possède pas. Cette analyse privilégie une appréciation *in concreto* de l'*intuitu personae*. Dans ces conditions, un abus de cette prérogative peut être caractérisé chaque fois que le contractant exerce son droit sur le fondement de motifs non liés au caractère *intuitu personae* du cédant¹⁰²⁷.

479. Il est permis de se demander si l'agréant peut fonder son refus sur des motifs autres que ceux tenant aux qualités du cessionnaire ou successeur¹⁰²⁸. Il s'agirait, par exemple, de la fermeture de la concession à cause d'une réorganisation du réseau ou de difficultés financières. Nous estimons qu'exceptionnellement la réponse est positive lorsque l'agrément peut laisser paraître un comportement fautif ou déloyal à l'égard du cessionnaire ou du successeur¹⁰²⁹. Il en va ainsi lorsque le concédant a l'intention de résilier le contrat de concession peu de temps après une réorganisation de son réseau. L'acceptation du successeur fonderait une croyance légitime à la pérennité de la relation contractuelle¹⁰³⁰. Le concédant peut informer le candidat de la perspective de cette rupture pour justifier son refus d'agrément. C'est dire de façon plus générale que la pertinence des motifs peut s'apprécier au-delà des intérêts de l'agréant liés aux qualités personnelles du cessionnaire¹⁰³¹. Le juge pourrait examiner ainsi si l'intérêt de l'agréant

clause, le refus d'agréeer le cessionnaire n'est pas discrétionnaire, car cette exception est fondée sur la protection de l'*intuitu personae* du contrat. Or, le refus doit être lié au fondement de l'exigence.

¹⁰²⁶ Ph. Stoffel-Munck, obs. sous. Cass. com. 5 oct. 2004 et 3 nov. 2004, *RDC* 2005, p. 288. Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 365, p. 188.

¹⁰²⁷ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 714 et s.

¹⁰²⁸ C'est la question posée en droit français suite à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 octobre 2004, n° 02-17.338 (1^{er} moyen) : *RTD civ.* 2005, p. 127, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005, p. 407, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2005, comm. n° 1, obs. L. Leveneur ; *JCP G* 2005, I, 114, obs. M. Chagny ; et du même auteur, *JCP E* 2005, II, 622 ; *RDC* 2005, obs. P. Stoffel-Munck, p. 288 et obs. M. Behar-Touchais, p. 385 ; *RLDC*, janv. 2005, note D. Mainguy et J.-L. Respaud, p. 5.

¹⁰²⁹ Comp. Ph. Stoffel-Munck, obs. sous. Cass. com. 5 oct. 2004 et 3 nov. 2004, *RDC* 2005, p. 288 : « À ce propos, nous avons suggéré que la finalité de la clause d'agrément était de protéger les intérêts de l'agréant. Partant, le refus devait être motivé par référence à ces mêmes intérêts de l'agréant, ce qui ne se limite effectivement pas au sentiment qu'il se fait des qualités personnelles du repreneur mais peut, par exemple, résulter de la poursuite d'une politique de réorganisation du réseau ». V. aussi, B. Fauvarque-Cosson et S. Amrani-Mekki, obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004, *D.* 2005, p. 2836.

¹⁰³⁰ M. Behar-Touchais, note sous Cass. com., 5 oct. 2005, *RDC* 2005, p. 384.

¹⁰³¹ Cf. J. Mestre et B. Fages, obs. sous. Cass. com., 5 oct. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 127 : « Si par clause d'agrément on entend la stipulation permettant à une partie d'exercer un droit de regard sur la personne avec laquelle, par suite d'une cession de position contractuelle, elle pourrait être conduite à poursuivre une relation, alors force est d'admettre que c'est détourner la clause de sa finalité, et donc porter atteinte aux prévisions du contrat, que de l'utiliser à des fins étrangères à sa raison d'être : il y a alors abus ».

est suffisamment important au regard du préjudice que le refus d'agrément cause à son cocontractant¹⁰³².

480. Partant de ces considérations, les motifs justifiant le refus d'agrément doivent pouvoir être vérifiés par le juge qui « contrôle simplement si la clause a joué conformément à la loi des parties »¹⁰³³. Puisque l'objectif de l'exigence d'un agrément est de protéger les intérêts légitimes de l'agrément, il appartient à ce dernier d'expliquer sa décision. Il devra en exprimer les motifs à un moment ou à un autre. Allant au-delà, la jurisprudence ou une règle spéciale pourrait imposer à l'agrément l'obligation de révéler à son partenaire ses motifs de refus en vertu d'un devoir de loyauté et de transparence¹⁰³⁴. Cela permettrait au contractant d'apprécier immédiatement la réalité et la légitimité des raisons invoquées en vue d'une éventuelle contestation devant le juge¹⁰³⁵.

481. Enfin, le refus d'agrément le candidat fait obstacle à la cession ou à la transmission du contrat, ce qui implique que le contractant « est maintenu dans les liens contractuels initiaux et doit poursuivre les relations contractuelles jusqu'au terme convenu »¹⁰³⁶. Cependant, s'il n'a plus d'intérêt à la continuation du contrat, il cherchera d'autres mécanismes pour se libérer du lien contractuel. Il en est ainsi en cas d'opération de fusion réalisée par une entreprise titulaire d'un réseau de franchise. Malgré le refus de l'un des distributeurs, les parties à la fusion peuvent poursuivre leur projet de fusion. Le franchiseur pourra ne pas renouveler le contrat ou exercer son droit de résiliation unilatérale. Cependant, si le délai de préavis ou la durée qui reste à s'écouler ne lui convient pas, il pourra tenter de faire cesser le contrat par *mutus dissensus* ou,

¹⁰³² B. Fauvarque-Cosson et S. Amrani-Mekki, obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004, *D.* 2005, p. 2836.

¹⁰³³ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 2 juillet 2002 et CA Paris, 5^e ch. B, 2 mai 2002, *RDC* 2003, p. 50.

¹⁰³⁴ Cf. M. Behar-Touchais, note sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RDC* 2003, p. 152 : « Ainsi, si l'on peut admettre qu'il est opportun d'exiger une motivation du refus d'agrément et d'en contrôler l'abus, quand le concessionnaire vend son fonds de commerce (ce qui est le cas dans l'espèce en cause) et demande au concédant d'agrément son successeur, il nous semble inopportun d'aller au-delà ».

¹⁰³⁵ On conçoit ici l'obligation de motivation comme celle qui oblige le contractant à exprimer les raisons de sa décision et non comme celle de prendre une décision sous certaines conditions ou en invoquant certains motifs, par exemple en prenant en compte les intérêts du cocontractant (v. p. ex., Th. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, p. 579). *Adde.* : L. Aynès, « Motivation et justification », *RDC*, 2004, p. 555 : « Au sens strict, motiver n'est pas justifier. Dans la justification se glisse un jugement sur la relation entre l'acte et sa cause : cette relation est ou non conforme au droit, à la justice, à la raison, ou à l'équité ; ce jugement implique celui qui juge. Dans la motivation, au contraire, nul jugement. Il s'agit seulement de communiquer les causes de la décision : faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit ».

¹⁰³⁶ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 515.

en ultime recours, rompre unilatéralement le contrat en assumant le paiement des préjudices causés au franchisé. Sans doute, l'emprise du caractère *intuitu personae* sur le régime de cessation du contrat de distribution est certaine. Il en va de même concernant l'équilibre particulier de ces contrats lorsque le distributeur réalise des investissements importants pour son exécution.

B. L'équilibre particulier déterminé par les investissements réalisés par le distributeur

482. Les contrats de distribution sont caractérisés par un équilibre économique complexe en ce qu'il peut porter sur différents aspects : droit d'entrée et redevances dans le cadre d'une franchise, prix des produits et investissements réalisés par le distributeur, etc. Concernant ce dernier aspect, dans les contrats de distribution pour son propre compte, tout comme dans les contrats de distribution pour le compte d'autrui, les investissements sont nécessaires à la bonne exécution de l'activité de distribution. Ils déterminent un équilibre propre à ces contrats qui entretient un lien substantiel avec la cessation du contrat dans la mesure où « la rupture de l'opération ne peut survenir à n'importe quel moment sous peine de léser gravement les intérêts de l'une des parties. C'est ainsi, notamment, que lorsqu'une des parties vient de réaliser des investissements importants, l'autre partie ne saurait rompre le contrat avant qu'elle puisse en retirer les profits corrélatifs attendus »¹⁰³⁷. Les séquences économiques déterminées par de tels investissements ont une influence certaine au moment d'apprécier la mise en œuvre du droit de mettre fin au contrat. Pour cette raison, il importe d'examiner les particularités des investissements réalisés par le distributeur dans le cadre de l'exécution du contrat de distribution (1). Nous nous pencherons ensuite sur l'équilibre contractuel particulier instauré par la réalisation de ceux-ci (2).

1. Les caractères des investissements

483. Il convient d'étudier, dans un premier temps, le caractère spécifique des investissements exécutés par le distributeur dans les contrats de distribution (a), puis l'importance du rôle du fournisseur dans leur réalisation (b).

¹⁰³⁷ S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148 et s.

a. La spécificité des investissements

484. Les contrats de distribution présentent cette particularité tenant au fait que, sur le plan économique, ils permettent au fournisseur « d'échapper au poids des investissements qui leur seront nécessaires ainsi qu'aux éventuelles répercussions de leur échec économique »¹⁰³⁸. Indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un contrat d'agence commerciale, de concession ou de franchise, la charge de réaliser des investissements pour la mise en œuvre de l'opération de distribution est assumée par le distributeur. Une distinction s'impose cependant selon que ces investissements soient spécifiques à l'activité du fournisseur dans le cadre du contrat en question ou qu'ils puissent être destinés à une activité similaire après la cessation du contrat de distribution.

485. À la différence d'un revendeur lié par des contrats successifs de vente, qui reste libre d'organiser son activité en faisant les investissements qu'il considère opportuns et qui servent à la distribution des produits de plusieurs fournisseurs, le distributeur qui spécialise son activité dans la distribution des produits d'un fournisseur doit réaliser des investissements spécifiques pour la mise en œuvre de l'opération de distribution. Ils sont définis comme « des investissements de nature variée qui, contrairement aux actifs à caractère général, susceptibles d'être affectés à un autre emploi sans difficulté et sans coût, ne sauraient facilement et sans perte servir à une autre utilisation. »¹⁰³⁹. C'est le cas, par exemple, lorsque le distributeur doit adapter les locaux pour les mettre en conformité avec l'image du réseau ou acheter des meubles, des machines et des logiciels spécialement destinés à l'activité du fournisseur.

486. L'obligation de réaliser des investissements spécifiques constitue une prestation que le distributeur s'oblige, non pas à transférer à son partenaire, mais à exécuter en faveur de l'opération de distribution. En effet, ils constituent les moyens pour accomplir l'objectif économique envisagé par les parties et ne peuvent avoir d'autre fonction que celle-ci dans la mesure où leur spécificité empêche de les utiliser pour le développement d'autres activités. En outre, ils constituent un facteur de dépendance économique dans la mesure où toute reconversion du distributeur à l'avenir sera plus coûteuse, car il ne pourra pas les réutiliser pour

¹⁰³⁸ *Ibidem.*

¹⁰³⁹ A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, *op. cit.*, n° 36, p. 53.

une autre activité. Ces investissements sont la plupart du temps exigés du distributeur par le fournisseur pour l'entrée dans le réseau de distribution.

b. Le rôle du fournisseur dans sa réalisation

487. Comme dans n'importe quel autre contrat, ces investissements peuvent être perçus comme les moyens que le distributeur doit engager pour la bonne exécution du contrat. Du fait de son indépendance juridique, il assume en principe les risques de leur amortissement¹⁰⁴⁰. Toutefois, force est de constater que ces investissements sont exigés par le fournisseur pour l'intégration du distributeur dans son réseau de distribution¹⁰⁴¹. Aussi, a-t-on pu faire observer que le concessionnaire ne décide « de ces investissements ni en fonction des besoins de son fonds de commerce ni de sa clientèle, c'est le fournisseur qui les lui impose parce que la concession est pour lui le point de vente de ses produits et des services dus à des clients qu'il considère comme les siens »¹⁰⁴². L'absence d'obligation à la charge du fournisseur de ne pas rompre le contrat avant l'écoulement d'un délai raisonnable pour que les distributeurs puissent amortir ces investissements rend très risquée l'activité des ces derniers¹⁰⁴³.

488. Si la Cour de cassation colombienne ne s'est pas encore prononcée à cet égard, il semble qu'à l'instar de la jurisprudence française une distinction peut être opérée entre les investissements effectués par le distributeur de sa propre initiative et ceux qui lui sont imposés par le fournisseur. En effet, dans un arrêt du 7 octobre 1997, la Cour de cassation française a

¹⁰⁴⁰ Par ex. en droit français, la Cour de cassation a jugé : « qu'en signant un contrat ne comportant aucune garantie relative aux incidences du retrait de la concession sur la clientèle ainsi que sur le sort des investissements, le concessionnaire a accepté les aléas que présente un contrat de concession exclusive » (Cass. com., 2 mars 1981, n° 79-13695, *Bull. civ.*, IV, n° 113).

¹⁰⁴¹ Contrat : A. Sayag, note sous Cass. com, 13 mai 1970, *JCP G* 1971, I, 16891, n° 15. Selon l'auteur, l'idée de faire peser sur le concessionnaire les investissements quand le concessionnaire n'en a pas profité aussi longtemps qu'il l'espérait, « c'est faire trop bon marché de l'autonomie du commerçant qui s'intègre à un réseau de vente, lorsqu'il consent d'importants aménagements à ses installations, est-ce seulement pour se soumettre à des exigences arbitraires du concédant ? N'est-ce pas plutôt acquérir un minimum de moyens matériels, permettant d'exécuter l'objectif commercial que représente la diffusion des produits concédés ? »

¹⁰⁴² J. Thréard, « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur », *op. cit.*, n° 63, p. 553.

¹⁰⁴³ J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 232, p. 284. Selon les auteurs, une position peu protectrice des investissements du distributeur laisse peu de choix à ces derniers : « soit ils investissent, ce qui n'interdira pas leur exclusion du réseau en dépit des sommes importantes qu'ils auront pu engager ; soit ils n'investissent pas, mais ils seront alors surs d'en être exclus. Marquant une trop nette rupture entre le temps économique du contrat et son temps juridique, cette solution apparaît dommageable sur un plan économique, car elle rend plus fragile la survie de ces entreprises moyennes que sont les concessions commerciales ».

écarté l'abus dans l'exercice du droit de rompre le contrat, en invoquant le fait que la société du concessionnaire « ne rapportait pas la preuve que la société Volvo l'avait contrainte à exposer d'importants frais d'investissements »¹⁰⁴⁴. De même, dans un arrêt du 17 décembre 2002, la Cour de cassation française a approuvé la décision des juges du fond qui, s'agissant d'un contrat à durée indéterminée, n'avait pas pris en compte des investissements réalisés par un concessionnaire de sa seule initiative¹⁰⁴⁵. L'élément essentiel serait « l'influence du fabricant sur la décision d'investissement du distributeur peu importe que le concédant pèse sur cette dernière de manière expresse ou tacite »¹⁰⁴⁶.

489. Il nous semble que ce critère est utile, pourvu qu'on admette une conception large des investissements dont la réalisation a été demandée ou incitée par le fournisseur. Ainsi, les circonstances dans lesquelles ces investissements ont été réalisés doivent être analysées. D'abord, il est nécessaire de prendre en compte les investissements suggérés par le fournisseur. En effet, en pratique, si le distributeur s'oppose à la réalisation de ceux-ci, il est très probable que le fournisseur décide de résilier unilatéralement le contrat ou de ne pas le renouveler¹⁰⁴⁷. Ensuite, à d'autres occasions, « les investissements en apparence spontanés du distributeur peuvent en réalité avoir été imposés par le fournisseur »¹⁰⁴⁸. Il en va ainsi lorsque la réalisation des investissements se révèle nécessaire afin d'atteindre les résultats exigés par le fournisseur et de ne pas être exclu du réseau de distribution¹⁰⁴⁹. Enfin, les investissements réalisés à l'initiative du distributeur et consentis par le fournisseur doivent également être pris en compte dans la mesure où leur approbation fait naître un intérêt légitime en faveur du distributeur dont le respect par le fournisseur se traduit par la continuation du contrat pendant une certaine durée. Plus généralement, nous pouvons affirmer que le juge doit prendre en compte les investissements spécifiques réalisés par le distributeur à l'égard desquels le fournisseur a joué

¹⁰⁴⁴ Cass. com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 252 : *D.* 1998, p. 413, note Ch. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier et p. 370, obs. J. Mestre ; *CCC.* 1997, n° 20, obs. L. Leveneur.

¹⁰⁴⁵ Cass. com., 17 déc. 2002, non publié, n° 00-14.460. V. aussi, Cass. com. 5 avr. 1994 : *D.* 1995, *somm.*, p. 69, obs. D. Ferrier ; *CCC* 1994, p. 159, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998, jur. p. 355, obs. G. Virassamy.

¹⁰⁴⁶ V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 521.

¹⁰⁴⁷ D. Mazeaud, « Durée et ruptures », *RDC*, 2004, p. 144.

¹⁰⁴⁸ C. Dias, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, T. II., *op. cit.*, n° 462, p. 388.

¹⁰⁴⁹ Rapp. Cass. com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 252, précité : les juges ont exclu la qualification d'abus du droit, car les investissements n'ont pas été imposés par le concessionnaire ; mais, en réalité, le distributeur a effectué les investissements afin de remédier aux résultats de l'année précédente très nettement inférieurs aux objectifs convenus et aux résultats des autres concessionnaires de la même région, aspect que les juges du fond n'ont pas pris en compte.

un rôle déterminant, incitatif ou simplement consentant. Sans doute, ces investissements déterminent un équilibre particulier des contrats de distribution.

2. L'influence des investissements spécifiques sur l'équilibre contractuel

490. La réalisation d'investissements spécifiques par une seule des parties détermine un équilibre particulier des contrats de distribution, lequel peut être perturbé en raison du moment où leur cessation intervient. Dès lors, il convient, dans un premier temps, de démontrer l'inaptitude des classifications traditionnelles à appréhender l'équilibre contractuel qui caractérise les contrats de distribution sur le plan spécifique des investissements réalisés par le distributeur (a). Puis, il est nécessaire de mettre en lumière la particularité de cet équilibre que nous pourrions qualifier de cyclique ou périodique (b).

a. L'insuffisance des classifications traditionnelles

491. La réalisation d'investissements spécifiques réalisés par le distributeur a une influence certaine sur l'équilibre économique des contrats de distribution. À cet égard, pour appréhender la notion d'équilibre contractuel en matière de contrats à exécution successive, la doctrine a proposé plusieurs classifications. Il en va ainsi de la distinction entre contrats divisibles et contrats indivisibles. D'après cette classification, il existe des contrats qui répondent à un équilibre global, avec une indivisibilité d'exécution, celle-ci étant conçue comme unique. Mais il existe également des contrats qui s'articulent en une succession d'équilibres partiels, avec une divisibilité qui se manifeste par des tranches d'exécution équilibrées, par exemple, lorsqu'au prix correspond une contrepartie pour une période donnée¹⁰⁵⁰. Plus récemment, un auteur a pu identifier les contrats à « utilité continue » en les différenciant des contrats à « utilité globale »¹⁰⁵¹. Les premiers sont ceux qui « ont pour objet l'exécution d'une opération qui ne cesse d'être utile au fur et à mesure de son exécution », ainsi ces contrats trouvent « leur utilité

¹⁰⁵⁰ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », in *Durée et contrat*, RDC, 2004, p. 54. Pour une critique de cette distinction v. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 843 et s.

¹⁰⁵¹ L'article 1129, al. 3 C. civ. fr. adopte cette distinction pour déterminer les effets de la résolution. Cet alinéa indique : « Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

en même temps qu'ils l'épuisent continûment »¹⁰⁵² ; tels que le contrat de distribution et les contrats-cadres en général. Les seconds sont ceux portant « une opération qui a un point d'aboutissement vers lequel tendent l'ensemble des actes accomplis à cet effet et qui dépourvus de toute utilité propre, ne prennent sens et valeur qu'une fois le projet achevé »¹⁰⁵³.

492. Ces classifications conduisent à l'identification de plusieurs types d'équilibre, selon qu'il se réalise par fractions, de manière continue ou par la globalité des prestations¹⁰⁵⁴. Or, impliquant des séquences d'exécution contractuelles identiques ou uniques, ces catégories n'embrassent pas entièrement l'équilibre particulier des contrats de distribution s'agissant de la réalisation d'investissements spécifiques par le distributeur. Il en est ainsi parce que les investissements réalisés par le distributeur non seulement empêchent la division du contrat en équilibres partiels, mais encore l'amortissement des investissements ne marque pas la fin du contrat dans la mesure où l'opération économique de distribution peut se poursuivre. En outre, comme on l'a observé précédemment, les investissements réalisés par le distributeur ne constituent pas une prestation exécutée en faveur du fournisseur mais une obligation qui sert directement l'exécution de l'opération de distribution. C'est alors l'exécution même de l'opération de distribution pendant une certaine durée qui va permettre au distributeur de recevoir une contrepartie, soit leur amortissement. L'équilibre économique des contrats de distribution, sur le plan des investissements spécifiques réalisés par le distributeur, montre ainsi des traits particuliers qui méritent une approche différente.

b. L'identification d'un équilibre cyclique

493. Les contrats de distribution revêtent une logique particulière. Puisque le distributeur doit réaliser des investissements spécifiques pour la mise en place de l'opération de distribution¹⁰⁵⁵, la préservation de l'équilibre du contrat est tributaire de l'écoulement d'une

¹⁰⁵² Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 856, p. 609.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, n° 856, p. 610.

¹⁰⁵⁴ P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Éd. Francis Lefebvre, 2010, n° 536 et s. Les auteurs font allusion aux contrats homogènes et hétérogènes. Les premiers sont ceux « dont les prestations obligatoires se répartissent harmonieusement dans le temps avec pour effet l'équilibre, à chaque tranche, sinon à chaque instant, sans doute, de ce que réalise et de ce que reçoit chaque partie ». Les seconds sont ceux « dont les prestations obligatoires se répartissent non harmonieusement dans le temps ; l'équilibre des charges et avantages ne sera obtenu qu'au terme d'un certain délai ».

¹⁰⁵⁵ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 486, p. 400 : « C'est ainsi que la partie qui vient de réaliser des investissements importants doit raisonnablement pouvoir s'attendre à ce que le contrat continue de produire ses effets le temps qu'elle puisse en retirer les profits corrélatifs. (...) C'est dire que

certaine durée¹⁰⁵⁶. Il a ainsi été soutenu que « la réalisation de l'équivalence implicite est alors subordonnée à un évènement futur : l'amortissement des investissements, date à laquelle chacun des contractants, et non pas un seul d'entre eux, retire de la convention l'intérêt en considération duquel il s'est engagé »¹⁰⁵⁷. Sur le plan des investissements spécifiques réalisés par le distributeur, le contrat de distribution naît déséquilibré et atteint progressivement son équilibre au fur et à mesure que le distributeur récupère le capital investi pour la mise en œuvre de l'activité de distribution. Il existe ainsi une période de temps à l'issue de laquelle l'équilibre du contrat de distributeur est atteint. En ce sens, nous pouvons faire référence à un équilibre qui serait cyclique ou périodique. Le contrat peut demeurer en équilibre pendant un certain temps ; toutefois, si le distributeur réalise des investissements spécifiques en cours du contrat de distribution - demandés, incités ou consentis par le fournisseur -, un nouveau cycle ou période débute. Le contrat de distribution devient à nouveau déséquilibré et n'atteint son équilibre qu'au bout d'une certaine durée. Cet équilibre périodique peut se répéter plusieurs fois dans les contrats de longue durée qui durent plusieurs années ou décennies. Il en va ainsi parce que le contrat de distribution ne prend pas fin au bout du cycle d'amortissement des investissements, celui-ci n'étant que l'un des aspects de l'équilibre économique de ces contrats et non pas son objet principal.

494. Comme cela a pu être justement relevé, « la partie qui vient de réaliser des investissements importants doit raisonnablement pouvoir s'attendre à ce que le contrat continue de produire ses effets le temps qu'elle puisse en retirer les profits corrélatifs »¹⁰⁵⁸. Les investissements spécifiques s'insérant en conséquence dans l'équilibre économique du contrat de distribution, leur contrepartie est constituée par le maintien du contrat pour une durée raisonnable, ce qui permet en principe au distributeur de les récupérer. Il ne s'agit pas tout à fait d'une garantie de récupération des investissements réalisés dans la mesure où le distributeur

non seulement le contrat-coopération ne saurait s'interrompre à n'importe quel moment du processus d'exécution sans risquer de porter gravement préjudice aux intérêts de l'un des partenaires, mais encore qu'il ne saurait être mis brutalement à la relation que les partenaires ont nouée, parfois depuis fort longtemps, et sur la stabilité de laquelle ils ont tablé (...).

¹⁰⁵⁶ V. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. Catherine Thibierge, LGDJ, 2002, n° 251. V. aussi, M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, *op. cit.*, n° 356, p. 293 et s.

¹⁰⁵⁷ A. Etienney, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. Th. Revet, LGDJ, 2008, n° 789, p. 587.

¹⁰⁵⁸ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 486, p. 400. L'auteur distingue « selon que l'opération synergique a déjà déployé ou non ses différentes séquences pour atteindre son effet utile » et pour préciser ces étapes, il propose de distinguer « selon que la période d'exploitation nécessaire à l'amortissement des investissements consentis est ou non écoulee » (*Ibidem*, n° 508, p. 421).

assume un risque économique en tant qu'entrepreneur indépendant, mais de la reconnaissance de l'existence d'une atteinte légitime au maintien du contrat pendant une durée lui permettant, selon des prévisions raisonnables, de récupérer ses investissements. Ce raisonnement peut également être appliqué à la redevance initiale payée par le franchisé pour l'entrée dans le réseau de distribution, qui constitue la contreprestation à l'utilisation du savoir-faire et à l'assistance de ce réseau. Le franchisé doit pouvoir profiter pendant une certaine durée de ces prestations de manière à compenser la redevance payée au moment de la conclusion du contrat¹⁰⁵⁹.

495. Le contrat de distribution ne peut dès lors prendre fin à n'importe quel moment. La cessation qui interviendrait avant une durée raisonnable au regard des investissements réalisés conduire à une situation de déséquilibre. En effet, une rupture qui prive le distributeur de la compensation de ses investissements peut « rompre totalement l'équilibre relatif des prestations résultant de l'exécution du contrat »¹⁰⁶⁰. Ce versant particulier de l'équilibre économique des contrats de distribution a une influence certaine sur les conséquences de leur cessation selon le moment auquel le fournisseur décide de sortir de la relation contractuelle. Comme nous le verrons, l'un des objectifs de l'instauration d'un régime de cessation de ces contrats est de protéger le distributeur contre la décision du fournisseur qui conduirait à le priver de la possibilité d'amortir les investissements spécifiques qu'il a réalisés et sur lesquels le fournisseur a eu une influence importante¹⁰⁶¹.

496. Conclusion de la Section I du Chapitre 2 du Titre 2 de la Première partie. Loin de viser une protection à outrance du distributeur, ce régime spécial doit avant tout répondre aux caractères juridiques de ces contrats qui ont une influence importante sur leur cessation. Ainsi, le rejet d'un devoir de coopération et le recouvrement du principe de la liberté de commerce et d'entreprendre du distributeur lors de leur extinction sont une conséquence des caractères identifiés. Par ailleurs, leur caractère *intuitu personae* rend ces contrats plus fragiles dans certaines situations. D'une part, du fait de la confiance réciproque et de la bonne entente qui doit régner dans ces contrats pour leur bonne exécution (*animus cooperandi*), il existe une

¹⁰⁵⁹ Rapp. Cass. com. 12 oct. 1982, n° 81-10984 : *JCP G* 1984, II, 20166, note G. Signoret. Les juges du fond avaient résolu un contrat de franchise aux torts du franchiseur. La Cour de cassation a cassé l'arrêt en ce qu'il n'a pas condamné le franchiseur au remboursement de la redevance payée par le franchisé préalablement à l'exécution du contrat de franchise.

¹⁰⁶⁰ J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 232, p. 284.

¹⁰⁶¹ *Infra* Seconde partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

hostilité de principe à son maintien forcé. D'autre part, la cession ou la transmission du contrat ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du contractant. Une approche concrète de l'*intuitu personae* devrait prévaloir pour le contrôle de cette prérogative. Enfin, l'équilibre cyclique ou périodique de ces contrats sur le plan des investissements spécifiques réalisés par le distributeur a des conséquences sur le régime de leur cessation étant donné que l'attente légitime de l'écoulement d'une certaine durée raisonnable pour l'amortissement de ces investissements doit être protégée. Ces caractères mis en évidence, il est encore nécessaire de déterminer les moyens d'introduction de ce régime spécial en droit positif.

Section 2 : Les moyens d'instauration d'un régime spécial

497. La présentation d'un régime commun de cessation des contrats de distribution précédemment réalisée et justifiée n'est utile que si celui-ci peut être concrètement mis en œuvre¹⁰⁶². L'intervention du législateur et du juge dans son rôle d'application du droit commun des contrats sont les deux voies envisageables pour introduire ce régime dans le droit positif. Pour certains auteurs, le meilleur droit des contrats spéciaux est celui qui résulte de l'application du droit commun¹⁰⁶³. Il a été avancé à cet égard que « la protection qu'apporterait un texte spécial serait probablement un leurre : les concédants, pour échapper aux foudres légales, pourraient être tentés de recourir à une forme de contrat innomé et probablement inédit, voire pourraient assumer eux-mêmes la distribution de leurs produits »¹⁰⁶⁴. Il nous semble cependant que le désavantage d'une intervention du législateur ne réside pas dans l'intervention en elle-

¹⁰⁶² V. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997. L'auteur distingue entre le droit commun des contrats qui rassemble des règles applicables à toutes les conventions et la théorie générale qui est une œuvre de science du droit prenant pour objet d'étude le contrat. En ce sens, nous étudions une théorie générale de la cessation des contrats de distribution visant l'instauration d'un droit commun spécial de la distribution.

¹⁰⁶³ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de franchise*, 2^e éd., LexisNexis, 2007, n° 37, p. 15 : « Le meilleur Droit des contrats spéciaux est celui qui est forgé par la pratique. Restons dans le droit commun ! Le contrat de franchise relève plus du Droit commun que d'un Droit spécial ». Ph. Remy, « Droit des contrats : questions positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271 : « Les contrats ont certes besoin de droit, il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de lois ».

¹⁰⁶⁴ Ph. Le Tourneau, Fasc. 1025, « Concession exclusive », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, octobre 2015, n° 10 ; F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 622 : « D'un point de vue plus systématique, il est possible de relever qu'aujourd'hui les contours du cadre juridique des réseaux de distribution intégrée ne bénéficient pas encore de toute netteté souhaitable. Une intervention législative ne pourrait que fixer une image un peu floue : la qualité de la loi en pâtirait sans doute. Si demain, après un dialogue fructueux entre la doctrine, la pratique et la jurisprudence, le droit de la distribution atteignait à la précision souhaitable, quel besoin y aurait-il alors d'une loi en la matière ? En somme, légiférer aujourd'hui serait prématuré ; légiférer demain sera superflu ».

même mais dans la méthode utilisée et le contenu des règles. Si un régime détaillé ou une approche protectrice générale sont inopportuns, en revanche, un texte spécial a l'avantage d'assurer une meilleure prévisibilité et sécurité juridique en faveur des parties aux contrats de distribution. En outre, si l'affirmation de M. Le Tourneau a une part de vérité, il n'en reste pas moins que d'importantes difficultés relatives aux aspects de la cessation du contrat rendent nécessaire l'introduction de quelques règles légales. En effet, force est de constater que les critiques liées à l'existence d'un régime inégalitaire et inadapté mises en évidence dans le premier titre de ce travail ne peuvent être corrigées par la voie jurisprudentielle. Une intervention législative est donc nécessaire lorsque le droit commun est inapte à protéger les intérêts des parties au contrat de distribution ou lorsqu'un aspect spécifique du contrat de distribution mérite une règle spécifique qui sort du cadre du droit commun. Cela donnerait lieu à un régime légal spécial des contrats de distribution (§1). Le choix de cette solution nous conduit à l'analyse du contenu de ce régime (§2).

§1. Le recours au législateur

498. La sollicitation du législateur peut sembler une voie facile voire peu pertinente par opposition à une application adaptée des règles du droit commun des contrats par la jurisprudence. Pour contester cette affirmation, il est nécessaire, d'abord, de justifier pourquoi la voie législative s'avère la seule solution possible d'instauration de ce régime spécial (A). Ensuite, ainsi qu'il a été justement observé, « toutes les règles de droit des contrats sont inspirées par des choix politiques, que ce soit la protection de la partie faible, le libre jeu du marché et des contractants, l'égalisation de la concurrence, etc. »¹⁰⁶⁵. Le recours au législateur impliquant nécessairement un choix politique compte tenu des objectifs poursuivis, il est nécessaire de déterminer les critères ou principes directeurs de son intervention (B).

A. La nécessité d'un droit spécial

499. La théorie ne pouvant être détachée de la réalité, il convient de déterminer le meilleur moyen pratique d'introduire un régime commun qui gouverne la cessation des contrats de distribution en droit colombien. Le droit commun des contrats a vocation à régir tous les

¹⁰⁶⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd. PUF, 2016, p. 132.

contrats à défaut de règle spéciale applicable¹⁰⁶⁶. Il est malléable en ce sens qu'il est en principe apte à appréhender des contrats de nature très différente et à s'adapter à leurs particularités. Si en raison de ces vertus il peut pallier la plupart du temps l'absence de règles spéciales pour chaque type de contrat, cette fonction ne peut toujours être accomplie de manière satisfaisante. Il n'est pas étonnant alors que dans certains pays il existe des législations spécialisées¹⁰⁶⁷ ou des règles éparses ayant pour objet l'encadrement de certains aspects des contrats de distribution¹⁰⁶⁸. Sans doute, un droit spécial est plus adapté pour la catégorie particulière du contrat sur lequel il porte. Nous proposons l'introduction d'un droit spécial parce que l'application du droit commun des contrats en Colombie est inapte, à certains égards, à accorder un traitement adapté aux contrats de distribution (1). En outre, le rôle de la jurisprudence dans le cadre de sa fonction créatrice de droit ne saurait remédier à toutes les insuffisances du droit commun des contrats (2).

1. L'insuffisance des mécanismes du droit commun des contrats

500. Portalis affirmait que « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »¹⁰⁶⁹. Il ajoutait ensuite qu'il appartient au juge de mettre les principes fixés par le législateur « en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées »¹⁰⁷⁰. Malgré les vertus certaines du droit commun des contrats, l'analyse réalisée dans le premier titre de ce travail nous a permis de constater l'inaptitude de celui-ci à appréhender toutes les spécificités de la cessation des contrats de distribution¹⁰⁷¹. En effet, s'agissant de certains éléments spécifiques à la cessation

¹⁰⁶⁶ V. en droit français, N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse, Panthéon-Assas, 2014, n° 51 et s. Pour l'auteur, le domaine d'application indéfini du droit commun commande sa vocation subsidiaire.

¹⁰⁶⁷ Par ex. : le droit belge prévoit des règles spéciales relatives au contrat de concession commerciale depuis la loi du 27 juillet 1961 (modifiée en 1971, depuis le 31 mai 2014 intégrée dans le Livre X du Code de droit économique) ; loi italienne 129 du 6 mai 2004 relative à la discipline de l'affiliation commerciale ; Code civil et commercial argentin, entré en vigueur en 2015, qui consacre des chapitres relatifs aux contrats d'agence commerciale (art. 1479 et s.), à la concession commerciale (art. 1502 et s.) et à la franchise (art. 1512 et s.).

¹⁰⁶⁸ Par ex., en droit français, l'article L. 330-3 C. com. fr., anciennement art 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, dite « loi Doubin », qui instaure une obligation d'information précontractuelle, évoque le « *contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties* ». De même, les articles L. 341-1 et L. 341-2 C. com. fr. (modifié par la loi n° 550-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron »), visant les accords au sein d'un réseau.

¹⁰⁶⁹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁷¹ V. Chapitre 2 du Titre I de la Première partie.

de ces contrats, le droit commun des contrats demeure silencieux ou son application conduit à des réponses insatisfaisantes. Il en va ainsi de la question de la protection contre une brusque rupture, des stocks invendus à la fin du contrat ou encore de l'indemnité de clientèle. Dans tous ces cas, le silence du législateur favorise dans une certaine mesure les intérêts du fournisseur car celui-ci invoque l'application des règles de droit commun pour faire prévaloir le préavis de cessation convenu devenu court en raison de la durée effective du contrat, l'absence d'obligation de reprise des stocks ou l'absence d'indemnité conventionnelle de clientèle.

501. Outre ces lacunes consubstantielles au droit commun, il importe de relever également l'absence de mécanismes en droit colombien destinés à préserver un certain équilibre dans les rapports contractuels entre professionnels. À cet égard, il est aujourd'hui communément admis que l'accord libre de volontés ne conduit pas nécessairement à l'équilibre du contrat. En effet, le Code civil colombien n'établit pas l'équilibre objectif des droits et obligations des parties comme une condition de leur validité. Lorsque la loi établit des mécanismes qui permettent de préserver l'équilibre de ces relations, un droit commun spécial visant ce même objectif n'est pas indispensable. Certes, il n'existe pas un déséquilibre structurel entre les parties au contrat de distribution ; toutefois, il est indéniable que le fournisseur se trouve fréquemment dans une position de force vis-à-vis du distributeur¹⁰⁷². Les contrats de distribution sont généralement des contrats d'adhésion et de dépendance¹⁰⁷³. Des inégalités peuvent exister, qui doivent être prises en compte lors de la formation, l'exécution et la cessation du contrat. Le droit commun ne consacre pas de mécanismes efficaces qui permettent de faire face aux situations de déséquilibre dans les contrats de distribution. Certes, en droit colombien, la notion de clause abusive a été introduite en 1994¹⁰⁷⁴ par voie prétorienne sans restreindre son application aux

¹⁰⁷² La doctrine italienne fait référence à « *Il terzo contratto* » relativement aux contrats conclus entre commerçants dans lesquels l'un d'eux se trouve dans une position de domination. V. G. Gitti et G. Villa (sous dir.), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, 349 p. En droit français, v. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance ; essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986 ; F. De Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2007, 534 p.

¹⁰⁷³ F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 2015, p. 215 et s. L'auteur distingue entre les contrats d'adhésion, qui sont les contrats de consommation préédigés par des contractants en position d'oligopole, et les contrats de dépendance, qui sont les contrats de production et de distribution qui placent l'une des parties dans la dépendance économique de l'autre. En réalité, les contrats de distribution sont également des contrats d'adhésion. Les clauses contractuelles et les engagements d'exclusivité ou quasi-exclusivité font naître une dépendance du distributeur à l'égard du fournisseur.

¹⁰⁷⁴ La Cour de cassation colombienne indique qu'une clause abusive est caractérisée lorsque, cumulativement : a) elle n'a pas été négociée individuellement, b) elle porte atteinte à l'exigence de bonne foi et c) elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La définition donnée

relations entre consommateurs ; toutefois, le bilan du contrôle des clauses des contrats conclus entre professionnels par les juges est très maigre¹⁰⁷⁵. Même si la Cour de cassation ne l'a pas affirmé expressément, il semble qu'elle ne se permet de réaliser ce contrôle que dans le cadre des contrats portant sur des produits financiers ou d'assurances. En tout état de cause, aucun de ses arrêts ne porte à ce jour un exemple de ce contrôle en matière de droit de la distribution. De ce fait, à défaut de mécanisme permettant de résoudre les déséquilibres importants qui peuvent exister à l'égard des clauses relatives à la cessation du contrat, une intervention du législateur est nécessaire.

502. Certes, un appel pourrait être adressée à la jurisprudence pour combler l'absence de règles légales. En guise d'illustration, avant la réforme de droit des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la jurisprudence française s'était servie de dispositifs classiques du droit commun des contrats pour établir une police des clauses dans les relations contractuelles entre professionnels. Cette fonction prétorienne créatrice n'a bien évidemment pas été exempte de critiques. Un auteur constatait ainsi un contrôle des clauses déséquilibrées au prix d'« artifices laborieux »¹⁰⁷⁶, faisant référence au recours du juge à la notion de cause et de devoir de bonne foi¹⁰⁷⁷. Cependant, force est de constater qu'en droit colombien, la jurisprudence ne montre pas d'inclination particulière à la création prétorienne. En tout état de cause, elle a un domaine de compétences limité.

par la Cour de cassation n'impose pas que le contrat soit d'adhésion ou que la clause n'ait pas pu être négociée, mais simplement que la clause n'ait pas été l'objet d'une négociation individuelle. Cette définition permettrait en principe le contrôle *a posteriori* des clauses relatives à la cessation du contrat non-négociées qui entraînent un déséquilibre significatif (CSJ, chambre civile, 19 oct. 1994, M.R. : Carlos Esteban Jaramillo, n° 3972). Observons que cette définition s'est inspirée de celle de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui indique dans son article 3-1, qu' : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». V. égal. : CSJ, chambre civile, 2 févr. 2002, M.R. : Carlos Ignacio Jaramillo, n° 5670 et 13 déc. 2002, n° 6462 ; CSJ, chambre civile, 14 déc. 2011, M.R. Jaime Arrubla Paucar, n° 1100131030142001-01489-01.

¹⁰⁷⁵ V. C. Posada, « Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 29, juill.-déc., 2015, p. 141 et s.

¹⁰⁷⁶ Ph. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français* (C. Prieto sous dir.), PUAM, 2003, p. 274.

¹⁰⁷⁷ À cet égard, V. D. Mazeaud, « La protection par le droit commun » in *Les clauses abusives entre professionnels* (Ch. Jamin et D. Mazeaud sous dir.), Economica, 1998, p. 33.

2. Le rôle limité de la jurisprudence

503. La jurisprudence joue un rôle important dans l'application et l'interprétation de la loi et, en matière contractuelle, dans l'application du droit commun des contrats. Il est certain qu'elle accomplit également une fonction créatrice du droit¹⁰⁷⁸. En effet, la Cour de cassation colombienne a procédé à des créations prétoriennes importantes, surtout à une certaine époque¹⁰⁷⁹. L'activité prétorienne permet non seulement d'adapter les règles du droit commun des contrats aux particularités de divers types de contrat, mais surtout de compléter et de combler les lacunes du droit commun des contrats à l'égard de ces contrats. Toutefois, ce pouvoir du juge n'est pas dépourvu de limites : d'une part, même s'il réalise une activité créatrice, le juge ne peut déborder les frontières de ses fonctions¹⁰⁸⁰ ; d'autre part, certains choix politiques ou décisions en matière contractuelle incombent au seul législateur. Il en va ainsi de l'encadrement juridique d'un contrat innommé ou de la protection d'une partie dans un contrat particulier (p. ex., consommateur, locataire, etc.). La jurisprudence ne peut alors faire office de législateur, sous peine d'un reproche d'illégitimité. Elle ne pourrait ainsi introduire certaines règles de droit comme, par exemple, le délai de préavis de cessation exigible lorsque le contrat a eu une durée d'un an.

504. Concernant les limites de la fonction judiciaire, un exemple peut être trouvé en droit colombien dans la règle qui prévoit le versement d'une indemnité de clientèle à l'agent commercial, dont la formule de calcul conduit à faire peser une charge économique très

¹⁰⁷⁸ Sur le pouvoir créateur de la jurisprudence, v. en droit colombien, D. López Medina, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 2004. En droit français, v. P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge, Archives Phil. dr.*, t. 50, 2007, p. 49 et s ; B. Oppetit, « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65 et s. L'auteur distingue trois manifestations de ce droit jurisprudentiel : l'interprétation extensive de la loi ; la participation indirecte à l'élaboration de la loi ; le dépassement de la loi et la mise en œuvre de normes supérieures.

¹⁰⁷⁹ La Cour de cassation colombienne, dans les années trente (surnommée « la Cour d'or »), s'est caractérisée par d'importantes créations prétoriennes, telles que l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la fraude à la loi et la théorie de l'imprévision. Certaines ont trouvé leur inspiration dans la jurisprudence française. V. J. Padilla, N. Rueda et M. Zafra, « Labor creadora de la jurisprudencia de la Corte de Oro. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas », *Revista de derecho privado*, n° 26, 2014, Universidad Externado de Colombia, p. 105 et s. D. López Medina, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 2004, p. 311 et s.

¹⁰⁸⁰ Const. pol. col., art. 230 : « Les juges, dans leurs décisions, ne sont soumis qu'à l'autorité de la loi. L'équité, la jurisprudence, les principes généraux du droit et la doctrine sont des critères auxiliaires de l'activité judiciaire ».

onéreuse dans la mesure où elle tient compte de la durée de l'exécution du contrat¹⁰⁸¹. À cet égard, l'une des raisons invoquées qui a conduit la Cour de cassation colombienne au revirement qui lui a permis de lever le caractère d'ordre public de l'indemnité de clientèle a été le déclin, en pratique, du contrat d'agence commerciale¹⁰⁸². En effet, avant ce revirement, l'impossibilité d'exclure ou de réduire une charge très coûteuse avait dissuadé les entreprises d'avoir recours au contrat d'agence commerciale¹⁰⁸³. L'indemnité de fin de contrat « a été la cause d'un considérable nombre de litiges, mais avant tout de l'alanguissement de la figure [de l'agence commerciale] et de la présence d'un plus petit nombre de sociétés étrangères en Colombie »¹⁰⁸⁴. En l'absence d'intervention législative, la solution résidait dans un revirement de jurisprudence supprimant le caractère d'ordre public de cette règle, lequel est finalement intervenu avec l'arrêt du 19 octobre 2011¹⁰⁸⁵. Cette solution, qui a levé cette mesure de protection en faveur de l'agent commercial, révèle cependant aussi les limites de la jurisprudence. En effet, pour faire face à cette situation propre au contrat d'agence commerciale, le juge n'a pu faire office de législateur en vue de changer les conditions d'admission ou la formule de calcul de l'indemnité de clientèle afin d'en diminuer le coût. S'agissant de l'extension de l'indemnité de clientèle aux concessionnaires et franchisés, si dans certains pays la jurisprudence est intervenue par une application par analogie de l'indemnité de

¹⁰⁸¹ Pour rappel, l'article 1324, al. 1^{er}, C. com. col. impose à la charge du mandant le paiement d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure à trois années.

¹⁰⁸² Certains auteurs ont salué la décision de la Cour de cassation : v. N. Martínez Neira, « Su majestad : la autonomía de la voluntad », *Ámbito jurídico*, 17 nov. 2011. A. Zapata, « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ámbito jurídico*, 17 janv. 2012.

¹⁰⁸³ E. Gutiérrez Gaviria, « El contrato de agencia mercantil », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 12 : « Al permitir ésta una clara pero incorrecta separación entre agencia y suministro ha propiciado que en la práctica, para no pagar tales prestaciones irrenunciables, las personas celebren contratos de suministro - distribución - encargo, en lugar de contratos de agencia comercial; ese es el efecto mayor de la doctrina de la Corte, tan obvio como nefasto, porque significa que si estos criterios no son rectificadas, tendremos que asistir a la muerte real y definitiva de la agencia comercial, aunque siga con una vida teórica en el Código, y a la frustración de los propósitos muy claros del legislador, en el sentido de amparar al distribuidor con una protección legal adicional, para que la riqueza inmaterial que éste crea con su labor, consistente en una clientela, en un prestigio, en un crédito para ciertas marcas y productos, no pase al empresario, al terminar el contrato de agencia, sin una retribución justa y adecuada ».

¹⁰⁸⁴ N. Martínez Neira et J.C. Restrepo « Agencia comercial : una renovada visión de la corte », *Ámbito jurídico*, n° 19, 6 juin 2005, p. 7B. V. égal. J. Moya Suárez, « Agencia internacional : armonización de los regímenes nacionales como condición para la competencia », *op. cit.* p. 157.

¹⁰⁸⁵ CSJ, chamber civile, 19 oct. 2011, M.R. : William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.

clientèle à ces distributeurs¹⁰⁸⁶, il n'en reste pas moins que semble plus opportune une prise de position du législateur sur ce point.

505. Pour autant, il n'est pas correct de dire que l'activité prétorienne n'intéresse pas notre domaine. Bien au contraire, puisque nous proposons une intervention *a minima* du législateur, le rôle de la jurisprudence reste fondamental. En effet, les mécanismes de droit commun sont de nature à permettre un contrôle des comportements des parties lors de la cessation du contrat de distribution. Il en va ainsi de l'abus du droit ou du devoir de loyauté¹⁰⁸⁷. Par ailleurs, force est de constater qu'il existe des aspects relatifs à la cessation des contrats de distribution par rapport auxquels une solution prétorienne est plus appropriée dans la mesure où, à différence d'une règle de droit trop rigide, elle peut prendre en considération les spécificités du cas d'espèce. Cela étant, le régime légal proposé doit contenir des règles relatives aux aspects les plus problématiques des contrats de distribution à l'égard desquels une solution par la voie jurisprudentielle n'est pas possible ou opportune. Ce régime légal doit cependant être guidé par certains principes directeurs.

B. Les principes directeurs du régime légal

506. L'instauration d'un régime spécial ne peut se passer de la reconnaissance de certains critères directeurs que toute proposition de régime contractuel spécifique présuppose. Comme il l'a été justement observé, le juriste « ne doit jamais se détacher d'une approche – et donc de débats – très techniques, pour qu'il participe sans cesse à la construction d'un système cohérent mais sans ne jamais perdre de vue, dans le même temps, que ces constructions techniques ne sont souvent que les moyens de satisfaire des besoins pratiques et de faire pénétrer dans le droit

¹⁰⁸⁶ En droit suisse, v. V. K. Mirfakhraei, *Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive*, Université de Genève, Schulthess, 2014, n° 635 et s. ; J. Burda, « Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, 2009, p. 455 et s. En droit espagnol, v. *Tribunal Supremo español*, 1392/2008 du 15 janvier 2008 (STS 15-01-2008). En droit allemand, v. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002, p. 576 et s. En droit français, la Cour de cassation, après avoir reconnu, dans un arrêt du 7 octobre 2007, une compensation fondée sur l'enrichissement sans juste cause à un franchisé lié par une clause de non-concurrence post-contractuelle (Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14118), est ensuite revenu sur cette solution « aux motifs que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties » (Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-21978 : CCC 2013, n° 6, obs. N. Mathey ; *JCP E* 2013, 1200, obs. D. Mainguy ; *D.* 2012, p. 2862, note. N. Dissaux.).

¹⁰⁸⁷ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 89.

un idéal de vie (politique entre autres) – avec le risque, on l’a dit, que ce soit son propre idéal »¹⁰⁸⁸. La technique sous-tend l’analyse des principes qui sont en jeu et les conséquences de ces choix politiques. En matière contractuelle, une prise en compte de valeurs et principes est nécessaire ; notamment la liberté contractuelle, la responsabilité, l’idée de justice, l’équilibre contractuel, la sécurité juridique, l’efficacité économique et le rôle que doit jouer le juge¹⁰⁸⁹. À cet égard, une approche qui ne prendrait en considération qu’une finalité d’efficacité économique du contrat ne peut être suivie (1). Au lieu d’une approche unique, il importe de réaliser une pondération des principes directeurs du droit des contrats. Précisément, il nous semble qu’un régime commun de cessation des contrats de distribution doit avoir comme point de départ la liberté contractuelle des parties. Ce postulat n’est pas incompatible avec une certaine idée d’équilibre dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs (2).

1. Le refus d’une approche exclusive en termes d’efficacité économique

507. L’efficacité économique est l’une des idéologies qui peut fonder le droit des contrats¹⁰⁹⁰ et l’un des critères dits d’attractivité du droit d’un pays¹⁰⁹¹. Elle va de pair avec le développement du courant néo-libéral. En droit colombien, il a été constaté un contraste entre l’approche protectrice du législateur à l’égard de l’agence commerciale et une tendance de la jurisprudence à désactiver cette protection¹⁰⁹². La jurisprudence colombienne en matière de distribution apparaît en effet souvent favorable à un libéralisme exacerbé pour des raisons d’intégration de l’économie colombienne dans l’économie globalisée (a). Même si l’efficacité économique doit être prise en compte, la recherche à outrance de celle-ci ne nous semble

¹⁰⁸⁸ Th. Genicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales Association Henri Capitant, T. XVI, 2012, Dalloz, p. 130.

¹⁰⁸⁹ Par ex., à cet égard, v. le « Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » (JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

¹⁰⁹⁰ Th. Genicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? », *op. cit.*, p. 101. V. égal. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd. PUF, 2016, p. 132 ; M. Mekki, « Les doctrines sur l’efficacité du contrat en période de crise », *RDC*, 2010, 383 et s.

¹⁰⁹¹ V, par exemple, en droit français la réforme du droit des contrats par l’ordonnance n° 2016-131, qui a suscité la question de l’attractivité du droit français sur le plan international. V. L. Usunier, « L’attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d’une chimère », *RTD civ.*, 2017 p. 343 ; N. Rontchevsky, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, p. 112.

¹⁰⁹² *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, 2.

cependant pas être une voie opportune à emprunter pour l'instauration d'un régime légal de cessation des contrats de distribution (b).

a. La primauté possible d'une approche fondée sur l'efficacité économique

508. L'absence de toute intervention du législateur peut être défendue à la fois d'un point de vue ultra-libéral et d'un point de vue visant l'efficacité économique du droit des contrats. Selon la première approche, toute intervention extérieure aux parties au contrat (celle du juge ou du législateur) doit être évitée, car celui-ci est avant tout la chose des parties. L'argument de la sécurité juridique est également avancé pour donner libre cours absolu à la volonté des parties¹⁰⁹³. La même idée peut être soutenue sous l'angle de l'efficacité économique¹⁰⁹⁴. En effet, selon cette approche, les règles qui visent la protection de l'une des parties au contrat augmenteraient les coûts de transaction et, sur le plan du commerce transfrontalier, constitueraient une entrave à la libre concurrence¹⁰⁹⁵. En outre, ces mécanismes diminueraient l'attractivité du droit national. Les contrats de distribution sont particulièrement concernés par ces discussions, leur régime étant certainement étudié par les entreprises étrangères qui veulent introduire leurs produits sur le marché colombien.

509. Pour sortir cette question d'une approche uniquement théorique, il est utile de revenir sur le revirement précité opéré par la Cour de cassation colombienne en 2011, qui a levé le caractère d'ordre public de l'indemnité de clientèle attribuée à l'agent commercial¹⁰⁹⁶. D'une part, notons que cet arrêt a été approuvé par les plus libéraux. Un auteur a ainsi salué la décision de la Cour de cassation colombienne de privilégier l'autonomie de la volonté à une époque où « l'interventionnisme de l'État est étouffant et les courants *iuspublicistes* portent atteinte aux droits des particuliers et à l'initiative privée au nom de l'État social de droit »¹⁰⁹⁷. D'autre part, en ce qui concerne le contexte dans lequel ce revirement a été opéré, observons qu'en 2011 les

¹⁰⁹³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁹⁴ Sur ce sujet, v. S. Bollée, Y.-M. Laitier et C. Pérès (sous dir.), *L'efficacité économique en droit, Economica*, coll. « Études juridiques », 2010.

¹⁰⁹⁵ M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p. 132 : « L'Union européenne est souvent moins œcuménique. Ayant du mal à oublier qu'elle était originellement une Union purement économique, ses institutions ne raisonnent que dans une perspective purement marchande et économique, où toute réglementation du droit des contrats et surtout toute protection de la partie faible sont perçues comme une entrave à la libre circulation et à la libre concurrence ».

¹⁰⁹⁶ CSJ, chambre civile, 19 oct. 2011, M.R. : William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01. V. *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 2.

¹⁰⁹⁷ N. Martínez Neira, « Su majestad : la autonomía de la voluntad », *Ambito jurídico*, 17 nov. 2011.

magistrats de la Cour suprême étaient face à un contexte économique et politique mondial qui faisait contrepoids à l'approche protectrice de l'agent commercial adoptée par le Code de commerce de 1971¹⁰⁹⁸.

510. Notons que la doctrine française a identifié « un reflux sensible du traditionnel ordre public économique de direction au bénéfice d'un ordre public économique d'esprit néo-libéral dans lequel le bon fonctionnement du "marché" devient la finalité première de l'encadrement législatif des libertés économiques au profit de l'intérêt général »¹⁰⁹⁹. Le revirement de la Cour de cassation colombienne pourrait bien exprimer cet ajustement dans la pondération des intérêts en jeu¹¹⁰⁰ à l'époque où elle a statué, ayant pour résultat un infléchissement du contenu de la notion d'ordre public¹¹⁰¹. À ce propos, le processus de libéralisation de l'économie

¹⁰⁹⁸ La Cour de cassation colombienne, dans un arrêt de décembre 1980 qui a affirmé le caractère d'ordre public de l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial, a pu facilement fonder sa décision sur l'approche protectrice adoptée par le Code de commerce de 1971. V. *supra* Première partie, Titre I, Chapitre 1.

¹⁰⁹⁹ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2172, p. 872. V. égal. Y. Lequette, « Ouverture », *Colloque sur les mutations de l'ordre public contractuel*, RDC, 2012, p. 262 : « C'est ainsi qu'aux trois piliers de l'ordre public classique est venu s'adjoindre à la Libération, à une époque où l'on pensait que tout allait devenir droit public, un quatrième pilier de nature économique, avec sa double dimension bien connue de direction et de protection, lequel a lui-même subi un glissement d'un ordre public socialisant vers un ordre public néo-libéral ». *Adde* : H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. I. 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 14, p. 112 : « Longtemps socialisant et n'hésitant pas en conséquence à aménager autoritairement le contenu de certains contrats, afin d'orienter l'activité contractuelle dans un sens jugé favorable à l'économie ou de protéger la partie faible, cet ordre public est devenu d'inspiration néo-libérale ».

¹¹⁰⁰ L'ordre public est « un standard qui, comme tel, est suffisamment malléable pour permettre une pesée des intérêts en présence. Il sert à fixer, à la manière d'un curseur, la marge de la liberté lésée aux parties au gré des époques et des situations » (O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 46).

¹¹⁰¹ Rappr. CSJ, chambre civile, 24 juin 2016, M.R. : Ariel Salazar Ramírez, n° SC8453-2016. La discussion portait sur l'article 1328 C. com. col., selon lequel « À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont assujettis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ». En l'espèce, la Cour a examiné un contrat d'agence commerciale (*agency agreement*) conclu entre une entreprise américaine et un agent commercial colombien, dans lequel les parties avaient stipulé une clause compromissoire qui prescrivait l'application des règles de la Chambre de commerce internationale et établissait le siège arbitral à Houston aux États-Unis. D'abord, la Cour de cassation a admis la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Selon elle, le premier comprend des règles au contenu politique, économique ou social, qui consacrent les principes fondamentaux des institutions et de la structure de l'État et de la communauté ; le second comprend les règles établies par le législateur afin de protéger un groupe déterminé, mais il ne représente pas les valeurs ou les principes fondamentaux de l'État. Ensuite, la Cour a indiqué que l'article 1328 C. com. col. est une règle d'ordre public de protection interne, car elle a été créée « dans un contexte historique et économique, dans lequel le législateur a considéré nécessaire d'accorder une protection au groupe des agents nationaux ». Enfin, la Cour a affirmé que les règles impératives d'ordre interne ne font pas nécessairement partie de l'ordre public international et que les règles qui intègrent l'ordre public de direction sont les seules qui intéressent le concept d'ordre public international. Elle en a finalement déduit que l'article 1328 C. com. col. ne fait pas partie de l'ordre public international.

colombienne depuis les années quatre-vingt-dix, le fort développement du commerce transfrontalier, les doctrines économiques et politiques prônant la suppression de toutes les entraves aux échanges internationaux ainsi que l'importance des traités de libre-échange conclus avec des puissances économiques mondiales, ont mis sur la scène un aspect de l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial qui était au second plan à l'époque de la promulgation du Code de commerce en 1971 : les règles de protection de l'agent commercial constituent une entrave à l'établissement de relations commerciales avec d'autres pays¹¹⁰². Il en est ainsi parce que l'attribution d'une indemnité de clientèle de fin de contrat augmente les coûts de distribution des produits et, en ce sens, représente un obstacle aux investissements des entreprises étrangères¹¹⁰³. En effet, les mesures de protection en faveur des distributeurs augmentent les coûts d'établissement d'une entreprise étrangère sur un marché.

511. Une autre illustration de la possible primauté des considérations économiques à propos également de l'indemnité de clientèle peut être trouvée dans la doctrine française. M. Virassamy indique ainsi dans son manuel de droit de la distribution avoir « préconisé qu'un droit à indemnité soit consacré au profit du distributeur, au motif que ce dernier, lié par un contrat de dépendance, avait participé à l'animation et au développement de l'activité de son fournisseur au service duquel il s'était entièrement mis, si bien qu'il leur semblait normal qu'à l'issue des relations contractuelles, compte lui en fût tenu »¹¹⁰⁴. Il ajoute que « si le versement d'une indemnité au distributeur peut dans ces circonstances paraître juste ou équitable, la vraie

¹¹⁰² V. J.J. Angulo Martínez, « La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia: barrera para el comercio transfronterizo », in *Estudios de derecho privado, Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, T. I. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 23 ; A.L. López Álvarez, « El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos », *revista E-mercatoria*, v. 10, n° 1, 2011, Universidad Externado de Colombia, p. 43-47 ; A.M. Torres Jiménez, « Inexistencia de la agencia mercantil en la comercialización de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones entregados en concesión por el Estado », *Revista de derecho privado*, n° 43, 2010, Universidad de los Andes, Bogotá, p. 15 ; J. Moya Suárez, « Agencia internacional : armonización de los regímenes nacionales como condición para la competencia », in *Derecho internacional de los negocios, Alcances, Homenaje a Fernando Hinestroza 1963-2003* (A. Zapata sous dir.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 131 et s.

¹¹⁰³ Certains auteurs mettent en avant l'augmentation des coûts de transaction à cause des mesures de protection en faveur de l'agent commercial, v. J. Moya Suárez, « Agencia internacional : armonización de los regímenes nacionales como condición para la competencia », *op. cit.*, p. 144. Les coûts de transaction sont « l'ensemble de coûts que doivent supporter les acteurs économiques lorsqu'ils souhaitent échanger un bien ou un service (recherche du partenaire de l'échange, recherche d'information sur le prix et la qualité, négociation du contrat, etc.) ». (J.-Y. Capul et O. Garnier, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2015, p. 641).

¹¹⁰⁴ M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, *op. cit.*, n° 571, p. 285. M. Virassamy a développé cette idée dans sa thèse de doctorat : *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986.

question est de savoir si le paiement d'une telle indemnité serait opportun et viable pour l'entreprise concédant, dans les conditions actuelles de concurrence. En effet, l'ouverture du marché dans l'Union européenne et le phénomène de mondialisation de l'économie invitent aujourd'hui à se montrer prudent dans ce domaine, car la France serait pratiquement le seul pays notamment de l'Union européenne à accorder une telle faveur aux distributeurs. Dès lors, sauf à infliger aux fournisseurs français un désavantage par rapport à la concurrence extérieure, toute indemnisation, autre que celle venant sanctionner un comportement abusif du fournisseur, nous paraît devoir être écartée ainsi que le fait actuellement le droit français »¹¹⁰⁵.

512. Cependant, on peut considérer que lorsque l'idée de supprimer ou de s'abstenir de fixer une règle visant une protection du distributeur se fonde sur l'objectif de rendre plus attractif le marché national aux investisseurs ou de faciliter l'intégration de l'économie nationale sur le plan international par la signature de traités de libre-échange, les arguments juridiques ne sont plus pertinents parce que la discussion se situe sur deux plans différents¹¹⁰⁶. En d'autres termes, la primauté donnée à un objectif de nature plus économique que juridique, en ce sens qu'il tend à assurer une meilleure efficacité économique ainsi que la diminution des coûts de transaction, conduit à condamner toute intervention du législateur ou du juge, en évinçant les arguments purement juridiques. Pour cette raison, il nous semble que l'étude d'un régime prospectif relatif à la cessation des contrats de distribution ne peut être conduit sur le seul plan de l'efficacité économique.

b. L'appréciation critique

513. Un régime de cessation des contrats de distribution ne saurait se fonder sur de seules considérations d'efficacité économique ou sur toute autre approche exclusive (p. ex., individualiste, solidariste). Ainsi, une approche de protection à outrance de l'une des parties au contrat ou celle d'une dérégulation accompagnée d'une confiance aveugle dans les forces du marché ne sauraient être admises. En effet, l'idée selon laquelle seule l'adoption de l'une de ces doctrines permettrait plus certainement de dégager des solutions cohérentes sur le plan d'un régime en matière contractuelle ne saurait être retenue. La doctrine française a démontré que non seulement des doctrines opposées peuvent parvenir aux mêmes solutions, mais encore que

¹¹⁰⁵ M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, op. cit., n° 571, p. 285.

¹¹⁰⁶ Il en va de même, par exemple, d'une décision de diminuer les droits des salariés (salaires, prestations de la sécurité sociale) pour favoriser l'implantation d'industries étrangères dans un pays.

le droit des contrats résulte de plusieurs approches différentes, même si l'une d'elles peut prévaloir à l'égard d'un aspect particulier du contrat¹¹⁰⁷. La réforme du droit des contrats en droit français en constitue un bon exemple¹¹⁰⁸.

514. En toute état de cause, pour établir les règles d'un régime commun de cessation des contrats de distribution, il est nécessaire de confronter les choix politiques à la spécificité de l'opération économique sur laquelle portent les contrats. En d'autres termes, indépendamment du choix politique qui sous-tend les règles de droit, il importe d'avoir toujours en vue leurs caractères juridiques. En guise d'illustration, rappelons que l'existence d'intérêts opposés des parties concernant la cessation du contrat impose le refus d'un devoir de coopération se traduisant par une aide à la reconversion du distributeur¹¹⁰⁹. De même, malgré l'approche protectrice adoptée par le Code de commerce à l'égard de l'agent commercial, l'article 1325 C. com. col. permet la résolution unilatérale du contrat par le fournisseur en cas d'inexécution grave. Plutôt qu'une contradiction entre cette approche et cette règle, ce choix obéit probablement à l'importance de permettre aux parties de sortir du contrat immédiatement en cas d'inexécution de leur cocontractant, afin qu'elles trouvent une solution de rechange en évitant une situation d'incertitude néfaste pour la vie de leurs entreprises. Plus généralement, nous pouvons affirmer que l'élaboration d'un régime légal requiert toujours de choisir parmi les solutions à un problème donné celle qui est préférable selon les objectifs poursuivis, sans que l'adoption d'un seul choix politique soit inéluctable pour tous les problèmes à traiter. En d'autres termes, s'il est possible de privilégier l'une des solutions proposée par l'une des doctrines qui sous-tend le droit des contrats à l'égard d'un aspect particulier des contrats de distribution, aucune d'elles ne saurait être choisie exclusivement pour fonder tout le régime. Une considération générale de celles-ci est nécessaire : il s'agit donc de pondération et non

¹¹⁰⁷ V. M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC*, 2010, 383 et s., spéc. n° 22.

¹¹⁰⁸ Rappr. en droit français, d'après le *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix) ». En même temps, elle consacre un nombre important de standards juridiques qui entraînent une invention accrue du juge (par ex. délai raisonnable, le coût raisonnable, l'excès manifeste, le déséquilibre significatif) ainsi que des mécanismes visant la préservation de l'équilibre du contrat (notamment, les art. 1170, 1171 et 1195, C. civ. fr.).

¹¹⁰⁹ *Supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, A.

d'exclusion. Ainsi, cette étude ne peut être conduite en termes de choix de l'une des doctrines ou idéologies qui sous-tendent le droit des contrats, mais doit passer nécessairement par leur analyse et pondération.

2. La nécessité d'une pondération de principes

515. Tout régime juridique résulte de la combinaison de choix politiques et de critères juridiques ou techniques. Puisque nous avons déjà exposé les caractères juridiques des contrats de distribution relatifs à leur cessation¹¹¹⁰, il convient à présent de traiter des critères qui sous-tendent les règles composant le régime commun des contrats de distribution envisagé. En effet, lorsque plusieurs solutions s'offrent, la balance de ces critères va permettre de procéder à un choix de l'une d'elles. Autrement dit, il s'agit de pondérer les différentes solutions envisageables à la lumière de ces critères appliqués aux contrats de distribution¹¹¹¹. Concrètement, un régime commun de cessation des contrats doit faire prévaloir la liberté des parties sans faire fi de l'aspiration légitime à la justice contractuelle, ni de la prévisibilité et de la sécurité juridique.

516. À ce propos, observons qu'à l'image du Code civil français de 1804, le code rédigé par Andrés Bello en 1855 pour le Chili et adopté en Colombie en 1873, consacre une approche volontariste du contrat selon laquelle « l'accord de volontés des parties qui recherchent à satisfaire leur intérêt suffit à assurer un juste rapport entre ce qui est donné et ce qui est reçu »¹¹¹². Il privilégie ainsi la force obligatoire du contrat lorsque le contrat est l'expression libre et éclairée de la volonté des parties. Dès lors, l'équilibre objectif des prestations n'est pas une condition de validité du contrat. Ainsi, le Code civil indique que dans les contrats commutatifs chaque partie s'engage à exécuter une prestation qui est regardée comme équivalente de ce que l'autre partie exécute pour elle¹¹¹³. Se manifeste ici la reconnaissance de

¹¹¹⁰ *Supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹¹¹¹ Par ex., le *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* indiquait que cette ordonnance a pour objectif de moderniser le droit des contrats « pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles ».

¹¹¹² O. Penin, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, étude 9, août 2017.

¹¹¹³ C. civ. col., art. 1498 : « *Le contrat onéreux est commutatif lorsque chaque partie s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce que l'autre partie doit faire ou donner pour elle à son tour ; et si l'équivalent consiste dans une contingence incertaine de gain ou perte, il est aléatoire* ».

la primauté de l'équilibre subjectif du contrat¹¹¹⁴. Ce postulat libéral peut être appliqué aux contrats de distribution. À la différence des contrats de consommation, il n'existe pas de déséquilibre structurel dans ces contrats¹¹¹⁵. La réalisation de la collaboration établie en vertu d'un contrat de distribution est souvent inégalitaire, mais pas toujours¹¹¹⁶. Un régime de cessation doit ainsi en principe privilégier la liberté des parties d'aménager les conditions relatives à la cessation du contrat de distribution. Ce régime doit partir du postulat selon lequel les contractants sont libres, égaux et raisonnables. Portalis affirmait déjà en ce sens que « Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage naturelle dans les affaires de la vie »¹¹¹⁷. Il ne serait dès lors question de partir d'une approche dirigiste qui dicte un régime pointilleux encadrant la période de cessation des contrats de distribution. Il n'est pas non plus question de viser la protection à outrance du distributeur en tant que partie faible du contrat de distribution. Un régime légal relatif à la cessation de ces contrats ne doit porter que sur les aspects qui méritent une attention particulière en raison d'un souci d'adaptation ou d'équilibre que l'application du droit commun n'est pas apte à combler.

517. Le postulat libéral doit donc être tempéré dans un souci de préservation d'un certain équilibre dans les rapports entre producteurs et distributeurs. En effet, il est aujourd'hui admis que la libre rencontre des volontés n'assure pas nécessairement l'équilibre des prestations contractuelles, y compris dans les rapports entre professionnels. De même, on ne saurait admettre que le bon fonctionnement du marché suffit à garantir un tel équilibre¹¹¹⁸. Portalis affirmait qu' « en matière civile comme en matière commerciale, il faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats »¹¹¹⁹. À cet égard, puisque des déséquilibres peuvent exister dans les contrats de distribution, un régime commun de cessation ne saurait ignorer ces

¹¹¹⁴ V. sur ce principe. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.

¹¹¹⁵ P. ex., Sent. arb., *Colombina S.A. c/ Nestlé Purina Pet Care de Colombia Ltda.*, 26 mai 2006, Chambre de commerce de Cali, Arb.: José Ricardo Caicedo, Jaime Valenzuela Cobo et Jorge Restrepo Potes. Colombina (agent commercial) et Nestlé Purina (mandant) sont toutes les deux des entreprises de renommée et d'un pouvoir économique importante.

¹¹¹⁶ Rappr. Ph. Le Tourneau, « Ouverture », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 152.

¹¹¹⁷ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX.

¹¹¹⁸ V. à l'égard du droit français, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 18 et s. : les auteurs distinguent entre un libéralisme exacerbé, un dirigisme constructeur et une voie moyenne entre ces deux courants. Th. Genicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales Association Henri Capitant, T. XVI, 2012, Dalloz, p. 101. L'auteur distingue entre un courant social, un courant libéral et un courant conservateur.

¹¹¹⁹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX.

données. De même, la loyauté et la moralisation des comportements des parties sont des ambitions légitimes du droit des contrats qui sont applicables également à la période de cessation des contrats de distribution. Certes, pour l'accomplissement de cet objectif de préservation d'un équilibre minimal et de loyauté, il serait souhaitable de renforcer les mécanismes du droit commun en droit colombien qui visent cet objectif¹¹²⁰. Cependant, cette question dépasse l'objet de notre étude. Nous nous concentrerons ici sur les aspects spécifiques aux contrats de distribution

518. En droit français, la rupture des contrats de distribution a constitué le « cheval de bataille principal des solidaristes »¹¹²¹. Ainsi, M. Mazeaud considère que le domaine d'application des idées solidaristes était celui des contrats qui répondaient à un triple critère : la durée, l'intérêt commun et la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre. L'auteur ajoute que ces critères correspondent à « une réalité contractuelle aisément identifiable, à savoir les contrats de distribution »¹¹²². Cependant, loin de partir d'une idée d'altruisme ou de fraternité dans les relations contractuelles, il semble plus réaliste de « conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent, très naturellement dans leur grande majorité, plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui »¹¹²³.

519. Enfin, la prévisibilité et la sécurité juridique ne peuvent être négligées, parce qu'une approche théorique doit être complétée par la prise en compte des besoins et intérêts légitimes des usagers du droit. À ce sujet, la sécurité juridique a été définie comme « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »¹¹²⁴. Elle peut conduire, en particulier, à préférer la fixation de règles à la consécration de standards. En somme, tous ces critères doivent être pondérés afin de choisir la solution la plus adaptée

¹¹²⁰ La réforme du droit français par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, ratifiée par la loi n° 2018-287, constitue un bon exemple de l'introduction de mécanismes dans le droit commun des contrats en vue de la préservation de l'équilibre et de la loyauté contractuels. En effet, elle a introduit plusieurs règles à ce propos, telles que l'obligation d'information précontractuelle (art. 1112-1, C. civ. fr.), l'abus de dépendance (art. 1143, C. com. col.), le respect de la substance des obligations essentielles du contrat (art. 1170, C. civ. fr.) et le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion (art. 1171, C. civ. fr.).

¹¹²¹ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2013, n° 15, p. 918.

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd. Dalloz, 2013, n° 42, p. 48.

¹¹²⁴ Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, T. 35, Defrénois, 2009, p. 62, n° 48.

pour résoudre les questions spécifiques à la cessation des contrats de distribution. Il est encore nécessaire de préciser le contenu de ce régime spécial.

§2. Les éléments du régime spécial

520. Dans les contrats de distribution qui font l'objet de notre étude, le distributeur spécialise son activité en vue de l'accomplissement d'une fonction : la diffusion stable des produits d'un fournisseur en vue de conquérir et d'exploiter un marché au profit des deux parties pendant l'exécution du contrat. Puisque les éléments qui contiennent ces contrats ne sont pas identiques, il serait possible de consacrer dans la loi les types des contrats de distribution auxquels la pratique a attribué un nom. Par exemple, concession ou franchise, selon que le contrat vise la spécialisation dans la commercialisation de certains produits ou la réitération du modèle d'affaires conçu par le fournisseur ; ou encore contrat d'agence commerciale si le distributeur agit pour le compte du fournisseur. Cependant, l'élaboration d'un régime commun de cessation selon la typologie connue des contrats de distribution nous paraît inopportune. D'une part, la diversité de la combinaison d'éléments dans ces contrats est telle que toute typologie est insuffisante. De plus, la typologie des contrats de distribution n'est pas facile à fixer, car les frontières entre eux sont pas nettes. D'autre part, plutôt que de centrer l'attention sur les types de distribution, il est préférable de mettre en évidence des éléments communs à partir de la pluralité des éléments caractérisant les opérations de distribution.

521. L'identification des prestations caractéristiques communes¹¹²⁵, fondée sur l'unité de la fonction réalisée par les contrats de distribution, accomplit un rôle de catégorisation¹¹²⁶. Il en

¹¹²⁵ Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

¹¹²⁶ V. M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 105, p. 150 ; G. Farjat, *Droit privé économique, Théorie des obligations*, PUF, 1975, p. 99 et s. Pour l'auteur, l'objet du contrat est la fonction économique du contrat. Rapp. J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1968, p. 27 et 31 et s. : « L'objet de l'obligation principale constitue l'élément juridique qui permet au contrat de remplir sa fonction économique. Exécuter cette obligation, telle que nous l'avons définie, c'est réaliser l'opération économique projetée ». L'auteur prend en considération l'objet du contrat tel que défini par MM. Ripert et Boulanger pour fonder sa classification des contrats spéciaux d'après l'opération économique envisagée. Pour MM. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II., LGDJ, 1957, p. 99, n° 241, parmi les diverses prestations du contrat, il y en a une « à propos de laquelle l'accord de volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit : mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat : c'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer ; elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat ».

va de même des caractères communs de leurs structures dégagés précédemment¹¹²⁷. Plus concrètement, la combinaison d'une approche fonctionnelle et d'une approche structurelle permet de délimiter le champ d'application d'un régime auquel une multiplicité d'opérations contractuelles de distribution peut être rattachée (A). Il convient, ensuite, de préciser le contenu de ce régime commun de cessation des contrats de distribution (B).

A. Le domaine d'application du régime

522. L'idée d'un ensemble de règles qui dépassent la typologie des contrats de distribution n'est pas nouvelle. En droit français, l'existence de règles communes a été relevée par la loi et par la doctrine¹¹²⁸. Toutefois, la doctrine cantonne généralement les règles communes aux contrats de distribution pour compte propre¹¹²⁹. Or, puisque l'activité de diffusion stable des produits d'un fournisseur constitue l'élément rassembleur de la multiplicité des contrats de distribution, les contrats de distribution pour le compte d'autrui qui visent cette finalité rentrent également dans cette catégorie. Après avoir délimité le domaine d'application du régime envisagé (A), il conviendra d'étudier les conséquences de cette délimitation (B).

1. La délimitation du domaine d'application

523. La délimitation d'un régime commun auquel sont rattachés plusieurs types contractuels de distribution n'est pas une démarche inédite. Aussi sera-t-il intéressant d'étudier la méthode utilisée à cet égard dans d'autres pays¹¹³⁰ (a). Puis, il sera question de délimiter le régime

¹¹²⁷ Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹¹²⁸ M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, p. 5, n° 7. Les auteurs distinguent une théorie générale des contrats de la distribution et un droit spécial des contrats de distribution. Concernant l'organisation de leur ouvrage, les auteurs expliquent : « C'est dire qu'il faut distinguer dans le droit de la distribution, d'une part, les règles générales susceptibles de s'appliquer au plus grand nombre de contrats de distribution et qui en forment la théorie générale, théorie qu'il conviendra de systématiser dans cet ouvrage, avant d'étudier plus précisément, dans un ouvrage ultérieur, les régimes spéciaux concernant chaque contrat de distribution ».

¹¹²⁹ V. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2018, n° 462 et s. L'auteur constate que « longtemps étudiées contrat par contrat en raison de la croyance en une spécificité propre à chaque contrat, on observe au contraire aujourd'hui un rapprochement important des règles applicables important selon qu'elles sont des règles communes aux contrats de distribution (Chapitre 1) ou des règles spécifiques à certains contrats de distribution (Chapitre 2) ». V. égal, en droit argentin, R. Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, T. I, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 504 et s.

¹¹³⁰ Rapp. P.-Y. Gautier, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 49. Dans le cadre de la discussion sur une recodification des contrats spéciaux en droit français, l'auteur affirme qu'une telle proposition devrait « conduire à une recodification de l'ensemble, c'est-à-dire, obtenir outre une théorie générale du contrat refondue, une théorie générale des contrats spéciaux, avec des principes directeurs et, pour chaque grand contrat, une deuxième couche de

commun de cessation de ces contrats ici envisagé en tenant particulièrement compte de l'unité fonctionnelle et des caractères structurels communs identifiés précédemment (b).

a. Les exemples d'autres législations

524. En droit français, il existe plusieurs règles qui s'appliquent indépendamment de la qualification du contrat de distribution en cause¹¹³¹ et peu importe si le distributeur agit pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur. Un auteur a pu relever à cet égard la tendance contemporaine à l'existence de qualifications spéciales qui s'attachent à « une opération économique qui peut être supportée par des opérations traditionnellement différentes. C'est alors souvent la prestation caractéristique du contrat qui sert de fédérateur »¹¹³². Il en va ainsi de l'article L. 330-3 C. com. fr. qui impose une obligation contractuelle à la charge de toute personne qui met à la disposition d'une autre ses signes distinctifs et se lie à elle par un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité¹¹³³. L'article L. 341-1 C. com. fr. relatif aux accords en réseau est un autre exemple, s'appliquant aux contrats conclus entre une personne regroupant des commerçants et une autre personne qui exploite un magasin de commerce de détail pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, ayant pour but l'exploitation de ce magasin et contenant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de son activité commerciale. Il s'agit d'établir un régime d'échéance commun à l'ensemble de ces contrats ainsi que d'encadrer les clauses de non-concurrence post-contractuelle¹¹³⁴. Ces deux articles ont deux points en commun : en premier lieu, ils sont applicables indépendamment du fait que le distributeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui ; en second lieu, ils instaurent une protection particulière pour les distributeurs qui sont placés dans une relation de dépendance dans le cadre de l'exercice d'une activité réalisée sous les signes distinctifs d'autrui ou pour l'exploitation d'un magasin de commerce de détail.

principes directeurs applicables et, enfin, le détail du régime de la formation et de l'exécution de chaque contrat? ».

¹¹³¹ Rapp. P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Foyer*, Economica, 2008, p. 834 et s. L'auteur fait allusion à l'émergence de droits communs par superposition et par imitation, car, « soit la source dont ils proviennent les places d'emblée dans une logique transversale indifférente aux catégories nommées, soit le raisonnement qui les sous-tend cherche à masquer la règle d'origine dont ils s'inspirent ».

¹¹³² J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ; des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006, p. 601.

¹¹³³ Rapp. avec l'article 1514, C. civ. et com. arg. qui ne fait peser une telle obligation que sur le franchiseur.

¹¹³⁴ C. com., art. 341-2.

525. Quant aux projets d'harmonisation du droit des contrats, il est intéressant de relever que le projet de Code civil européen, élaboré par le groupe dirigé par le professeur Von Bar, consacre un chapitre aux contrats de distribution¹¹³⁵ qui pose des règles communes pour ce type de contrats, ainsi que des règles spéciales pour les contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution. Pour délimiter le champ d'application des règles communes, le projet indique qu'elles s'appliquent « aux contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution ainsi que, sous réserve des modifications adéquates, aux contrats dans lesquels une partie, engagée dans des activités commerciales à titre indépendant, consacre ses compétences et ses efforts à mettre les produits d'autres sur le marché »¹¹³⁶.

526. Ces exemples permettent notamment de mettre en évidence la difficulté de délimiter le domaine des règles qui poursuivent un objectif de protection des distributeurs se spécialisant dans la distribution des produits d'un fournisseur. Il peut s'agir d'un critère de dépendance économique qui se manifeste par des liens d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, une restriction de l'autonomie juridique du distributeur, des clauses qui restreignent la liberté d'exercice de l'activité du distributeur ou, plus de manière plus ambiguë, la consécration d'efforts à la commercialisation des produits ou la destination de l'entreprise du distributeur à la commercialisation des produits du fournisseur¹¹³⁷. Ces éléments sont riches d'enseignements pour la délimitation du régime de cessation des contrats de distribution proposé.

b. Le domaine d'application retenu

527. À propos de la définition d'un « droit commun spécial », un auteur indique qu'une théorie générale des contrats spéciaux désigne le corps des règles intermédiaires qui ont « vocation à saisir plusieurs contrats, présentant un trait commun, sans pour autant s'étendre à tous les contrats »¹¹³⁸. En ce sens, nous proposons un droit commun spécial puisqu'il s'agit

¹¹³⁵ V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 27.

¹¹³⁶ Art. 1 : 101.

¹¹³⁷ Art. 1502, C. civ. arg. (définition de contrat de concession).

¹¹³⁸ Ch. Goldie-Genicon, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 51. Pour l'auteur, la question importante est celle de savoir « s'il existe un corps de règles intermédiaire entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux des contrats, c'est-à-dire un corps de règles applicables non pas à un type donné de contrat mais à une ou des catégories de contrats ». Rapp. P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Foyer*, Economica, 2008, p. 827 : « Son utilité et sa spécificité gagneraient à être reconnues dans le cadre d'un droit commun des contrats spéciaux. L'expression « droit commun spécial » me paraît toutefois préférable en ce sens que la spécialité s'attache moins aux contrats eux-mêmes qu'au droit qui les régit. Il s'agit bien d'un droit

d'un régime transversal qui transcende une multiplicité de contrats nommés et innommés qui sont la déclinaison d'un contrat de distribution¹¹³⁹. Naturellement, un régime spécial peut se fonder sur divers critères¹¹⁴⁰ : la qualité des contractants, le type de bien sur lequel porte le contrat¹¹⁴¹, l'obligation essentielle du contrat ou l'objet de l'obligation principale¹¹⁴².

528. Pour ce qui nous concerne, l'unité fonctionnelle de ces contrats est exprimée par la prestation caractéristiques immédiate discernée précédemment¹¹⁴³ relevant d'une action principale qui sert à regrouper tous les contrats de distribution : la diffusion stable des produits du fournisseur. Cependant, parce qu'un régime délimité en considérant de la seule fonction de ces contrats, non seulement aurait une application trop large, mais encore couvrirait des contrats qui ne sont pas visés par cette étude, il est nécessaire de prendre en compte les caractères

commun puisqu'il transcende les catégories contractuelles connues, mais il s'agit aussi d'un droit spécial en ce qu'il n'a pas vocation à régir tous les contrats mais seulement ceux qui mettront en œuvre l'une des opérations élémentaires précitées ».

¹¹³⁹ P. Puig, « Rapport de synthèse », in *Colloque existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?*, *LPA*, 28 novembre 2012, p. 59. À propos de l'existence des théories spéciales à certains contrats spéciaux (bail, mandat, dépôt, transport), l'auteur indique : « Pour autant, ces théories restent trop spéciales pour constituer une théorie générale des contrats spéciaux. Elles sont certes générales au regard des nombreuses ramifications dont chaque contrat spécial fait l'objet (un contrat spécial reste général au regard des contrats très spéciaux qui en sont la déclinaison) mais elles ne s'élèvent pas suffisamment dans la généralité pour dépasser les catégories existantes et permettre de régler les problèmes de qualifications complexes ». V. Égal., L. Leveueur, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 54 : « Sans aucun doute peut-on en effet songer à dégager un droit commun de la vente, droit commun du louage, droit commun du mandat, etc. Cela est certainement très souhaitable mais, en soi, ceci ne constituerait pas une théorie générale de contrats spéciaux ». Comp. P.-Y. Gautier, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 2006, p. 610, n° 8 : « En vérité, s'il y a des "théories générales" à établir d'urgence, c'est probablement à l'intérieur de chaque contrat, par l'énoncé de ses ramifications : théorie du bail, du mandat, du dépôt, etc. Ce qu'une codification à droit constant permettrait assez facilement ».

¹¹⁴⁰ V. Ch. Goldie-Genicon, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 52. L'auteur relève que les angles d'attaque pour construire des théories des contrats spéciaux sont multiples : la qualité des contractants (professionnel/consommateur), le type de bien objet du contrat, les intérêts en présence, l'obligation portée par le contrat indépendamment de sa qualification.

¹¹⁴¹ E. Savaux, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 7 : « Il conviendrait en effet d'élaborer des classifications en remplacement de celles du code, inadaptées aux contrats modernes. Là aussi, les propositions abondent. Certains suggèrent de reconstruire à partir de l'objet du contrat défini comme l'opération souhaitée par les parties ou comme l'obligation caractéristique ou fondamentale, d'autres en fonction de la nature des biens sur lesquels porte le contrat, d'autres encore en se fondant sur son objectif économique ».

¹¹⁴² Comp. A. Bénabent, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245 et s. : « À l'occasion du Bicentenaire du Code civil français, M. Bénabent indiquait idée de « renoncer au classement en quelque sorte vertical que nous connaissons au profit de régimes transversaux s'attachant non plus à opposer des contrats définis les uns aux autres, mais à établir des corps des règles liées à l'objet et à la fonction de tel ou tel type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient s'insérer ».

¹¹⁴³ V. Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1.

structurels communs de ces contrats étudiés précédemment conduisant à une spécialisation plus ou moins poussée de l'activité du distributeur. Ce régime serait alors applicable aux *contrats par lesquels une partie, qui agit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, spécialise ou ordonne toute ou une partie importante de son activité à la diffusion stable et continue des produits (biens ou services) fournis ou conçus par une autre partie, qui met à sa disposition ses signes distinctifs et fixe, au moins en partie, les conditions de leur commercialisation. Le distributeur exerce son activité de façon indépendante et assumant les risques de celle-ci*. Pour préciser davantage ce champ d'application, il serait possible de faire appel au lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité qu'utilise l'article L. 330-3 C. com. fr. pour délimiter le champ d'application de l'obligation précontractuelle d'information à la charge du fournisseur. Dans les deux cas, il reviendrait à la jurisprudence de préciser le contenu de ces notions pour déterminer si un contrat entre dans le cadre de l'application du régime. Un auteur propose de cantonner certaines règles de protection aux cas dans lesquels le distributeur réalise au moins 50% de son chiffre d'affaires grâce à la diffusion des produits du fournisseur¹¹⁴⁴. Si ce critère présente un avantage en termes de sécurité juridique, force est cependant de constater également sa rigidité. En réalité, plutôt qu'un pourcentage, la jurisprudence devrait prendre en compte les clauses et les circonstances d'exécution du contrat pour déterminer le champ d'application du régime selon les notions mentionnées.

529. Il n'est pas question de créer un nouveau type contractuel dénommé « contrat de distribution ». La catégorie de « contrat de distribution » recouvrant les contrats qui accomplissent cette fonction économique comprise de manière large¹¹⁴⁵, l'appropriation par la loi de cette locution pour qualifier un contrat est inopportune. Il vaut mieux délimiter le champ d'application de ces règles selon les traits de la catégorie des contrats qu'elles sont vocation à régir. Même si aucun *nomen* n'est attribué, il s'agit cependant d'une catégorie juridique en ce qu'elle a un domaine d'application limité et un exercice de qualification est nécessaire pour déterminer si un contrat entre dans cette catégorie juridique¹¹⁴⁶. Le régime commun des contrats de distribution aurait vocation à régir les contrats indépendamment de leur qualification par les parties ou la pratique, ainsi que toute nouvelle création de cette dernière entrant dans son champ

¹¹⁴⁴ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 878.

¹¹⁴⁵ V. les types de distribution évoqués dans l'introduction de cette étude : grande distribution, distribution libre, distribution agrée et distribution intégrée.

¹¹⁴⁶ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « qualification », I.

d'application. Naturellement, la pratique conserverait la typologie sociale répandue : agence commerciale, concession, franchise. Cette démarche n'est pas inédite. Un auteur a en effet pu relever que les régimes spéciaux, en matière contractuelle, sont déterminés « le plus souvent par la considération du résultat qui doit être atteint par les contrats qui relèvent de la catégorie concernée »¹¹⁴⁷. Dans le même esprit, il a été affirmé qu'une « reclassification » des contrats spéciaux passe par l'examen de leur objet économique et du but recherché par les contractants »¹¹⁴⁸. Sans aucun doute, ce choix de délimitation revêt des conséquences importantes.

2. Les corollaires du domaine d'application retenu

530. Puisque les éléments qui contiennent le contrat de distribution ne sont pas toujours les mêmes, la consécration d'une typologie de ces contrats serait possible. Toutefois, la tâche serait hardie tant la typologie des contrats de distribution n'est pas figée et fait l'objet de discussions importantes en doctrine. La consécration d'une typologie légale de ces contrats se révèle inopportune (a). Le type de contrat dénommé « contrat d'agence commerciale » qui existe aujourd'hui en droit colombien entrerait nécessairement dans son domaine d'application (b).

a. Le rejet d'une typologie légale des contrats de distribution

531. Des arguments importants militent en faveur de l'exclusion de la consécration de types légaux de contrats de distribution (i). Pour renforcer le bien-fondé de notre position, il convient d'apprécier de manière critique la solution contraire récemment adoptée en droit argentin, à l'occasion de la rédaction du nouveau Code civil et commercial (ii).

i. La justification du rejet

532. La consécration d'une typologie de contrats de distribution multiplie les conflits de frontières et complexifie l'exercice de qualification¹¹⁴⁹. En outre, dans les lisières des contrats reconnus et définis dans une typologie, il existerait des contrats de distribution innommés qui

¹¹⁴⁷ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 144 et 145, p. 100.

¹¹⁴⁸ P.-Y. Gautier, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 2006, p. 610, n° 8.

¹¹⁴⁹ Concernant les avantages et désavantages d'une codification de toutes les formes de contrats connus, v. A. Bénabent, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, op. cit., p. 248.

se retrouveraient mis à l'écart. Cette situation pourrait entraîner des différences de régimes ne reposant sur aucune justification solide. Imaginons ainsi un contrat par lequel une partie transmet à une autre un savoir-faire sans l'obligation corrélative de payer une redevance ou un contrat de distribution pour le compte d'autrui dont l'élément essentiel est la réitération d'un savoir-faire éprouvé. La création de règles particulières aux types contractuels de distribution conduirait à discuter la qualification de ces figures contractuelles. Toute qualification étroite, sur le fondement d'un élément particulier, risque de créer des différences de régime inadéquates.

533. À cet égard, M. Bénabent a fait allusion au « poison, certes délicieux aux esprits cartésiens mais poison quand même, de l'exercice systématique de la qualification, avec ses cloisons et ses brusques failles aux résultats parfois déconcertants et injustifiés »¹¹⁵⁰. La difficulté s'accroît lorsque des règles impératives sont en jeu dans la mesure où les parties éviteront la qualification qui entraîne un régime impératif plus coûteux¹¹⁵¹. L'expérience du droit colombien constitue un bon exemple de cette attitude¹¹⁵². Un auteur a pu constater à cet égard « qu'il existe parfois des différences de régimes injustifiées entre des contrats proches et que les parties n'hésitent pas à jouer avec les qualifications pour échapper aux règles qu'elles ne veulent pas se voir appliquer »¹¹⁵³. En outre, la doctrine relève souvent la difficulté de créer une typologie irréfragable de contrats de distribution¹¹⁵⁴. Un auteur a pu souligner à ce sujet

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 250.

¹¹⁵¹ Rapp. R. Vabres, « La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation », *RTD com.*, 2011, p. 215, n° 20 : « Ces différents contrats permettent dans tous les cas une valorisation du fonds de commerce d'autrui de sorte qu'il semble judicieux d'envisager un régime juridique commun, du moins un socle de règles communes. La diversité des qualifications pourrait donc être maintenue pour ne pas gêner la pratique, tout en améliorant la protection de l'intermédiaire et la clarté des règles juridiques. À cette fin, la détermination d'une série de règles de base communes est envisageable. Son avantage est évident : ces règles permettraient d'éviter que le choix de telle ou telle qualification soit guidé uniquement par la volonté d'éluder certaines règles. L'unité du régime juridique est donc une réponse possible à la diversité des qualifications actuelles ».

¹¹⁵² *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, A, 1.

¹¹⁵³ Ch. Goldie-Genicon, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 52.

¹¹⁵⁴ V. égal., Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 33, p. 15. Après avoir décrit une typologie composée des contrats de distribution sélective, de concession exclusive, de concession de comptoir, de concession de distribution automobile, de concession spécifique de franchisage, l'auteur affirme : « L'ensemble des contrats qui viennent d'être inventoriés est bien typé. Toutefois, la liberté contractuelle étant ici de mise, les parties peuvent avoir modelé leurs obligations de telle façon que la qualification devienne délicate. Il est possible qu'insensiblement l'on passe d'un contrat à un autre ou *vice versa*, à la suite d'une clause ajoutée ou supprimée lors du renouvellement du contrat ». Égal., D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2016, n° 495 : « Il n'est pas aisé de proposer une présentation des contrats de distribution tant ils empruntent des formes juridiques différentes ».

que « les frontières de ces contrats, innommés pour la plupart, sont souvent assez floues et que, au surplus, on relève des transformations et des passages d'un contrat à un autre à l'intérieur du réseau. C'est également une catégorie ouverte où la création de nouvelles formes contractuelles est permanente »¹¹⁵⁵.

534. Enfin, une définition légale constitue d'ordinaire le point de départ de nouvelles figures contractuelles. À de rares exceptions près, la pratique devance la pensée du législateur. Tantôt elle crée des figures *ex nihilo*, tantôt elle crée des figures en prenant appui sur des contrats nommés. Les formules contractuelles qui prolifèrent au gré de l'inventivité des professionnels « remettent souvent en cause le rôle et la méthode de la qualification contractuelle »¹¹⁵⁶. Outre la difficulté de déterminer des définitions légales, une loi qui figerait les types contractuels de distribution peut provoquer plus de difficultés qu'elle n'en résout s'agissant d'une matière aussi dynamique que vivante. La liberté contractuelle, qui s'exprime notamment par la création de nouveaux types contractuels de distribution, est sauvegardée en l'absence de définition spécifique pour chaque contrat de distribution. Une codification des différentes formes de distribution connues dans la pratique irait ainsi à l'encontre d'un assouplissement nécessaire à l'adaptation et à l'évolution permanente de notre matière. Ces arguments peuvent être encore renforcés par une appréciation critique du droit argentin relativement à cette question.

ii. L'appréciation critique de la législation argentine

535. Pour apprécier les désavantages de la consécration légale d'une typologie, l'étude d'un exemple concret de cette solution est utile. On s'intéressera ainsi à la partie relative aux contrats de distribution consacrée par le nouveau Code civil et commercial argentin entré en vigueur en 2015. Celui-ci consacre la définition de trois contrats de distribution : le contrat d'agence commerciale (art. 1479), le contrat de concession (art. 1502) et le contrat de franchise (art. 1512). Outre les critiques possibles à l'encontre de ces définitions, des problèmes de qualification peuvent se présenter. En guise d'illustration, mentionnons l'article 1503 C. civ. et com. arg. qui prévoit l'exclusivité au profit des deux parties au contrat de concession. L'article

¹¹⁵⁵ J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 178.

¹¹⁵⁶ J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ; des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006, p. 600 : « L'exercice de la théorie générale invite dans ce contexte à bousculer les qualifications académiques proposées par le Code pour constater de nouveaux regroupements, concevoir de nouvelles dynamiques ». L'auteur donne l'exemple d'une possible théorie générale du contrat d'entremise, de louage ou de bail d'immeuble.

1511 C. civ. et com. arg. indique que les règles du contrat de concession s'appliquent aux contrats de distribution lorsque cela est pertinent. Or, en l'absence de définition des contrats de distribution, des difficultés importantes apparaîtront certainement en pratique. D'une part, en ce qui concerne les contrats ne relevant pas de la qualification de concession ou de franchise, la question se posera de savoir s'ils peuvent être qualifiés de contrats de distribution. D'autre part, si un contrat est qualifié de contrat de distribution, la question se posera de savoir quelles sont les règles qui lui sont applicables selon le critère de pertinence prévu par la loi ou encore si une règle relevant du contrat de franchise est plus pertinente.

536. Outre des règles répétées concernant l'exécution du contrat¹¹⁵⁷, le même phénomène se présente s'agissant des règles relatives à la cessation. En guise d'illustration, mentionnons que dans les contrats d'agence commerciale et de concession, la loi prévoit la transformation du contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté après son terme en contrat à durée indéterminée¹¹⁵⁸. De même, dans le régime du contrat de concession, il existe des renvois aux règles de l'agence commerciale¹¹⁵⁹. D'autres règles établissent des différences entre contrats qui suscitent une distinction de régimes sujette à caution.¹¹⁶⁰ Pour toutes ces raisons, il semble opportun d'écarter la consécration d'une typologie des contrats de distribution au profit d'un régime commun de ces contrats en ce qui concerne leur cessation, objet qui nous intéresse ici. Cela aurait pour conséquence de rendre possible l'intégration du type de contrat qualifié d'agence commerciale.

¹¹⁵⁷ Par ex., l'interdiction qui pèse sur l'agent commercial (art. 1500) et le concessionnaire (art. 1510) de désigner des sous-agents ou sous-concessionnaires, sauf stipulation contraire.

¹¹⁵⁸ Arts. 1491 (agence commerciale) et 1606 (concession), C. civ. et com. arg.

¹¹⁵⁹ L'article 1508, a), relatif à la concession, renvoie aux articles 1492 et 1493, C. civ. et com. arg. relatifs à l'agence commerciale. De même, l'article 1509, relatif à la résolution pour inexécution du contrat de concession, renvoie à l'article 1494 C., civ. et com. arg. de l'agence commerciale.

¹¹⁶⁰ Par ex., l'obligation précontractuelle d'information est la seule exigible dans le contrat de franchise (art. 1514, a, C. civ. et com. arg.) ; la compensation de fin de contrat n'est accordée qu'à l'agent commercial. Il existe une durée minimale de quatre années exigée pour le contrat de concession et de franchise, mais elle n'existe pas pour le contrat d'agence commerciale ; à l'égard du contrat d'agence commerciale et du contrat de concession, la loi prévoit la transformation en contrat à durée indéterminée du contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté après l'échéance du terme. En revanche, concernant le contrat de franchise, le contrat se proroge automatiquement pour une durée d'un an à l'échéance du terme stipulée. Seule la seconde prorogation conduit à la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée (art. 1517 C., civ. et com. arg.).

b. L'intégration du contrat d'agence commerciale au régime commun

537. L'instauration de règles communes conduirait notamment à une restructuration du Code de commerce colombien. En effet, ce que l'on dénomme aujourd'hui contrat d'agence commerciale entrerait dans la définition des contrats de distribution dégagée précédemment, qui ne distingue pas l'action du distributeur pour compte propre et l'action du distributeur pour compte d'autrui¹¹⁶¹. Le type d'agence commerciale disparaîtrait ainsi au profit d'une catégorie plus large de contrats de distribution. Aucune question ne se pose concernant les règles qui actuellement gouvernent la période de cessation des contrats, parce qu'elles seraient dérogées par les règles contenues dans le régime commun que nous envisageons. En revanche, une question se pose s'agissant des règles qui ne concernent pas la cessation de ces contrats. Elles peuvent être insérées dans ce régime commun, sans faire référence au contrat d'agence commerciale, dans la mesure où le champ d'application de ces règles est délimité par l'élément sur lequel elles portent. Ainsi des règles relatives à la rémunération, lorsque celle-ci consiste dans le paiement de commissions selon le nombre ou la valeur d'opérations conclues. De même, s'agissant d'un renvoi aux règles relatives à la représentation consacrées par le droit commun des contrats lorsque le distributeur détient un pouvoir d'agir au nom du fournisseur¹¹⁶². Une étude plus précise du contenu de ce régime commun des contrats de distribution est encore nécessaire.

B. Le contenu du régime

538. Le régime commun de cessation doit tenir compte de la diversité des éléments qui peuvent composer les contrats de distribution. Si toutes les règles qui font partie de ce régime commun ont vocation à régir la catégorie des contrats de distribution ainsi délimitée (1), il existe des règles qui ne sont applicables qu'à des contrats de distribution contenant des éléments particuliers (2).

1. Règles communes et règles particulières aux modalités de distribution

539. Les contrats de distribution sont gouvernés par des règles plus ou moins spécifiques. Une distinction entre les règles communes qui gouvernent les contrats de distribution s'impose :

¹¹⁶¹ En droit français, notre proposition entraînerait en outre la restriction du contrat de commission à la conclusion d'un ou plusieurs actes.

¹¹⁶² C. com. col., art. 832 et s.

il existe des règles qui relèvent du droit commun des contrats ; d'autres qui ont vocation à s'appliquer à tous les contrats de distribution indépendamment de la modalité de la distribution ; et, enfin, d'autres qui ne s'appliquent que lorsque le contrat contient un élément particulier. Ces deux derniers types de règles composent le régime commun envisagé.

540. Règles du droit commun des contrats. Certaines règles qui gouvernent les opérations de distribution relèvent du droit commun des contrats prévu dans le Code civil. L'application de ces règles ne se limite pas aux contrats de distribution. Il en va ainsi notamment des règles relatives à la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée et au non-renouvellement du contrat à durée déterminée, au préavis de rupture, à la résolution du contrat pour inexécution, au traitement de l'imprévision ou à la survenance d'une force majeure. Nous avons relevé l'inadaptation de certaines règles du droit commun à la catégorie des contrats de distribution. Cette étude critique dépasse nécessairement les frontières du droit de la distribution et soulève une discussion qui peut s'étendre à d'autres contrats. Loin de vouloir établir des règles spéciales aux contrats de distribution à l'égard de ces aspects, le plus important est d'ouvrir la voie à un débat sur la possible généralisation de ces règles à d'autres contrats, notamment ceux à exécution successive, ainsi que de réfléchir à une réforme du droit commun des contrats¹¹⁶³. Si le droit commun des contrats est réformé, son introduction dans un régime spécial de contrats de distribution ne serait plus nécessaire.

541. Règles communes aux contrats de distribution. En second lieu, notons que certains aspects des contrats de distribution ne sont pas spécifiquement traités par le droit commun des contrats dans la mesure où ils concernent des aspects spécifiques à ces contrats. Certes, ces aspects restent gouvernés par le droit commun des contrats dans la mesure où le juge doit y trouver les solutions aux questions formulées peu importe si celui-ci ne traite pas spécifiquement de celles-ci. Cependant, nous avons relevé les insuffisances de l'application du droit commun à certains égards. Dès lors, ces aspects méritent des réponses spécifiques du législateur. Ces aspects peuvent concerner la protection contre une rupture brusque, la stipulation d'un terme raisonnable qui permet la récupération des investissements spécifiques

¹¹⁶³ C'est une discussion qui a été conduite en droit français depuis le bicentenaire du Code civil et qui a débouché sur la promulgation de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; puis la loi n° 2018-287 ratifiant cette ordonnance. Le Code civil colombien date de 1857. Si certaines règles relatives au droit de la famille ont été modifiées, en matière de droit des obligations aucune discussion sur une réforme n'a eu lieu jusqu'à nos jours.

réalisés par le distributeur, les conditions d'une obligation de reprise des stocks en fin de contrat ainsi que l'encadrement des clauses de non-concurrence post-contractuelle.

542. Règles relatives à des éléments particuliers. Enfin, un régime commun ne signifie pas un régime identique. Il pourrait être avancé qu'il existe des règles qui sont propres à certains types de contrats de distribution ; notamment d'agence commerciale, de concession ou de franchise. Cependant, il s'agit moins de règles particulières à un type de contrat donné que de règles attachées à l'existence d'une clause ou d'un type d'obligation contenues dans le contrat. Ces règles n'ont vocation à s'appliquer qu'aux contrats qui contiennent des éléments particuliers. Ces règles ont donc un champ d'application restreint, car elles sont liées à des modalités particulières de l'exécution de l'opération de distribution. Ainsi, une règle relative à la reprise des stocks n'aurait vocation à s'appliquer que lorsque le distributeur acquiert la propriété des produits. Les règles relatives aux commissions dues au distributeur à la fin de contrat n'auraient vocation à s'appliquer que lorsque celle-ci a été la forme de rémunération convenue. Ces règles permettent ainsi d'appréhender les particularités des différentes modalités de distribution. Se pose alors la question de la méthode la plus appropriée pour leur introduction en droit positif.

2. Règles impératives

543. Comme nous l'avons observé précédemment, la sécurité juridique est l'un des critères qui doit guider l'élaboration d'un régime commun de cessation des contrats de distribution. Pour cette raison, la précision des règles qui composent ce régime est importante et doit prévaloir sur la consécration des standards ou notions-cadres (a). De même, puisqu'il s'agit d'assurer l'effectivité du régime qui instaure des mesures en vue de la préservation de l'équilibre et de la loyauté dans ces contrats, le recours à des règles impératives est nécessaire (b).

a. La prédominance des règles de droit sur les standards

544. Il est tentant de consacrer des standards ou des devoirs de comportement à la charge des parties, tels que l'exigence d'un préavis raisonnable de cessation, la stipulation d'un terme raisonnable au type d'investissement réalisé par le distributeur, l'attribution d'une indemnité de clientèle équitable, l'exigence de proportionnalité de la clause post-contractuelle de non-concurrence ou encore l'interdiction de porter une atteinte excessive à la liberté de commerce et d'entreprendre du distributeur après la cessation du contrat.

545. Précisément, le standard désigne une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (...), occasion d'adapter la règle à la diversité de situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant »¹¹⁶⁴. Le caractère malléable du standard lors de son application par le juge constitue l'une de ses vertus¹¹⁶⁵. Comme cela a été justement relevé, « le standard n'est qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative »¹¹⁶⁶. Lorsque la loi ou la jurisprudence pose un standard comme critère d'appréciation d'une clause ou du comportement des contractants, le juge peut se livrer à une appréciation *in concreto*. Par exemple, l'exigence de proportionnalité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle permet au juge qui contrôle sa validité de considérer les intérêts du fournisseur et les effets de la clause sur la situation du distributeur.

546. Par opposition aux standards, la règle de droit est plus précise. En effet, elle constitue une « règle de conduite générale et abstraite dotée d'une force contraignante, ce qui implique une certaine précision »¹¹⁶⁷. Plus marqué est le degré de précision de la règle, plus restreinte est la marge d'appréciation du juge. En revanche, la consécration d'un standard entraîne une intervention accrue du juge. À l'instar des principes directeurs, les standards déplacent le centre de gravité du contrat dans un domaine qui n'est pas le sien : le judiciaire¹¹⁶⁸. L'utilisation de ces standards rend moins prévisibles les solutions étant donné qu'une marge plus large d'appréciation est alors accordée au juge. Or, relevons dès maintenant que la préférence pour les règles de droit ne présuppose pas un sentiment de méfiance envers les juges. Cette préférence n'est que la conséquence de la prise en considération des implications de consacrer des standards juridiques eu égard aux nécessités de la vie des affaires. Comme cela a été justement observé, « ce n'est pas qu'il y ait lieu de se méfier du juge. Mais dans nos pays de

¹¹⁶⁴ G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Standard »

¹¹⁶⁵ N. Blanc, « Les juges et les standards juridiques », *RDC*, 2016, p. 394 et s.

¹¹⁶⁶ D. Mazeaud, « Sur les standards », *Revue d'Assas*, févr. 2014, n° 9, p. 35.

¹¹⁶⁷ L. Aynès, « Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge », *Revue de jurisprudence commerciale* mars-avril 2017, p. 1.

¹¹⁶⁸ V. A. Ghazi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.*, 2008, p. 2609, n° 8.

droit écrit, la règle doit être formulée et connue par avance »¹¹⁶⁹. Lorsqu'il s'agit du droit commun des contrats, l'utilisation de standards juridiques est inévitable compte tenu de son domaine d'application¹¹⁷⁰. En effet, par sa vocation même, il doit établir des principes applicables à des contrats de nature très différente. Cependant, puisque nous traitons des aspects spécifiques aux contrats de distribution, la concrétisation de ces standards par des règles est faisable¹¹⁷¹. En effet, il ne s'agit pas ici d'appréhender des contrats de nature très diverse, mais des contrats qui, malgré leurs différences, ont des traits communs que le législateur peut prendre en considération.

547. Cela étant, lorsque cela est possible, il nous semble que le législateur devrait objectiver ou concrétiser autant que possible les devoirs de comportements exigibles aux parties par des règles. En d'autres termes, il doit chercher à préciser ces devoirs qui résultent de l'application de standards (équilibre, loyauté, caractère raisonnable ou adapté). L'introduction de règles, et non de standards, conduit à faire peser sur les parties des obligations spécifiques ; par exemple, l'exigence de délais de préavis précis ou du respect de conditions pour la validité des clauses de concurrence post-contractuelles. Si cette conception peut conduire à rigidifier les solutions et empêcher les juges à prendre en considération des circonstances concrètes, elle favorise néanmoins la prévisibilité et la sécurité juridiques. Ces règles peuvent revêtir en plus un caractère impératif.

b. Le caractère impératif des règles

548. La consécration d'un régime commun aux contrats de distribution soulève la question de son effectivité. Selon certains, les règles supplétives constituent une sorte de modèle de

¹¹⁶⁹ L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, 2016, hors-série, p. 14.

¹¹⁷⁰ P. ex., en droit français, la réforme introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (puis, la loi n° 2018-287 qui a ratifié cette ordonnance) est prolixe sur la consécration de standards : « avantage manifestement excessif » (art. 1143), « contrepartie illusoire ou dérisoire » (art. 1169), « la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » (art. 1169), « déséquilibre significatif » et « l'exécution excessivement onéreuse » (art. 1195). Cela traduit l'idée de l'importance d'un équilibre minimum du contrat. Le respect du noyau dur du contrat est respecté, car « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat » et, même dans les contrats d'adhésion, « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹¹⁷¹ Comp. S. Néron, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 19 sept. 2011, p. 1668 : « La complémentarité du standard et de la *rule*. La *rule* et le standard ont des champs d'application propres déterminés en fonction de l'intérêt à protéger. Selon Pound, en matière de droit de propriété ou de droit des affaires, où les relations sont de type matérialiste, la *rule* est nécessaire afin d'assurer une sécurité juridique étendue. En revanche, lorsque le Droit doit protéger les intérêts des individus en encadrant les comportements des personnes physiques et morales, le standard est plus approprié ».

règles, « une normalité perçue comme idéale par l'ordre juridique »¹¹⁷². Le contrôle de l'équilibre d'une clause pourrait ainsi s'apprécier à partir de la règle supplétive à laquelle elle déroge. Elle instaurerait en quelque sorte des limites à la liberté de principe qu'elle reconnaît aux contractants lorsqu'elle est prise en compte pour examiner l'équilibre d'une clause qui l'écarte¹¹⁷³. Cela étant dit, deux tempéraments peuvent être formulés à l'égard de cette affirmation. D'une part, il existe des règles supplétives qui admettent une dérogation sans risque que leur exclusion soit prise comme un indice d'un déséquilibre de la clause¹¹⁷⁴. D'autre part, puisqu'il ne suffit pas de déroger à la règle supplétive pour affirmer l'existence d'un déséquilibre significatif, un éventuel contrôle fondé sur les limites imposées par la règle supplétive reste très léger. Pour ces raisons, lorsqu'il s'agit de mesures qui instaurent une certaine protection en faveur des contractants, l'introduction de règles supplétives ne semble pas être la solution la plus appropriée.

549. Force est de constater également qu'à l'antagonisme des intérêts des parties à l'égard des aspects qui concernent la cessation des contrats de distribution, s'ajoute fréquemment une inégalité lors de la négociation de ces contrats, ce qui fait naître un risque d'exclusion des règles des dispositifs qui visent la préservation de l'équilibre ou de la loyauté du contrat. Observons à cet égard qu'il est parfois soutenu que les commerçants n'ont pas besoin d'une protection particulière, car ils peuvent négocier et déterminer librement le contenu des contrats qu'ils signent. Précisément, l'une des raisons avancées par la Cour de cassation colombienne pour lever en 2011 le caractère impératif de la règle relative à l'indemnité de fin de contrat due à l'agent commercial a été celle de l'absence d'inégalité entre les entreprises des fournisseurs et celles des agents commerciaux¹¹⁷⁵.

550. Plaçant la discussion sur un plan plus général, relevons que le domaine de la distribution a subi des transformations importantes depuis la promulgation du Code de commerce en 1971, une époque durant laquelle les distributeurs étaient majoritairement des personnes physiques ou des personnes morales constituées sur la base de faibles capitaux. Toutefois, ces dernières décennies, beaucoup de distributeurs ont acquis une taille non négligeable et ont consolidé un

¹¹⁷² C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, p. 454.

¹¹⁷³ *Ibidem*

¹¹⁷⁴ Par ex., l'article 1318, C. com. col. indique que, sauf clause contraire, le mandant ne peut utiliser plusieurs agents dans la même zone et pour la même branche d'activités ou de produits.

¹¹⁷⁵ CSJ, chambre civile, 19 oct. 2011, M.R. : William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.

pouvoir économique important. Ces changements ne permettent cependant pas d'affirmer que la plupart des distributeurs sont parvenus à une condition d'égalité avec les fournisseurs ou qu'ils sont suffisamment protégés contre sa puissance lors des négociations. Contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation, il n'existe pas d'égalité de pouvoirs dans les rapports entre les fournisseurs et distributeurs. Les distributeurs qui ont un pouvoir de négociation important (en raison de leur taille, leur connaissance du marché, leur domaine économique) sont l'exception. Certes, les distributeurs sont des commerçants indépendants et ne se trouvent pas dans une condition particulière de déséquilibre structurel à l'instar des salariés, des consommateurs ou des locataires¹¹⁷⁶. Cependant, cela n'empêche pas l'introduction de règles impératives en leur faveur¹¹⁷⁷. En toute hypothèse, leur introduction n'affecte pas les relations dans lesquelles le distributeur et le fournisseur ont un pouvoir de négociation similaire. En revanche, le caractère dispositif d'une règle peut avoir pour effet de supprimer toute efficacité dans son application dans la mesure où il existe un risque important que le fournisseur impose son exclusion lors de la négociation ou renégociation du contrat de distribution.

551. Nous estimons que l'impérativité d'une règle s'impose chaque fois qu'elle vise à instaurer un certain niveau de loyauté, un équilibre minimal ou une protection spéciale dont la dérogation par les parties conduirait à favoriser sans justification légitime les intérêts de l'une d'elles. Puisqu'il s'agit d'un équilibre, d'une loyauté ou d'une protection minimale, la restriction de la liberté des parties n'est pas considérablement restreinte. Nous pouvons ainsi justifier le caractère impératif des règles du régime commun envisagé. En outre, devant la tendance à l'admission de la liberté du choix de la loi applicable au contrat, les juges pourraient considérer certaines de ces règles comme des lois d'application immédiate lorsque les parties choisissent une loi étrangère comme la loi applicable à un contrat de distribution exécuté en Colombie.

¹¹⁷⁶ À l'instar du droit français, le droit colombien prévoit des règles de protection spéciale à l'égard des salariés (Code du travail), des consommateurs (Code du consommateur, loi 1480 de 2011) et des locataires dans le cadre d'un bail d'habitation (loi 820 de 2003).

¹¹⁷⁷ Pour un constat de l'existence d'un ordre public de protection des professionnels, v. en droit colombien, J. Suescún Melo, « Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial y de algunos de sus efectos », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. II, Legis, Bogotá, p. 531. En droit français, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2171, p. 881.

552. Enfin, il pourrait être avancé que dans le cadre d'un régime supplétif, même en l'absence de clause expresse, la jurisprudence pourrait reconnaître le caractère impératif ou d'ordre public d'une ou de plusieurs règles en particulier. Cela permettrait à la jurisprudence d'adapter ou de faire évoluer le droit de la distribution, le cas échéant. En effet, l'ordre public est un « standard qui, comme tel, est suffisamment malléable pour permettre une pesée des intérêts en présence »¹¹⁷⁸. Pourtant, il nous semble peu convenable d'emprunter une telle voie. D'une part, l'expérience colombienne a montré que l'incertitude quant au caractère impératif d'une règle peut être fortement inopportune¹¹⁷⁹. D'autre part, les avantages de la prévisibilité en matière de distribution sont importants en pratique pour mesurer les risques et les coûts de s'engager dans une opération de cette nature.

553. Conclusion du Chapitre 2 du Titre II de la Première partie. Un régime spécial doit répondre aux caractères spécifiques des contrats qui constituent son objet. Nous avons pu repérer certains d'entre eux. Quelques-uns concernent directement la période de cessation du contrat, tels que l'absence d'intérêt commun qui conduit à refuser l'idée d'un devoir de coopération dans cette étape ainsi que la disparition de la force obligatoire du contrat qui permet d'affirmer le recouvrement du principe de liberté des parties à la disparition du contrat. D'autres caractères sont plus généraux, tels que le caractère *intuitu personae* ainsi que l'équilibre particulier déterminé par les investissements réalisés par le distributeur dans ces contrats. Ils ont également des conséquences certaines sur le régime de cessation. Pour l'introduction de ce régime en droit positif, une intervention législative s'avère nécessaire dans la mesure où la jurisprudence ne peut combler toutes les lacunes et insuffisances du droit commun des contrats à l'égard des contrats de distribution. Si la détermination du champ d'application de ce régime commun est nécessaire, en revanche, la fixation d'une typologie légale des contrats de distribution est inopportune. Concernant les choix politiques qui sous-tendent ce régime, la primauté de la liberté des parties peut être tempérée dans un souci légitime d'équilibre et de

¹¹⁷⁸ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, art. 1102, p. 46.

¹¹⁷⁹ En droit français, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, 454. L'auteur, concernant les questions portant sur le caractère supplétif ou impératif de quelques règles instaurées par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée postérieurement par la loi n° 2018-287, indique : « Ces incertitudes sont source d'insécurité juridique pour les contractants d'autant que toutes les tentatives doctrinales de systématisation visant à identifier des critères fermes et prévisibles de la supplétivité ou de l'impérativité des règles de droit à partir de l'opposition de la liberté individuelle et des contraintes sociales ont échoué. Les tribunaux, lorsqu'ils tranchent la difficulté, procèdent le plus souvent par prétérition ».

loyauté. Ce régime serait composé par des règles (de préférence aux standards) qui seraient, dans un souci d'efficacité, impératives.

554. Conclusion du Titre II de la Première partie. Un régime commun spécial de la cessation des contrats de distribution nous semble la meilleure voie pour remédier aux défauts du droit positif. Ce régime commun se fonderait sur l'unité de leurs prestations caractéristiques ainsi que sur leurs caractères structurels communs. En effet, si le distributeur peut participer à la conclusion de contrats pour le compte du fournisseur, ou bien revendre les biens, ou fournir les services directement, la fonction commune de ces contrats est la diffusion stable des produits (prestation immédiate) en vue de la conquête d'une clientèle et de l'exploitation d'un marché (prestation médiate). Sur le plan des pouvoirs et intérêts des parties, ces contrats ont également des caractères communs dans la mesure où leur relation opère selon un double rapport de tension. D'une part, entre l'objectif commun qui intègre la cause de ces contrats et la poursuite légitime de leurs intérêts particuliers par les parties. D'autre part, entre la maîtrise par le fournisseur des conditions de commercialisation de ses produits, et donc du contrôle de l'activité du distributeur, et l'indépendance juridique de ce dernier. Ces fondements ont permis également de délimiter le champ d'application de ce régime commun. Et puisqu'il est aussi un régime spécial, loin de viser un régime de protection à outrance du distributeur, il doit répondre avant tout aux caractères juridiques de ces contrats quant à leur cessation.

555. Conclusion de la Première partie. Nous avons relevé plusieurs défauts de la conception du droit colombien concernant la cessation des contrats de distribution. D'une part, la consécration de règles protectrices à l'égard de l'agent commercial contraste avec l'inaction du législateur s'agissant des autres contrats de distribution qui se sont pourtant développés parallèlement pendant la seconde moitié du XX^e siècle. Si ce rôle différencié du législateur peut être contesté, c'est parce qu'il est à l'origine de différences injustifiées de régimes applicables à la cessation de ces contrats. D'autre part, l'application du droit commun des contrats se révèle inadaptée à résoudre de manière adéquate certaines questions ; en particulier la protection contre une rupture brusque, les stocks invendus en fin de contrat, le traitement de l'imprévision, la résolution du contrat pour inexécution quant au rôle du juge. Pour résoudre ces difficultés, un régime commun spécial de cessation de ces contrats peut être envisagé. Commun, il permet de résoudre la question des différences injustifiées de régimes qui gouvernent la cessation de ces contrats. Spécial, il permet de pallier les insuffisances du droit commun des contrats. Loin de l'idée d'une protection à outrance du distributeur, ce régime doit prendre en compte les

caractères juridiques de ces contrats qui influent sur leur cessation. Ce régime commun est justifié par l'unité des prestations caractéristiques et les éléments communs de leurs structures au sens de la façon dont s'articulent les intérêts et les pouvoirs des parties. Est ainsi permise une délimitation du champ d'application du régime : les contrats par lesquels une partie, qui agit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui en exerçant son activité de façon indépendante et en assumant les risques, spécialise ou ordonne tout ou une partie importante de son activité à la diffusion stable et continue des produits fournis ou conçus par une autre partie, qui met à sa disposition ses signes distinctifs et fixe, au moins en partie, les conditions de commercialisation de ces produits. Pour établir ce régime, la primauté de la liberté des parties peut être tempérée par une aspiration légitime à l'équilibre et à la loyauté dans ces contrats. Par ailleurs, par souci de sécurité juridique, la règle de droit doit être préférée au caractère souple des standards, même au prix d'une certaine rigidité des solutions. Les principes directeurs de ce régime commun spécial ainsi fixés, des solutions concrètes doivent maintenant être dégagées.

SECONDE PARTIE

ESSAI D'UN RÉGIME COMMUN DE CESSATION

556. L'identification des prestations caractéristiques et des caractères structurels communs nous a permis de discerner une catégorie de contrats de distribution à laquelle est applicable un régime commun spécial. Comme il a été observé, il est nécessaire qu'à « la catégorie soit attaché un régime commun ; donc, que de l'appartenance d'un contrat donné à la catégorie qu'on aura désignée, on puisse déduire l'application de certaines règles »¹¹⁸⁰. Il s'agit donc d'un ensemble de règles communes dans la mesure où elles ont vocation à s'appliquer à la catégorie des contrats de distribution qui entrent dans leur champ d'application, indépendamment de la qualification donnée par les parties à leur accord¹¹⁸¹. La consécration d'un régime commun spécial de la cessation des contrats de distribution de *lege ferenda* permettrait le recours des parties à tout type de modalités de distribution auxquelles s'appliqueraient les mêmes règles lors de cette période qui marque la fin du contrat. Naturellement, à l'intérieur de ce régime pourraient être insérées d'autres règles relatives à la formation et à l'exécution de ces contrats. Cependant, il ne s'agit ici de traiter que des règles qui concernent leur cessation - période qui a suscité le plus d'interrogations en droit colombien -, en particulier à l'égard des aspects pour lesquels l'application du droit commun des contrats par la jurisprudence n'a pas fourni de réponse adéquate. Sans doute, le droit commun des contrats reste applicable pour la majorité des aspects qui concernent la cessation des contrats de distribution. De même, puisque la primauté de la liberté contractuelle des parties d'aménager la cessation du contrat doit rester le principe, il ne peut s'agir d'un régime pointilleux la restreignant inutilement. Nonobstant, puisque l'équilibre et la loyauté constituent des aspirations légitimes du droit des contrats, les

¹¹⁸⁰ Ch. Goldie-Genicon, « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 51.

¹¹⁸¹ V. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse, Panthéon-Assas, 2014, n° 837, p. 463 : « Référence à une structure davantage qu'à une substance, le droit commun est le concept sui generis composé, pour une institution donnée, des règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini. En effet, le droit commun est du droit, composé de règles juridiques positives ; et le droit commun est commun, ce qui se manifeste techniquement par un domaine d'application indéfini des règles qui répondent à cette qualification. Cette dernière propriété commande la vocation subsidiaire du droit commun : son applicabilité à défaut de toute autre règle applicable est obligatoire et doit être respectée sous peine de violation par refus d'application ».

règles qui seront proposées constituent la concrétisation de ces principes à l'égard des aspects de la cessation ici traités. En outre, puisque des réponses différentes peuvent être données à une même question, la solution qui répond le mieux aux critères présentés antérieurement doit être choisie¹¹⁸². Ce régime commun spécial de cessation des contrats de distribution concerne, d'abord, les causes ordinaires et extraordinaires de cessation (Titre I). Il porte, ensuite, sur les effets liés à la cessation et en particulier les aspects relatifs à la liquidation de ces contrats ainsi qu'à la période post-contractuelle (Titre II).

¹¹⁸² V. Première partie, Titre II, Chapitre 2.

TITRE I

LA LIBERTÉ CONTRÔLÉE DE LA SORTIE DU CONTRAT

557. À la différence du modèle de contrat d'échange à exécution instantanée prévu par les Code civil français¹¹⁸³ et colombien, les contrats de distribution s'inscrivent dans la durée. D'une part, leur prestation caractéristique immédiate - la diffusion des produits du fournisseur - s'étend nécessairement dans le temps. D'autre part, la stabilité de l'activité du distributeur constitue une condition pour parvenir à l'accomplissement de leur prestation caractéristique médiate - la conquête et l'exploitation d'une clientèle sur un marché -. La tentation existe alors de vouloir restreindre les droits des parties de sortir du contrat en vue de garantir une meilleure stabilité du contrat de distribution. Cette finalité légitime ne suffit cependant pas à justifier l'exclusion de la liberté de résiliation unilatérale du contrat et du non-renouvellement reconnue par le droit commun des contrats. S'agissant des causes extraordinaires de cessation de ces contrats, un droit de rupture unilatérale pourrait être reconnu en cas d'inexécution du contrat ou dans le traitement de l'imprévision (Chapitre 1). Toutefois, tout en reconnaissant aux parties le droit de sortir de l'opération de distribution, sa mise en œuvre doit être régie par les exigences de loyauté et de préservation de l'équilibre contractuel qui sont applicables non seulement à l'égard de l'exécution des contrats de distribution mais également durant la période de leur cessation. Ces exigences se traduisent notamment par des règles visant la protection contre une rupture brusque, ainsi que des investissements réalisés par le distributeur. Cet aspect peut également concerner l'équilibre des clauses contractuelles (Chapitre 2).

¹¹⁸³ V. à ce sujet, en droit français, R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211 et s. ; F. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. Brenner, Economica, 2012.

Chapitre 1

La liberté de sortir du contrat

558. Même si le Code civil colombien ne le reconnaît pas expressément, il est acquis que l'une des expressions de la liberté contractuelle est celle de contracter ou de ne pas contracter¹¹⁸⁴. Une autre expression de celle-ci est la liberté des parties de déterminer la portée de leur engagement dans le temps : elles peuvent fixer ou non un terme ou s'accorder un droit de le résilier unilatéralement. S'il est tentant de limiter cette liberté en vue de garantir une certaine stabilité du contrat de distribution au profit du distributeur, force est de constater que la restriction du droit de rompre le contrat avant une certaine durée ou l'exigence de motifs légitimes de cessation ne sont pas des réponses opportunes. S'agissant de la cessation ordinaire de ces contrats, les libertés de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée et de non-renouvellement du contrat à durée déterminée reconnues par le droit commun des contrats doivent gouverner ces contrats (Section 1). S'agissant de la cessation pour des causes extraordinaires, s'il existe une méfiance envers les mécanismes unilatéraux qui permettent à une partie de quitter le contrat, le droit à la résolution unilatérale doit cependant être reconnu en cas d'inexécution. S'agissant de l'imprévision, une exigence de renégociation du contrat peut être combinée avec un droit de rupture unilatérale en cas d'échec de celle-ci (Section 2).

Section 1 : La cessation ordinaire : la primauté de la liberté de sortir du contrat

559. Outre la nécessité d'une certaine stabilité, les contrats de distribution placent fréquemment le distributeur sous la dépendance économique du fournisseur. De plus, la liberté accordée au fournisseur de quitter le contrat peut être parfois source d'abus. La tentation existe alors d'écarter le droit commun des contrats au profit de l'instauration de règles particulières qui restreignent le droit de sortir du contrat du fournisseur. Ces propositions ne peuvent cependant pas être admises (§1). À l'opposé, la primauté de la liberté de résiliation unilatérale du contrat et la possibilité de ne pas le renouveler consacrées par le droit des contrats doivent

¹¹⁸⁴ En revanche, en droit français, l'article 1102, al. 1^{er}, C. civ. fr., introduit par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, indique : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

être reconnues dans notre étude. Cela étant, aucune règle spéciale relative à la cessation ordinaire des contrats de distribution n'est nécessaire (§2).

§1. Le rejet de la restriction à la liberté de rupture

560. Le législateur et la doctrine ont proposé d'établir des règles particulières, différentes de celles du droit commun des contrats, qui limitent le principe de libre rupture du contrat de distribution. L'intervention du législateur a été parfois sollicitée ; soit pour créer un statut particulier pour certains distributeurs, soit pour réglementer la matière des contrats de distribution¹¹⁸⁵. La doctrine a également réalisé des propositions visant une plus forte stabilité du contrat de distribution par la restriction de la liberté du fournisseur de sortir du contrat (A). Une analyse de ces propositions nous conduira cependant à leur rejet (B).

A. Les propositions de restriction à la liberté de rupture

561. En droit colombien, la restriction générale au principe de libre rupture a été avancée dans certaines propositions législatives mais celles-ci ne se sont pas concrétisées (1). Une discussion en droit français portant sur l'exigence d'une obligation de motivation en droit des contrats mérite d'être étudiée¹¹⁸⁶. Dans le cadre de cette discussion, les contrats de distribution

¹¹⁸⁵ Le même phénomène peut également être constaté dans d'autres pays. P. ex. en droit espagnol, mentionnons un projet de loi relatif aux contrats de distribution qui n'a pas abouti (*Boletín oficial de las cortes generales, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, n° 138-1, 29 juin 2011) réglementait en forme intégrale le domaine des contrats de distribution. Dans d'autres pays, la sollicitation du législateur a reçu une réponse favorable. P. ex., en droit belge, on trouve la loi n° 27 de 1961 « relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée ». En droit italien, a été votée la loi n° 129 de 6 mai 2004 relative à la discipline de l'affiliation commerciale. Quant au droit et les différentes lois qui encadrent le contrat de franchise, v. American Bar Association, *The franchise and dealership termination handbook. 2004*, ABA Section of Antitrust, Chicago, 2004.

¹¹⁸⁶ Cette technique ne doit pas être confondue avec le contrôle de l'abus de cessation. Tout d'abord, si tout droit est limité par l'abus, le contrôle est limité aux « circonstances de la rupture à l'exclusion des motifs qui ont animé le contractant, que ceux-ci soient légitimes ou non, exacts ou mensongers » (F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, op. cit., p. 513). En revanche, lorsqu'on impose une obligation de motivation le droit de rupture n'est pas libre par principe. Ensuite, si l'abus du droit n'est pas caractérisé du seul fait de la fausseté ou inexactitude de motifs, l'obligation de motivation conduit en premier lieu à un contrôle de la réalité et de l'exactitude des motifs avancés. Enfin et surtout, elle entraîne un contrôle élargi, car le juge peut vérifier la pertinence des raisons invoquées. Nul besoin de prouver la faute, car il suffit de contester la légitimité du motif avancé pour résilier ou ne pas renouveler le contrat (G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat. Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 477).

ont été particulièrement visés en raison des prérogatives dont sont titulaires les parties au cours de leur exécution, ainsi que lors de leur cessation¹¹⁸⁷. Seul ce dernier aspect sera traité ici (2).

1. Les essais d'intervention du législateur

562. Il convient d'étudier en droit colombien les propositions de loi qui ont été présentées pour limiter le droit de mettre fin au contrat dont est titulaire le fournisseur, mais qui n'ont jamais abouti.

563. Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'actuel Code de commerce, une proposition de loi a été présentée en 1969¹¹⁸⁸. Son domaine d'application concernait aussi bien les mandataires que les concessionnaires. Selon son article 2, les distributeurs visés étaient les agents représentants d'entreprises ou de produits d'origine étrangère et les personnes physiques ou morales qui avaient à leur charge la fabrication, la distribution ou la vente de produits sur le territoire national, à travers un contrat de concession moyennant des commissions ou redevances. Cette proposition ne réglementait que le moment de la cessation du contrat et avait un caractère très protecteur des mandataires et des concessionnaires. En effet, il soumettait le droit d'y mettre fin unilatéralement et de ne pas le renouveler de la part des concédants et mandants à l'existence d'une juste cause, qui pouvait être constituée notamment par l'inexécution des obligations essentielles ou l'affectation substantielle des intérêts du fournisseur dans la fabrication, la promotion ou la distribution des produits. Cette proposition prétendait ainsi cantonner le droit de rupture du mandant et du concédant à certaines causes légitimes. Ces règles ne pouvaient être exclues ou modifiées par des clauses particulières et étaient applicables à tout contrat exécuté en territoire colombien¹¹⁸⁹.

564. Dans l'exposé de ses motifs, il apparaissait que le but de cette proposition était de remédier à la situation des mandataires et concessionnaires qui faisaient des efforts personnels

¹¹⁸⁷ P.-Y. Gautier, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.*, 1998, p. 130, affirme dans le même sens que l'obligation du concédant de livrer son juste motif est fondée « sur le dommage parfois considérable que va subir l'ancien concessionnaire, privé de son principal élément attractif auprès de sa clientèle ».

¹¹⁸⁸ Projet de loi n° 27 de 1969, in *Anales del Congreso*, Imprenta Nacional de Colombia, 1969, p. 726.

¹¹⁸⁹ L'exposé des motifs indiquait que le projet a pris en compte des législations étrangères, notamment celles de Porto Rico et de la République dominicaine qui établissent des conditions plus sévères pour la cessation unilatérale des contrats de représentation, et d'autres règles qui obligent l'entreprise productrice à rembourser le capital investi et les dépenses réalisées par le distributeur en machines, ainsi qu'à payer une indemnisation et le *good will* crée.

et financiers importants pour créer et développer un marché pour les produits d'une entreprise étrangère qui, quelques temps après, lorsque la marque devenait connue sur le marché, décidait de ne pas continuer l'exécution du contrat¹¹⁹⁰. Selon la justification de la proposition, cette situation était plus grave encore en raison des règles monétaires qui restreignaient le versement à l'étranger des utilités ou des bénéfices obtenus par les entreprises étrangères sur le territoire colombien car, de ce fait, elles préféraient, après plusieurs années d'exécution du contrat, assumer directement la distribution de leurs produits en Colombie. Le mandataire ou le concessionnaire subissaient alors des préjudices importants du fait de la perte du capital investi et des bénéfices dont ils étaient privés à l'avenir. Si la loi ainsi proposée n'a pas vu le jour, certaines règles du Code de commerce qui est entré en vigueur en 1971 semblent cependant s'en être inspirées, notamment quant à la définition du contrat d'agence commerciale, les justes causes de cessation, l'indemnité en cas de rupture illégitime et l'application impérative de ces règles à tout contrat exécuté sur le territoire colombien. Le Code de commerce a toutefois adopté un régime moins protecteur pour l'agent commercial, avec une rédaction, comme nous l'avons observé, très ambiguë¹¹⁹¹.

565. Plus récemment¹¹⁹², une autre tentative parlementaire a été présentée, relative à « la représentation commerciale d'entreprises étrangères et aux mécanismes de protection pour les représentants commerciaux et agents sur le territoire national »¹¹⁹³. Cette proposition tendait à introduire la catégorie du « contrat de représentation commerciale d'entreprise étrangère », qui visait les contrats conclus par une entreprise (représentant commercial) exécutant de manière continue et exclusive des activités commerciales en faveur de marques, produits ou services d'une autre entreprise (représenté), ou réalisant la distribution exclusive, pour son propre compte et risque, des biens ou services en faveur d'une autre entreprise.

¹¹⁹⁰ *Anales del Congreso, op. cit.*, p. 726.

¹¹⁹¹ *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, A, 2.

¹¹⁹² Un autre un projet de loi (n° 146 de 2012), relatif à l'agence commerciale de biens, a été présenté pour respecter les engagements de la Colombie stipulés dans l'accord de libre-échange conclu avec les États-Unis en vigueur depuis le 12 mai 2012. Ce projet distinguait le contrat d'agence commerciale de biens du contrat d'agence commerciale de services. Il établissait des règles spéciales pour l'agence de biens, notamment il excluait la présomption d'exclusivité en faveur de l'agent commercial sur le territoire attribué par le mandant et exigeait un accord exprès des parties quant à l'indemnité de fin de contrat. Il ne modifiait pas les règles relatives à la rupture du contrat d'agence commerciale. Le texte du projet est disponible à l'adresse suivante : <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=3625> (consulté le 30 juillet 2015).

¹¹⁹³ Projet de loi n° 154 de 2015, *Gaceta del Congreso*, n° 291 du 13 mai 2015, Bogotá, Imprenta Nacional.

566. Si cette proposition n'encadrerait pas de manière directe le droit de résiliation ou de non-renouvellement du fournisseur, en revanche, il établissait une restriction indirecte du droit du fournisseur de sortir du contrat de distribution dans la mesure où il imposait le paiement d'une indemnité ou d'une compensation en cas de cessation du contrat ou de modification des conditions contractuelles, comprenant plusieurs rubriques élevant de manière substantielle les coûts de sortie du contrat. En réalité, il s'agit d'une technique détournée qui, loin de protéger les représentants commerciaux d'une entreprise étrangère, dissuaderait les fournisseurs d'avoir recours à ce mécanisme de représentation commerciale visé par la proposition, car cette indemnité de fin du contrat est non seulement excessive mais également contraire à certains principes de la responsabilité civile¹¹⁹⁴.

567. L'intervention du législateur a aussi été sollicitée dans d'autres pays. Si nous regardons le droit français, la deuxième moitié du XX^e siècle a été riche en matière de propositions de loi relatives au contrat de distribution¹¹⁹⁵. Cela a donné lieu à d'importantes discussions doctrinales sur l'opportunité ou non de l'intervention du législateur¹¹⁹⁶. Certaines de ces propositions de loi ne contenaient pas de restriction au droit de résiliation ou non-renouvellement du contrat, mais établissaient un droit à la réparation du préjudice subi, notamment en imposant à la fin du

¹¹⁹⁴ Selon l'article 4 du projet de loi, l'indemnité doit comprendre : la valeur de tous les actifs que détient le représentant commercial et sans qu'il ait l'obligation de les restituer au représenté, la valeur de tous les investissements et dépenses réalisés pour l'exécution de l'opération, la valeur des actifs immatériels, prenant en compte la valeur des signes distinctifs sur le marché colombien quand le représentant a fait des investissements de promotion commerciale et les utilités passées et à venir ou potentielles, en tenant en compte des utilités obtenues pendant l'exécution de la représentation.

¹¹⁹⁵ Proposition de M. Daladier tendant à créer un statut des agents concessionnaires du commerce et de l'industrie (*Annales de l'Assemblée nationale, Documents parlementaires*, 2^e législature [volume 14], Session de 1955, II, Imprimerie des Journaux officiels, Paris, 1957, annexe n° 12283, p. 1455). Proposition de MM. Cupfer et E. Daladier tendant à préciser les conséquences juridiques du mandat du concessionnaire du commerce et de l'industrie (*Annales de l'Assemblée nationale, Documents parlementaires*, 3^e législature, 1956-1957, n° 5087. Proposition de M. Lachèvre tendant à instituer un statut des concessionnaires de marques [*Conseil de la République, Session ordinaire de 1956-1957- Séance du 4 oct. 1956, annexe n° 7, p. 2*]. Proposition de loi de MM. Glon et Couste, n° 891, tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires, déposée le 11 décembre 1973 à l'Assemblée nationale ; proposition de loi de M. Turco, n° 979, tendant à définir la situation du commerçant-distributeur, déposée le 19 mai 1974 à l'Assemblée nationale. Proposition de MM. Lauriol et Ansquer, n° 529, 2^e session, 1977-1978.

¹¹⁹⁶ M. Maymon-Goutaloy, « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.*, 1982, p. 532 ; J. Beauchard, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 37. *Id.*, « Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ? », in *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle* [sous dir. N. Dissaux et R. Loir], L'Harmattan, 2009, p. 261 ; J. Thréard, « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », *RTD com.*, 1972, p. 537 ; P. Le Tourneau, *Les contrats de franchise*, 2^e éd., Litec, Coll. « Droit et Professionnels », 2007, n° 14, p. 7.

contrat la reprise des stocks invendus, une indemnité de clientèle et le paiement des frais investis par le distributeur et non encore amortis au moment de la cessation¹¹⁹⁷. D'autres propositions restreignaient de manière plus importante la liberté des parties de sortir du contrat de distribution. Ainsi, l'article 3 de la proposition de MM. Cupfer et Daladier indiquait que « la résiliation ou le refus de renouvellement du mandat par le concédant ne peuvent intervenir que pour des motifs sérieux et légitimes et à charge pour le concédant de reprendre les stocks constitués »¹¹⁹⁸. Pour sa part, la proposition de M. Daladier, qui a été déposée à deux occasions¹¹⁹⁹, prévoyait une durée obligatoire du contrat de concession de neuf ans et un principe de renouvellement du contrat pour une nouvelle période de neuf années, ou la possibilité pour le concédant de payer une indemnité compensatrice du préjudice subi par le concessionnaire¹²⁰⁰.

568. Toutes ces propositions de loi, en droit colombien et en droit français, portaient de l'idée que l'intervention du législateur était nécessaire dans notre matière pour attribuer au distributeur la protection que l'application du droit commun n'est pas en mesure de lui accorder. En même temps, l'intervention effective du législateur dans ces cas n'aurait pas été sans dangers, dans la mesure où ces propositions établissaient des restrictions générales, parfois excessives, à la liberté de rupture du contrat de la part du fournisseur, en introduisant même des obligations à la fin du contrat qui se seraient avérées très discutables du point de vue de la responsabilité civile. Par ailleurs, la doctrine française s'est intéressée à l'exigence d'une obligation de motivation en droit des contrats.

¹¹⁹⁷ Selon l'article 2 de la proposition de loi de MM. Lauriol et Ansquer : « Hors le manquement grave aux obligations du contrat et nonobstant toute clause contraire, la partie qui rompt le contrat ou en refuse le renouvellement est tenue de réparer *le préjudice* qu'elle cause à l'autre, à raison de frais exposés à sa demande nécessités par la bonne exécution du contrat ou résultat de la cessation du contrat ». V. aussi art. 4, 1^{er} de la proposition de loi de M. Lachèvre (Conseil de la République, Session ordinaire de 1956-1957-Séance du 4 oct. 1956, Annexe n° 7, p. 2).

¹¹⁹⁸ Dans un sens proche, la proposition de loi de MM. Glon et Couste, après avoir établi comme motifs légitimes de résiliation ou non-renouvellement la faute grave de l'intermédiaire et les conditions économiques particulièrement défavorables, dans son article 5 établissait : « Hors ces cas de motifs légitimes, les intégrateurs doivent indemniser leurs intermédiaires en fonction de la perte de clientèle subie par ces derniers ».

¹¹⁹⁹ La première fois le 21 juillet 1955 (*J.O. A.N. N° 74 de 1955*, page 4024 - Séance n° 124 du 21 juillet 1955).

¹²⁰⁰ Pour une étude approfondie de ces propositions, v. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, n° 47 et s.

2. L'exigence d'une obligation de motivation

569. L'obligation de motivation accomplirait plusieurs fonctions si elle était imposée lors de la cessation du contrat de distribution. Elle servirait, d'abord, la transparence contractuelle dans la mesure où la partie voulant rompre aurait à révéler et à expliquer ses mobiles¹²⁰¹. En outre, elle aurait une fonction préventive en ce qu'elle obligerait l'auteur de la rupture à réfléchir sur le sérieux de ses raisons et leur admission par son cocontractant et par le juge¹²⁰². De plus, l'introduction d'une telle obligation accorderait un avantage probatoire parce que « grâce à elle, le cocontractant auquel s'impose la décision considérée n'aura pas, s'il entend le contester, à en reconstituer les raisons, mais seulement à en démontrer le caractère non légitime »¹²⁰³. Comme l'explique un auteur, « lorsque l'on parle d'obligation de motivation, c'est qu'une personne doit expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes »¹²⁰⁴. Il s'agit d'une technique de contrôle des comportements des parties qui peut admettre différents degrés¹²⁰⁵. En toute rigueur, l'obligation de motivation entraînerait que seules certaines motivations soient permises pour pouvoir exercer un droit¹²⁰⁶.

570. Il existerait plusieurs voies pour déterminer quand ladite obligation serait exigible lors de la cessation du contrat. Certains auteurs adoptent un critère général et proposent que la

¹²⁰¹ T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, n° 1, p. 579 : « Il ne faut certes pas exagérer cet effet de dépouillement : la motivation étant un discours élaboré par l'auteur de la décision qu'elle soutient, celui-ci en contrôle donc les termes, rien ne le contraignant réellement à tout révéler ».

¹²⁰² L. Aynès, « Motivation et justification », *RDC*, 2004, p. 555, affirme dans ce sens : « Mais à l'agent, elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte ».

¹²⁰³ T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n° 7, p. 579.

¹²⁰⁴ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 4, p. 306. Rapp. T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, p. 579 : « La motivation est un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne telle option ».

¹²⁰⁵ L'exigence d'une obligation de motivation admet différents degrés. Tout d'abord, par souci de transparence, il pourrait s'agir d'exiger simplement au producteur ou tête du réseau l'extériorisation de motifs de sa décision, ce qui permettrait, d'une part, leur connaissance par le distributeur, et d'autre part, éventuellement de demander devant le juge la caractérisation d'un abus du droit. Ensuite, il peut s'agir d'exiger d'invoquer un motif de cessation qui puisse être considéré comme suffisamment important pour qualifier de légitime la rupture. Enfin, il peut s'agir de l'obligation d'invoquer l'un des motifs limitativement prévus par la loi ou jugés légitimes par la jurisprudence.

¹²⁰⁶ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, p. 306.

jurisprudence exige que la résiliation ou le refus de renouvellement soient fondés sur un motif légitime dès lors que le contrat de distribution a eu une certaine durée¹²⁰⁷. Ainsi, ils affirment qu'« en cas de rupture, le concédant serait alors tenu de donner son juste motif, objectif ou subjectif, eu égard au dommage considérable que va subir l'ancien concessionnaire "privé de son principal élément attractif auprès de sa clientèle" »¹²⁰⁸. Selon d'autres auteurs, son application pourrait être cantonnée aux cas où le distributeur démontre l'existence d'une relation de dépendance. Cela éviterait que la rupture « ne résulte plus d'une décision égoïste arbitraire, mise en œuvre dans l'indifférence à la situation de celui qui en subit les conséquences, mais au contraire un acte dicté par un intérêt supérieur à celui déjà considérable de l'assujetti »¹²⁰⁹. Le juge pourrait ainsi contrôler que la rupture est suffisamment justifiée pour compenser le préjudice important pouvant en découler pour le cocontractant¹²¹⁰. De même, cette obligation pourrait se justifier lorsque le fournisseur et le distributeur se trouvent placés « en position d'inégalité du fait de leur situation personnelle ou professionnelle »¹²¹¹.

571. Puisque l'obligation de motivation serait exigée sans égard à la durée du contrat, une restriction de la liberté du fournisseur de mettre fin au contrat en découlerait et une protection générale des distributeurs serait ainsi assurée. Toutefois, loin d'être un mérite, cela est contestable dans la mesure où ce mécanisme ferait fi du fait que tous les distributeurs ne se trouvent pas placés dans la même situation, ni ont besoin de la même protection, en particulier à l'égard de la durée d'exécution qui s'est écoulé lorsqu'elle a permis aux parties de retirer les utilités attendues du contrat. Cette critique s'ajoute à d'autres qui peuvent être plus généralement formulées à l'encontre de ces propositions.

¹²⁰⁷ J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁰⁸ C. Dias, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, T. I. préf. I. Urban-Parleani, PUAM, 2014, n° 214, p. 224.

¹²⁰⁹ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, *op. cit.*, n° 283 et 289.

¹²¹⁰ M. Fabre-Magnan, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC*, 2004, p. 573. Dans le même sens, G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 473, p. 369 : « Pour nous, il faut aller plus loin et exiger que celui qui ne veut pas renouveler justifie son refus lorsqu'il s'est créé entre les parties un rapport de dépendance tel que le refus de renouvellement empêche le cocontractant délaissé de contracter, définitivement ».

¹²¹¹ T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n° 9, p. 579. Rapp. L. Aynès, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 557 : « Au reste, on a pu faire aussi valoir qu'elle devrait être exigée quand l'acte crée une situation juridique que son destinataire n'avait pas à anticiper. Ainsi en va-t-il du refus de renouvellement lorsqu'il existe un droit au renouvellement du contrat, mais non pas pour le simple refus de renouveler car il ne prive pas autrui d'un droit ».

B. L'appréciation critique des propositions

572. La liberté de résiliation unilatérale et de non-renouvellement du contrat ne sont que des expressions négatives de la liberté de contracter ou de ne pas contracter. La restriction de ces libertés entraînant une limitation importante à la liberté de contracter des parties, elle ne pourrait être admise que s'il existe des raisons de taille qui la justifient. Nous estimons que ces propositions législatives doctrinales ainsi présentées doivent être écartées en raison de leur inopportunité du point de vue contractuel mais également au regard de la liberté de la concurrence (a). Elles doivent également être refusées en raison de la difficulté d'apprécier la légitimité des motifs en présence en cas d'exigence d'une obligation de motivation (b).

a L'inopportunité d'une restriction générale à la liberté de rupture

573. La consécration d'une restriction de principe à la liberté de mettre fin à un contrat se relève inopportune tant du point de vue du droit des contrats que du point de vue du droit de la concurrence.

574. Droit des contrats. Certes, le distributeur doit être protégé contre les cessations illégitimes du contrat ; cependant, une restriction générale de la liberté de rupture négligerait totalement les intérêts légitimes des fournisseurs en restreignant excessivement leur liberté de sortir du contrat et de changer de partenaire¹²¹². Enfermer ces derniers dans une relation conduirait à une rigidité excessive, d'où il résulte que plutôt que de restreindre de manière générale le droit à la liberté de rupture du fournisseur, il serait préférable de prévoir une protection des intérêts du distributeur qui peut subir un préjudice anormal à la fin du contrat¹²¹³. En outre, le principe de liberté de rupture constitue indéniablement un mécanisme de contrôle en faveur du fournisseur et une menace qui incite le distributeur à bien exécuter le contrat en vue du maintien des relations contractuelles. La doctrine a pu remarquer, à cet égard, que la restriction du principe de liberté de cessation priverait le fournisseur d'un instrument de contrôle, notamment contre les comportements parasites du distributeur¹²¹⁴.

¹²¹² A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, *op. cit.*, n° 502, p. 459.

¹²¹³ *Infra* Seconde Partie, Titre I, Chapitre 2.

¹²¹⁴ V. U. Benoliel, « The expectation of continuity effect and franchise termination laws: a behavioral perspective », *American Business Law Journal Spring*, vol. 46, n° 1, 2009, p. 147 ; F. Martin et Ph. Klein,

575. À cela s'ajoute que le renversement du principe entraînerait des incertitudes quant à la portée du contrôle du juge et aboutirait sûrement à une augmentation du contentieux. En effet, le contrôle de la légitimité des motifs conduirait à une appréciation de l'opportunité de la poursuite des relations contractuelles, voire à une balance des intérêts respectifs des parties¹²¹⁵. Si cette difficulté est réduite quand le législateur fixe les causes légitimes de cessation, dans tous les cas l'appréciation judiciaire de l'opportunité de la rupture constituerait une atteinte importante à l'initiative économique du fournisseur. De même, la fixation d'une restriction identique du droit de rupture du fournisseur tout au long de la vie du contrat de distribution ferait fi de l'équilibre économique particulier de ces contrats au regard des investissements réalisés par le distributeur¹²¹⁶. En effet, si le distributeur a exécuté le contrat pendant plusieurs années et a eu une opportunité raisonnable de récupérer les investissements spécialisés réalisés au début de l'opération de distribution, sa situation est différente de celle de la première année d'exécution¹²¹⁷ et mérite une protection distincte.

576. Au reste, la restriction générale du droit de rupture ne peut être justifiée par l'intérêt du distributeur de continuer à profiter de la clientèle attirée par un effort commun des parties pendant l'exécution du contrat. On sait qu'en effet « c'est principalement l'idée de création commune d'une clientèle dont une seule des parties va en définitive profiter, qui a justifié l'exigence d'un motif légitime de rupture dans les mandats d'intérêt commun »¹²¹⁸. En réalité, la question de la clientèle et sa compensation au profit du partenaire qui s'en voit privé à cause de la cessation doit être examinée sur le plan de la liquidation de l'opération de distribution et non pas sur celui de sa stabilité.

577. Droit de la concurrence. Le principe de liberté de cessation de la relation contractuelle trouve également une justification dans les impératifs du droit de la concurrence, spécifiquement dans la « nécessité pour les agents économiques de s'adapter très rapidement aux fluctuations de l'offre et de la demande sur le marché qu'ils occupent »¹²¹⁹. En ce sens, la

« *Restrictions on termination and Nonrenewal of franchises: A policy Analysis* », *The Business Lawyer*, V. 36, n° 3, 1981, p. 1044.

¹²¹⁵ A. Constantin, « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (1^{re} partie) », *op. cit.*, n° 26, p. 9.

¹²¹⁶ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2, B.

¹²¹⁷ J. Frick, « Restrictions on the termination of franchise agreements-a foreigner's view », *Commercial Law Journal*, n° 81, 1996, p. 32.

¹²¹⁸ M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 10, p. 313.

¹²¹⁹ S. Petit, « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 18 septembre 2008, n° 2, p. 33.

cessation d'un contrat de distribution constitue un moyen pour le fournisseur de réagir aux changements de conditions du marché et cela n'est possible que s'il peut restructurer librement son système de distribution. Or, une restriction de son droit de rupture constituerait un frein substantiel à la restructuration et à la souplesse des réseaux de distribution¹²²⁰.

578. De même, le gel d'une situation ne peut que diminuer le dynamisme de l'entreprise du fournisseur face aux évolutions du marché. Cela risque d'introduire une pérennisation des situations et donc la constitution de rentes de situation qui, à long terme, constitueraient une menace pour les réseaux de distribution : un excès de protection risque de conduire les fabricants à développer la vente directe¹²²¹. Comme le relève un auteur, « il faut que des voies de sortie du marché soient assurées pour que des possibilités d'entrée sur le marché existent »¹²²². Une restriction générale du droit de rupture unilatérale conduirait, avec une intensité variable, à permettre aux distributeurs existants de rester sur le marché et, en même temps, à empêcher d'autres potentiels concurrents de tenter leur chance. Ainsi qu'il l'a été observé, « une "barrière" à la sortie des uns emporte "barrière" à l'entrée des autres »¹²²³. D'autres difficultés seraient entraînées par l'admission d'une obligation de motivation pour mettre fin au contrat de distribution.

b. La difficulté de l'appréciation des motifs de la rupture

579. L'exigence d'une motivation n'a d'utilité que dans la mesure où elle permet l'appréciation des motifs avancés et la qualification de la légitimité de la rupture. À l'instar du régime du mandat d'intérêt commun¹²²⁴, se pose ici la question de savoir quels seraient les motifs qui permettraient de juger légitime la cessation du contrat de distribution. S'il appartient aux juges d'apprécier au cas par cas le bien-fondé des motifs invoqués par le fournisseur, force

¹²²⁰ A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, op. cit., n° 500, p. 458.

¹²²¹ M. Malaurie-Vignal, « La cessation des contrats de distribution automobile », *DPPI*, n° 4, 1992, p. 569.

¹²²² L. Vogel et J. Vogel, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *CCC*, août-septembre 1991, p. 2.

¹²²³ C. Mouly-Guillemaud, « Le flux et le reflux de la rupture d'une relation commerciale », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, T. 35, LexisNexis, Coll. « Actualités de droit de l'entreprise », 2018, p. 5.

¹²²⁴ F. Gaudu, « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC*, 2004, p. 566, qui affirme, concernant le droit français : « Non, cependant, que le droit du travail ait été la première branche du droit à exprimer que l'acte unilatéral de résiliation d'un contrat à durée indéterminée doit obéir à un motif qualifié. C'est, vraisemblablement, la jurisprudence relative au mandat d'intérêt commun qui, la première, a requis l'existence d'une cause légitime ».

est de constater que cette appréciation se révèle problématique à plusieurs égards. Cette difficulté peut conduire à une insécurité juridique regrettable.

580. La première question qui se pose est celle de savoir si la décision de ne pas continuer l'exécution du contrat peut obéir aux seuls intérêts du fournisseur. À cet égard, un auteur a pu considérer que ne serait pas admissible la décision qui a pour « unique conséquence un profit plus élevé pour le concédant alors que le maintien des relations contractuelles existantes continuerait à assurer une collaboration économiquement intéressante et positive entre les parties et de nature à satisfaire les besoins de l'usager »¹²²⁵. Il a également été affirmé que l'obligation de motivation « constitue le prolongement de l'obligation qui s'impose au contractant de prendre en compte l'intérêt de l'autre lors de l'élaboration des décisions qui affectant significativement la situation de ce dernier »¹²²⁶. En réalité, ces opinions ne sauraient être admises dans la mesure où le fournisseur peut faire prévaloir ses intérêts, pourvu qu'il respecte le devoir de loyauté qui encadre la mise en œuvre de son droit de rupture. Un motif légitime de cessation existerait même en cas de décision prise dans l'intérêt exclusif du fournisseur¹²²⁷ si cette décision, en elle-même, n'était que la manifestation de la liberté de résilier ou de ne pas renouveler le contrat.

581. De même, il a été affirmé que l'obligation de motivation indique que le droit en question est finalisé¹²²⁸. Il serait ainsi envisageable de fonder le contrôle sur le détournement du droit de

¹²²⁵ M. Maymon-Goutaloy, « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *op. cit.*, p. 531.

¹²²⁶ T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n° 7, p. 579 : « Il paraît donc, plutôt, que si l'abus objectif et l'obligation de motivation introduisent une logique de pouvoir dans les rapports contractuels de droit privé, il ne s'ensuit pas toujours une transformation en pouvoirs, au sens technique du terme, des droits du contractant concernés par l'obligation de prendre en compte l'intérêt d'autrui. Cela étant, que l'on ait affaire à un pouvoir stricto sensu (ce qui est le cas, selon nous, en matière de fixation du prix, cf. La détermination du prix, précité, p. 40 s.), ou à un droit subjectif soumis à une logique de pouvoir, la prise de distance avec les mécanismes traditionnels du droit des contrats est pratiquement la même ».

¹²²⁷ Rappr. Th. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 620, remarque, quant au mandat d'intérêt commun : « Il est, en effet, aisé d'éluder l'irrévocabilité du contrat. Outre la faute du mandataire, il suffit de justifier d'un motif légitime en justice, ce qui est d'ailleurs contestable puisque le juste motif concerne, l'intérêt exclusif du mandant et non l'intérêt convergent des parties, ou de déroger expressément à l'irrévocabilité dans une clause du contrat ... ».

¹²²⁸ V. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, p. 326. L'auteur affirme dans le même sens : « On voit d'ores et déjà que l'obligation de motivation va en réalité de pair avec le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ait limité les mobiles ».

sa finalité, tel que l'avait proposé le doyen Josserand¹²²⁹. Dans cette optique, un auteur a suggéré que la finalité économique et sociale du contrat de créer un rapport de collaboration en vue de développer et satisfaire une clientèle soit prise en compte pour le contrôle du droit de rupture¹²³⁰. En réalité, le droit de résiliation unilatérale et de non-renouvellement du contrat de distribution ne sont pas des droits finalisés et, en conséquence, un contrôle de la légitimité fondé sur une finalité qui n'existe pas n'est pas admissible à l'égard de la liberté de rupture du contrat¹²³¹. Dans tous les cas, l'exigence d'un juste motif de rupture conduirait à nier la liberté de rupture¹²³².

582. Si la décision de rompre le contrat de distribution obéit à une justification économique, le juge ne pourrait que qualifier de légitime cette motivation. Ainsi, la décision de changer de système de distribution, d'assumer la distribution des produits directement ou de retirer le produit ou le service d'un marché échappe à tout contrôle judiciaire. Il en va de même d'autres justifications qui ont un caractère confidentiel, touchant à la stratégie même de l'entreprise¹²³³. Ceci démontre que tout essai de limitation du principe de la liberté de rupture ne peut conduire qu'à créer une situation d'insécurité juridique¹²³⁴. Au reste, à la difficulté du contrôle de la motivation, s'ajoutent des incertitudes quant à la sanction, en cas de défaut ou de non-pertinence, des motifs invoqués pour l'exercice du droit. En effet, si l'obligation de motivation est une condition de validité de l'exercice du droit et son absence conduit à déclarer l'inefficacité de la rupture, il existe en tout cas une hostilité de principe à l'admission forcée de ces contrats fondés sur la confiance réciproque et la collaboration des parties¹²³⁵. Si les raisons

¹²²⁹ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939, p. 395.

¹²³⁰ A. Constantin, « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (1^{re} partie) », *LPA* 1998, 14 septembre, n° 27, p. 9. L'auteur se demande : « Puisque cette finalité oriente nécessairement la formation de ce contrat, on ne voit pas pour quelle raison elle ne devrait pas orienter de la même manière non seulement son exécution, mais également sa cessation ? ».

¹²³¹ A. Etienney, *La durée de la prestation*, *op. cit.*, n° 543, p. 405.

¹²³² A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X Lagarde, PUAM, 2006, n° 502, p. 459, qui en refusant l'extension de l'obligation de motivation à la cessation du contrat, conclut : « Mieux faudrait alors cantonner l'énonciation obligatoire des motifs de sa décision au contrat qui emporte la stipulation de droits finalisés ».

¹²³³ D. Ferrier, « Une obligation de motiver », *RDC*, 2004, p. 558, note de bas de page n° 36.

¹²³⁴ M. Fern et Ph. Klein, « Restrictions on termination and Nonrenewal of franchises: A policy Analysis », *The Business Lawyer*, vol. 36, n° 3, 1981, p. 1044 : « In any case, such legislation inherently evidences a legislative intent to place the burden upon the judicial system to define with greater specificity the contours of « good cause ». In such instances, this places upon the court the obligation to decide on a case-by-case basis the ultimate issue in all ambiguous « good cause » definitions-what the legitimate expectations of the parties are and to what extent they can be protected ».

¹²³⁵ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2. En faveur du maintien forcé du contrat, v. M.-E. Tian-Pancrazi, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 260. *Contre* : Ph. Le

invoquées par l'auteur de la rupture sont jugées illégitimes, la seule sanction possible serait l'octroi de dommages-intérêts¹²³⁶. Toutes ces critiques conduisent naturellement à faire prévaloir les règles du droit commun des contrats à l'égard de la cessation ordinaire des contrats de distribution.

§2. La solution retenue : l'application du droit commun des contrats

583. Aucune restriction ne devrait peser sur le principe de la liberté de la cessation des contrats de distribution. Le droit commun reconnaît la liberté de résilier le contrat à durée indéterminée et le droit de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée. Par conséquent, une règle spéciale dans le régime commun que nous envisageons n'est pas nécessaire. L'application du droit commun des contrats est adaptée aux contrats de distribution. Le respect de la liberté de cessation se manifeste, en premier lieu, lorsque le contrat prend fin par l'effet extinctif du terme que les parties ont stipulé lors de sa conclusion (A). En second lieu, lorsqu'une partie exerce son droit de résiliation dans un contrat à durée indéterminée (B).

A. Le non-renouvellement à l'échéance du terme convenu

584. En pratique, la plupart des contrats de distribution sont conclus pour une durée déterminée dans la mesure où cela permet aux parties de planifier plus certainement l'avenir et de garantir la stabilité de leur relation jusqu'au terme convenu. La stipulation d'un terme permet au distributeur de connaître le temps qu'il va rester dans le réseau de distribution en question et envisager un délai d'amortissement des investissements qu'il a réalisés en vue de l'exécution du contrat. Pour le fournisseur, la stipulation d'un terme présente une certaine commodité dans la mesure où pendant ce temps, ses produits seront certainement commercialisés sur un marché. La cessation du contrat de distribution à l'expiration du terme stipulé par les parties, est un principe bien établi en jurisprudence. Il se manifeste, tout d'abord, par la reconnaissance de l'effet extinctif automatique du terme stipulé lors de la conclusion du contrat (1). Il se concrétise, ensuite, par l'absence d'un droit à exiger la poursuite du contrat au-delà du terme stipulé (2).

Tourneau, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 305, p. 154. S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 497, p. 410.

¹²³⁶ L. Aynès, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 555.

1. L'extinction de plein droit du contrat de distribution

585. Le Code civil ne consacre pas la notion de terme extinctif¹²³⁷ mais la doctrine a toujours reconnu qu'il s'agit d'une cause d'extinction du contrat à exécution successive¹²³⁸. Si le contrat de distribution contient un terme, deux conséquences en résultent. D'une part, avant l'arrivée du terme, aucune des parties ne peut mettre fin au contrat. Le terme vise dès lors à stabiliser la relation des parties pour une période précise¹²³⁹. Il en résulte que la cessation avant terme, par la seule volonté de l'une des parties, constitue une cessation illégitime. D'autre part, « l'expiration du terme libère les parties de plein droit, sans que celles-ci aient à manifester un nouvel accord de volontés pour faire cesser le lien contractuel »¹²⁴⁰.

586. La Cour de cassation colombienne a confirmé l'effet automatique du terme stipulé par les parties. Ainsi, dans un arrêt du 30 août 2011, elle a indiqué que l'arrivée du terme, légal ou contractuel, met fin automatiquement au contrat. Dans le même arrêt, elle a réaffirmé que la cessation d'un contrat par l'expiration de son terme constitue une modalité autonome de cessation, différente notamment de l'accord extinctif et de la rupture unilatérale¹²⁴¹. En conséquence, une autre manifestation de volonté de la part des contractants n'est pas nécessaire pour mettre fin au contrat dès lors que l'arrivée du terme opère *ipso jure*. Il en résulte que la cessation du contrat de distribution par l'échéance du terme ne peut jamais, en elle-même, constituer un abus¹²⁴². En d'autres termes, si les circonstances qui entourent la cessation peuvent conduire à la qualification d'un abus dans le non-renouvellement du contrat, la liberté de ne pas renouveler le contrat n'est pas remise en cause.

¹²³⁷ Pour une définition, v. G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V^o « Terme », Sens 1/ : « extinctif. Évènement à la réalisation duquel est subordonnée l'extinction d'une obligation qui existe tant que le terme court, mais prend fin nécessairement à l'arrivée du terme. Ex. Je conserverai la chose déposée jusqu'au 1^{er} juillet prochain ».

¹²³⁸ La doctrine colombienne a ainsi remarqué que l'article 1325 C. civ. col., relatif à l'extinction des obligations, a omis la consécration du terme extinctif et de l'impossibilité d'exécution comme cause d'extinction des obligations et des contrats. V. A. Pérez, *Teoría general de las obligaciones, mise à jour par A. Tamayo*, V. III, T. II, Doctrina y Ley, 2012, Bogotá, n^o 502, p. 327.

¹²³⁹ C. Truong, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, préf. P. Fouchard, Litec, 2002, p. 188, n^o 199.

¹²⁴⁰ A. Etienney, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. Revet, LGDJ, 2008, n^o 462, p. 337.

¹²⁴¹ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. : William Namén, n^o 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹²⁴² CSJ, chambre civile, 31 oct. 1995, M.R. : Pedro Lafont Pianetta, n^o 4701.

587. La principale conséquence de la règle de l'automaticité du terme extinctif réside dans le fait qu'aucune des parties n'a à justifier sa volonté de ne pas continuer l'exécution du contrat. Ce corollaire est logique étant donné que le non-renouvellement « n'a, à première analyse, rien de violent, surprenant et imprévisible puisqu'il a été prévu dès l'origine »¹²⁴³. Si, en pratique, le contractant décide d'exposer les raisons de sa décision de ne pas renouveler le contrat, le juge ne saurait les examiner ou les mettre en question. À cet égard, la jurisprudence française a pu juger que des motifs inexacts ou fallacieux ne constituent pas un abus dès lors que l'examen des motifs est inutile¹²⁴⁴. En outre, puisque l'arrivée du terme éteint le contrat, aucune des parties ne peut exiger de l'autre son maintien au-delà de celui-ci.

2. L'absence d'un droit à exiger la continuation du contrat

588. Le respect du terme stipulé entraîne que l'une des parties au contrat de distribution ne puisse exiger de l'autre la prorogation ou le renouvellement du contrat. À l'échéance du terme, les parties retrouvent la liberté de la période pré-contractuelle ; elles sont libres de ne pas contracter de nouveau, de renouveler le contrat ou de changer de cocontractant. Selon un auteur, la clause qui fixe la durée du contrat établit la portée de l'engagement, mais elle ne « confère aucune prérogative unilatérale à l'une ou l'autre des parties »¹²⁴⁵. L'effet de l'automaticité du terme, qui libère les parties de donner une quelconque explication, permettrait d'affirmer qu'en réalité le « droit » au non-renouvellement n'existe pas et qu'il s'agit d'un abus de langage¹²⁴⁶. Pour sa part, la Cour de cassation colombienne a affirmé qu'il s'agit d'un droit potestatif de ne pas poursuivre l'exécution du contrat à l'arrivée du terme initialement prévu¹²⁴⁷. En somme, la volonté de ne pas poursuivre l'exécution du contrat à l'échéance du terme n'est qu'une expression de la liberté de ne pas contracter. Une autre liberté, cette fois-ci de rupture, est reconnu lorsque les parties n'ont pas convenu de durée au contrat.

¹²⁴³ A. De Brosses, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et Patr.*, juin 2003, p. 52.

¹²⁴⁴ Cass. com., 4 juin 1980, *Bull.* IV, n° 240 ; Cass. com. 25 avr. 2001, n° 98-22.199 : *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹²⁴⁵ G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012, n° 74, p. 30.

¹²⁴⁶ C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. Gautier, PUAM, 2003 n° 549, p. 467.

¹²⁴⁷ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. : W. Namén, n°11001-3103-012-1999-01957-01.

B. La résiliation du contrat à durée indéterminée

589. En l'absence de terme ou sur accord des parties, le contrat de distribution peut être à durée indéterminée et chacune des parties peut en quelque sorte fixer unilatéralement la durée du contrat dans la mesure où elles peuvent mettre en œuvre un droit de rupture unilatérale. Il convient, d'abord, d'examiner la liberté de rompre unilatéralement le contrat à durée indéterminée (1), avant d'étudier ses conséquences quant à l'absence de contrôle des motifs de la rupture (2).

1. Le fondement de la liberté de résilier unilatéralement le contrat

590. Le droit commun des contrats contenu dans le Code civil colombien ne réglemente pas de manière générale la durée des contrats, ni ne consacre de distinction entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée¹²⁴⁸. En revanche, plusieurs contrats spéciaux encadrés par le Code civil se voient appliquer des règles relatives à l'hypothèse de l'absence de fixation d'un terme par les parties¹²⁴⁹. Il est alors revenu à la jurisprudence de préciser le régime des contrats lorsque les parties n'ont pas fixé de terme¹²⁵⁰. Concrètement, la Cour de cassation colombienne, dans un arrêt du 28 mars 1955, a appliqué la méthode inductive pour reconnaître l'existence du droit de résiliation unilatérale dans les contrats conclus sans terme¹²⁵¹. Précisément, elle a affirmé que dans ces contrats, chaque partie peut le rompre moyennant un préavis donné à l'autre partie avec une anticipation raisonnable. La Cour a en outre indiqué que cette règle apparaît consacrée dans plusieurs dispositions du Code civil (arts. 2009, 2034, 2043,

¹²⁴⁸ Comp. en droit français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », ratifiée postérieurement par la loi n° 2018-287, a consacré une section relative à la durée du contrat (art. 1210 et s.) qui prévoit les régimes de cessation des contrats à durée indéterminée et des contrats à durée déterminée.

¹²⁴⁹ Contrat de louage de choses (art. 2009 C. civ. col), contrat de louage de services immatériels (2066 C. civ. col), contrat de compte courant (art. 1261 C. civ. col.) et contrat d'ouverture de crédit (art. 1406 C. com. col.).

¹²⁵⁰ H. Roland, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 737.

¹²⁵¹ En droit français, des textes particuliers consacrent la faculté de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée (contrat de travail, art. L-1231-1 C. trav. ; contrat de bail, art. 1736 C. civ. fr.). La jurisprudence reconnaît ce droit de façon générale. Cass. civ. 1^{er}, 5 févr. 1985, *Bull. civ.* I, n° 54 : « Vu l'article 1134, al. 2 ; (...) dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'al. 3 du même texte, offerte aux deux parties ». Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle à cette règle (Cons. const. 9 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, 109, obs. Mestre).

2066, 2138), de commerce (art. 449) et du travail (art. 49)¹²⁵². Plus récemment, elle a affirmé que dans les contrats à durée indéterminée, la faculté de résiliation unilatérale en est un élément naturel (*naturalia negotii*) et s'applique par la loi, les usages ou la coutume (arts. 1501 C. civ. col¹²⁵³. et 881 C. com. col.)¹²⁵⁴.

591. Le fondement de la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée a également été examiné par la doctrine. Certains auteurs soutiennent que le droit de résiliation unilatérale trouve son fondement dans l'interdiction des engagements perpétuels¹²⁵⁵. Ainsi, lorsque les parties ont conclu un contrat de distribution à durée indéterminée, la force obligatoire du contrat contraindrait logiquement les parties à exécuter le contrat indéfiniment ; cependant, l'affirmation du principe de prohibition des engagements perpétuels conduit à l'introduction d'une faculté de résiliation unilatérale afin d'affranchir le contrat à durée indéterminée du vice de perpétuité¹²⁵⁶.

592. Ce raisonnement mérite cependant d'être nuancé. En effet, de la seule absence de terme ne peut être déduite une intention des contractants de se lier *ad perpetuam*. À cet égard, la jurisprudence colombienne a infirmé l'équivalence entre le contrat à durée indéterminée et le contrat perpétuel¹²⁵⁷. Sans doute, l'absence de terme dans un contrat peut obéir à plusieurs

¹²⁵² CSJ, chambre civile, 28 mars 1955, M.R. : Alberto Zuleta Angel, *G.J.* LXXIX, p. 814.

¹²⁵³ L'article 1501 C. civ. col. dispose : « *On distingue, dans chaque contrat, les choses qui sont de son essence, celles qui sont de sa nature, et celles accidentelles. Sont de l'essence d'un contrat celles sans lesquelles il ne produit pas d'effets ou dégénère dans un autre contrat différent ; sont de la nature d'un contrat celles qui n'étant pas de son essence, lui appartiennent sans nécessité d'une stipulation spéciale ; et sont accidentelles à un contrat celles qui ne lui appartenant ni par sa nature ni par son essence, elles sont ajoutées par des stipulations particulières* ».

¹²⁵⁴ CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. William Namén, n° 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹²⁵⁵ L. Botero, « Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano », in *La terminación del contrato* (sous dir. J. Gaitán et F. Mantilla), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 386 ; E. Rengifo, *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Legis, Bogotá, 2014, p. 105. F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *Revista de Derecho Privado*, n° 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 37 ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. dactyl., Paris II, 1973, II-5, p. 117, affirme : « Ce principe doit être admis comme une mesure indispensable de sauvegarde des contractants contre les engagements perpétuels. Si aucun droit de rupture n'était reconnu, le contrat serait susceptible de se poursuivre jusqu'à la morte de l'une ou l'autre des parties. Si le droit de rompre n'était accordé qu'à l'une d'entre elles seulement, celle-ci pourrait retenir indéfiniment l'autre dans les liens contractuels tant qu'elle ne manifesterait pas sa volonté d'y mettre fin. Le droit de rompre représente donc l'unique justification de la validité des conventions conclues sans terme. Nul à l'heure actuelle ne le remet pas systématiquement en cause parce que sa raison d'être, la prohibition des engagements perpétuels, est indiscutable ».

¹²⁵⁶ V. à cet égard, les critiques d'A. Etienney, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. Revet, LGDJ, 2008, n° 405 et s.

¹²⁵⁷ Dans un arrêt du 30 août 2011 précité, la Cour de cassation colombienne a affirmé que : « la durée indéfinie ne signifie perpétuité ni éternité. Aucune relation juridique n'est éternelle (...) Le contrat à durée

causes¹²⁵⁸. Comme l'a relevé un auteur, « si les parties forment un contrat sans durée exprimée, ce n'est pas par désir de manifester une emprise extraordinaire sur l'avenir, mais plus simplement parce que la date de cessation de leurs relations ne peut pas être d'emblée prévue avec une certitude suffisante »¹²⁵⁹. Il se peut également que les parties aient voulu, l'une et l'autre, se rendre maîtres du moment auquel se dénouera la relation contractuelle¹²⁶⁰, ou simplement qu'elles aient oublié de fixer un terme. Force est d'admettre que lorsque la perpétuité du contrat ne constitue pas une menace, la règle de la résiliation devient une règle simplement technique, « une pure et simple affaire d'opportunité pour chacune des parties »¹²⁶¹. En d'autres termes, la faculté de résiliation ne constitue pas toujours une protection contre la soumission à un contrat perpétuel¹²⁶². En tout état de cause, la reconnaissance de la liberté de résiliation unilatérale a d'importantes conséquences sur la mise en œuvre du contrat.

2. L'absence de contrôle des motifs de la résiliation

593. La reconnaissance de la liberté de résilier unilatéralement le contrat a pour conséquence que le contractant n'ait pas à exposer les motifs de sa décision et encore moins à justifier le bien-fondé de sa décision de rompre¹²⁶³. Il est toutefois permis de s'interroger sur le point de savoir si le juge peut examiner les motifs lorsqu'il les connaît ou lorsque l'auteur de la rupture

indéfinie est un contrat durable, qui manque d'un terme précis, déterminé ou défini, il se prolonge dans le temps et cesse selon la loi ou la convention. Il n'est pas *ad perpetuam*, ni devient ou équivaut à celui-ci ».
¹²⁵⁸ A. Etienney, *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, *op. cit.*, p. 618, n° 834, affirme : « elle peut procéder du poids de la partie forte, laquelle peut avoir imposé la conclusion d'un contrat à durée indéterminée en considération de son intérêt à pouvoir s'en délier à tout moment et en méconnaissance de la durée essentielle à la satisfaction de la partie faible ».

¹²⁵⁹ R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, n° 5, p. 437.

¹²⁶⁰ H. Roland, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 739.

¹²⁶¹ R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *op. cit.*, p. 437.

¹²⁶² Rappr. en droit italien, le devoir de bonne foi a été reconnu comme le fondement du droit de résiliation dans le contrat à durée indéterminée. La Cour de cassation italienne, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1998, n° 6427, à propos d'un accord collectif de travail, a ainsi affirmé : « In vero, al di là di dette specifiche ipotesi, e per quanto attiene in particolare ai contratti privi di termine finale, ossia a tempo indeterminato, deve essere riconosciuta la possibilità di farne cessare l'efficacia, previa disdetta, anche in mancanza di una espressa previsione legale, così come ha già da tempo riconosciuto autorevole dottrina. Trattasi di un principio, che appare in sintonia con quello di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), e che è coerente con la particolare struttura del rapporto, che non può vincolare le parti senza limiti, in contrasto con la naturale temporaneità della obbligazione ».

¹²⁶³ Quant à la jurisprudence française : Cass. com., 15 déc. 1969 : *Bull. civ.* IV, n° 384 ; Cass. com. 4 juin 1996 : *RTD civ.* 1996, p. 906, obs. J. Mestre ; Cass. com. 25 avr. 2001 : *D.* 2001, p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002 p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

décide de les extérioriser. S'il est certain que le juge ne peut examiner la légitimité des motifs qui ont fondé l'exercice du droit de résiliation unilatérale, car cela signifierait porter atteinte à cette liberté, une question pertinente est celle de savoir si le juge peut examiner la réalité et la véracité de ces motifs.

594. La jurisprudence colombienne n'a pas encore examiné la question. En revanche, la jurisprudence française a fixé sa position ces dernières décennies. Dans un premier temps, elle a affirmé que s'il n'est pas répréhensible de donner des motifs inexacts ou fallacieux, les juges pourraient les prendre en considération pour caractériser une rupture abusive¹²⁶⁴. Plus récemment, elle a confirmé que des motifs inexacts ou fallacieux ne constituent pas un abus dès lors que l'examen des motifs est inutile¹²⁶⁵. Cela semble aujourd'hui une jurisprudence constante¹²⁶⁶. En réalité, lorsque la partie qui met en œuvre son droit de résiliation unilatérale exprime les motifs de sa décision, son cocontractant ne peut pas remettre en cause l'exercice de ce droit en lui-même. Toutefois, si le cocontractant invoque un abus dans la rupture, le juge, dans son examen des circonstances qui ont entouré la cessation, peut tenir compte, parmi d'autres circonstances, des motifs énoncés par l'auteur de la rupture¹²⁶⁷. En d'autres termes, l'inexistence, la fausseté ou l'inexactitude se révèlent à elles seules impuissantes à caractériser l'abus de cessation ; pourtant, l'abus pourra être démontré lorsque les motifs exprimés, reliés à d'autres circonstances qui ont entouré la cessation, permettent de démontrer une déloyauté d'une extrême gravité, un comportement de mauvaise foi ou une intention de nuire.

¹²⁶⁴ Cass. com. 5 avr. 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 419 et 5 oct. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 326.

¹²⁶⁵ Cass. com. 4 juin 1980, *Bull. IV*, n° 240 ; Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199, *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹²⁶⁶ Pour une critique de cette jurisprudence, v. C. Dias, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, T. I. préf. I. Urban-Parleani, PUAM, 2014, n° 202, p. 215, affirme : « De façon contestable, la Cour de cassation déduit de cette absence d'obligation de motiver le non-renouvellement, que le fournisseur qui donne des motifs non sérieux, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du distributeur (...) Cette décision vient démontrer, s'il en était encore besoin, l'excessive et peu concevable tolérance du juge à l'endroit des concédants, juge qui sous couvert de sauvegarder la liberté de sortir du rapport contractuel, se fait complice d'un arbitraire ».

¹²⁶⁷ La jurisprudence française a ainsi clairement affirmé : « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen des circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre ». Cass. civ. 1^{er}, 21 févr. 2006 : *BRDA* 2006, n° 7, p. 6, n° 12 ; *CCC*, comm. 99, note L. Leveneur.

L'inexactitude ou la fausseté des motifs ne seraient que l'une des pistes qui permettrait éventuellement de découvrir un comportement abusif de l'auteur de la rupture¹²⁶⁸.

595. Conclusion de la Section I du Chapitre 1 du Titre I de la Seconde partie. Puisque les contrats de distribution placent fréquemment le distributeur dans une situation de dépendance économique et requièrent une certaine stabilité pour l'accomplissement de la prestation médiate de conquête et d'exploitation d'un marché, il est tentant de vouloir limiter la liberté des partis de sortir du contrat à l'exigence d'une juste cause de cessation ou d'une obligation de motivation. Toutefois, si ces caractères des contrats de distribution peuvent avoir une influence sur l'appréciation des comportements des parties à leur cessation, ils ne sont pas de nature à justifier la limitation de leur liberté de résilier ou de ne pas renouveler le contrat. L'application du droit commun des contrats sur le plan de leur cessation ordinaire ne devrait donc pas être exclue dans le régime commun spécial envisagé. Lorsqu'il s'agit d'une cessation extraordinaire du contrat de distribution, un droit de rupture unilatérale pourrait également être reconnu dans certaines circonstances.

Section 2 : La cessation extraordinaire : l'admission de la rupture unilatérale

596. Comme nous l'avons observé précédemment, le droit commun des contrats accorde un rôle important au juge lorsque le contrat est atteint par l'inexécution de l'une des parties ou par un évènement extérieur à elles qui bouleverse l'équilibre économique du contrat¹²⁶⁹. Concernant le premier aspect, la règle du droit commun des contrats prescrit que les parties doivent avoir recours au juge afin qu'il prononce la résolution du contrat de distribution pour inexécution. Toutefois, le Code de commerce admet la résolution unilatérale pour inexécution à l'égard des contrats d'agence commerciale et de fourniture. Nous estimons que l'exception devrait devenir la règle en matière de contrats de distribution (§1). Quant au second aspect, le

¹²⁶⁸ Par exemple, v. Cass. com., 5 oct. 1993, *JCP G* 1994, II, 22224, obs. C. Jamin. La Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir déclaré abusive la rupture d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, car le concédant, non seulement a eu recours à une série de motifs délibérément fallacieux, mais encore, a violé l'obligation d'exclusivité, a été de connivence avec les agents de la société concessionnaire qui ont porté sur le territoire concédé des atteintes systématiques à leur convention au profit de concessionnaires voisins, a alourdi les frais financiers de son cocontractant et compliqué sa gestion, a modifié unilatéralement les conditions d'approvisionnement de la société concessionnaire et aggravé celles d'exploitation et a commis des actes de dénigrement et de discrimination.

¹²⁶⁹ V. Première partie, Titre I, Chapitre 2.

juge dispose d'un pouvoir d'adaptation ou de résiliation du contrat pour traiter l'imprévision. L'introduction d'une procédure de résiliation extrajudiciaire nous semble plus opportune dans cette hypothèse (§2). À l'évidence, il s'agit de questions qui dépassent le droit commun de la distribution. Plutôt que de penser à une règle spécifique du régime commun spécial de cessation des contrats de distribution envisagé, il est surtout question de se demander si ces règles pourraient intégrer le droit commun des contrats.

§1. La généralisation du droit de rupture unilatérale pour inexécution

597. Comme nous l'avons étudié, le Code de commerce de 1971 a admis la rupture unilatérale pour inexécution à l'égard des contrats d'agence commerciale et de fourniture¹²⁷⁰. Cette exception au droit commun des contrats devrait être consacrée dans le régime commun spécial des contrats de distribution proposé. Cependant, ainsi que M. Genicon a pu l'observer en droit français, le passage du principe de la résolution judiciaire à la résolution unilatérale signifie un changement de fond et non simplement de forme et mérite une réflexion sur la conception de la force obligatoire du contrat¹²⁷¹. Cela implique également d'admettre d'autres valeurs sous-jacentes¹²⁷². Pour cette raison, à l'instar des discussions en droit français qui se sont tenues préalablement à la promulgation de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », une discussion sur l'introduction en droit commun des contrats d'un principe de rupture unilatérale pour inexécution devrait avoir lieu en droit colombien.

598. Loin de vouloir entamer une réflexion générale en droit des contrats, nous nous contenterons ici de répondre à la question de savoir si la résolution extrajudiciaire pour inexécution devrait être permise en matière de droit de la distribution¹²⁷³. Nous considérons que l'utilité de l'admission de la résolution unilatérale en droit de la distribution est certaine. Elle permettrait au contractant déçu de substituer sans délai son cocontractant et ainsi rétablir

¹²⁷⁰ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2.

¹²⁷¹ V. Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 611 et s.

¹²⁷² J. Rochfeld, « Résolution et exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 213.

¹²⁷³ Une réflexion plus générale sur le mécanisme de la résolution en droit des contrats implique de tenir compte de la cohérence du système dans son ensemble, des particularités de différentes familles de contrats, ainsi que d'une analyse sur l'opportunité d'un changement de politique juridique selon la tradition et les valeurs sous-jacentes au système juridique. Il serait déraisonnable de prétendre d'étendre une solution d'une famille de contrats à tous les contrats civils et commerciaux.

l'activité de son entreprise dans un délai raisonnable pour éviter d'autres préjudices. Comme le contrat est déjà résolu, il s'agirait d'un remplacement définitif. C'est la grande différence avec l'exception du contrat pour inexécution. En effet, en vertu de celle-ci, puisque le contrat est simplement suspendu, un retour à la situation contractuelle antérieure doit toujours être possible¹²⁷⁴. Nous estimons ainsi qu'un principe de rupture unilatérale pour inexécution est adapté au domaine des contrats de distribution. Il convient, d'abord, de démontrer les raisons qui sous-tendent cette affirmation (A), avant, ensuite, d'esquisser un régime pour la mise en œuvre de cette rupture unilatérale (B).

A. L'adéquation aux contrats de distribution

599. Concernant l'admission de la résolution unilatérale pour inexécution, il a été affirmé que le juge est affaibli lorsqu'il intervient *a posteriori* par rapport à ce qu'il en est lorsqu'il intervient *a priori*. Comme l'explique un auteur, quand la rupture est unilatérale, « à la différence de ce qui se passe en principe lorsque la résolution est judiciaire, les jeux sont faits : bien souvent, le créancier a déjà commis l'irréparable en prenant des mesures radicalement incompatibles avec le maintien du contrat »¹²⁷⁵. En effet, dans un système de résolution judiciaire, puisque le contrat subsiste pendant la procédure judiciaire, le juge est en principe en mesure de décider sa continuation. Introduire un principe de résolution unilatérale conduirait donc à l'affaiblissement du maintien forcé du contrat. Si cela peut être vrai à l'égard de certains contrats, il en va autrement dans notre matière. Non seulement le temps de la procédure judiciaire conduit à ce que la cessation du contrat s'impose au juge en tant qu'état de fait - à l'époque de la décision, la disparition du contrat est consolidée *de facto* - ; mais plus encore, la relation de distribution nécessitant une forte entente et confiance entre les parties, après un contentieux aucune d'elles ne verrait vraisemblablement un intérêt à sa continuation¹²⁷⁶. En pratique, la prétention de la victime de l'inexécution n'est pas celle de l'exécution forcée du contrat, mais celle de sa résolution avec l'octroi de dommages-intérêts¹²⁷⁷. À cela s'ajoute la

¹²⁷⁴ Ch. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », *op. cit.*, 1999, n° 9, p. 78.

¹²⁷⁵ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 608, p. 437.

¹²⁷⁶ J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC*, 2006, n° 21, p. 113. « Les contrats inscrits dans la durée, à forte personnalisation, ne tireraient également rien de satisfaisant d'une exécution forcée en nature, l'exécution par équivalent pouvant alors se révéler plus adaptée ».

¹²⁷⁷ J. Roche-Dahan, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *op. cit.*, n° 17.

nécessité des parties de reconduire leurs activités : le fournisseur doit continuer l'activité de distribution sur le territoire concerné et le distributeur, pour assurer la survie de son entreprise, doit réorganiser son activité. En substituant son partenaire, le contractant ne fait qu'éviter un préjudice. En pratique la jurisprudence ne reproche au créancier la rupture du contrat pour inexécution que lorsque sa décision est injustifiée. Si les raisons qui ont fondé la rupture unilatérale de fait sont considérées comme légitimes par le juge, il ne sanctionnera pas la faute consistant dans la rupture par la seule volonté d'une partie. En outre, le contractant défaillant n'a pas recours au juge seulement pour faire sanctionner la rupture unilatérale ; il forme une action que lorsqu'il conteste le fondement même de cette décision¹²⁷⁸. Même si les juges ne le mentionnent pas expressément, la compensation des fautes fait en sorte que la gravité de la faute du débiteur excuse l'initiative du créancier de rompre le contrat par sa seule volonté¹²⁷⁹.

600. De plus, il peut être affirmé que l'admission de la rupture unilatérale change les données concernant notamment le moment et l'étendue de l'intervention du juge. Cette affirmation doit cependant être nuancée, car le contrôle exercé par le juge n'est pas nécessairement différent selon qu'il s'agit d'un système de résolution judiciaire ou d'un système de résolution unilatérale. D'une part, il a été relevé que la logique purement indemnitaire du système de résolution unilatérale pourrait conduire à changer la nature du contrôle du juge, qui deviendrait plus léger. À cet égard, un auteur a pu se demander « comment du reste pourrait-il en aller autrement puisque les moyens du juge, qui intervient alors que tout est consommé, restent limités ? »¹²⁸⁰. Cependant, comme nous l'avons déjà expliqué, dans un système de résolution judiciaire, la décision du juge d'ordonner le maintien forcé du contrat de distribution peut se révéler illusoire. Cela atténue la différence entre un contrôle *a posteriori* et un contrôle *a priori*. Dans les deux cas, le juge ne peut que condamner à des dommages-intérêts le créancier si sa décision est considérée comme injustifiée. D'autre part, ce contrôle *a posteriori* du

¹²⁷⁸ Rapp. en droit français, Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, n° 568, p. 406 : « Nul ne songe à contester la rupture qui est l'œuvre de l'un des contractants, en arguant du caractère judiciaire de la résolution : ni la partie qui s'estime lésée, ni les juges. La discussion s'engage seulement sur la réalité des manquements et sur leur imputabilité ».

¹²⁷⁹ V. pour cette constatation en droit français, avant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 674 et s.

¹²⁸⁰ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 622, p. 446. L'auteur affirme : « Ce qui compte ce n'est donc pas tant que la résolution soit une sanction parfaitement adaptée à l'ensemble de circonstances qui entourent l'inexécution du contrat, c'est que le créancier ait fait preuve de bonne volonté ».

comportement du créancier peut être plus ou moins poussé selon la décision du législateur ou de la jurisprudence. Ainsi, il peut s'agir d'un contrôle d'abus du droit ou, de manière plus poussée, d'un contrôle de proportionnalité qui consisterait à « mettre en balance les intérêts respectifs des parties, à savoir l'intérêt du créancier à la mise en œuvre de ces mesures et la défaillance et/ou les moyens du débiteur (par exemple, au vu du coût, financier, humain ou social, de l'exécution en nature ou de la résolution) »¹²⁸¹.

601. Il a également été affirmé que l'admission de la résolution unilatérale provoquerait un changement important pour la partie qui a la charge d'entamer la procédure judiciaire : elle pèse sur le débiteur dans le système de la rupture unilatérale. De manière plus critique, il a été considéré que lorsque le créancier exerce son droit de rupture, en cas de rapports déséquilibrés, « il y a fort à parier que le débiteur se résignera souvent à accepter la décision du créancier »¹²⁸². Ainsi, dans notre matière, si un droit de résolution unilatérale pour inexécution était reconnu au fournisseur, il appartiendrait au distributeur de prendre le risque et de supporter le coût d'entamer la procédure judiciaire. Or, le temps et l'argent nécessaires pour cela peuvent dissuader le distributeur de le faire. En réalité, malgré l'existence d'un principe de résolution judiciaire en droit colombien, le créancier ne recourt au juge qu'exceptionnellement. Le principe de résolution judiciaire n'est pas véritablement respecté dans les faits, sinon les tribunaux seraient débordés de contentieux¹²⁸³. En général, le fournisseur qui interrompt l'exécution du contrat en invoquant l'inexécution de son cocontractant ne prend pas la peine de solliciter au juge la résolution du contrat. Il ne le fait que lorsqu'il souhaite demander au juge la restitution de certains biens, par exemple, des machines, meubles ou stocks remis au distributeur, ou solliciter une condamnation à des dommages-intérêts. La rupture unilatérale est une réalité connue en matière de distribution et, la plupart du temps, le seul intérêt dans le cadre d'une procédure judiciaire est la réparation du préjudice causé.

¹²⁸¹ J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *op. cit.*, n° 25, p. 113.

¹²⁸² Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 617, p. 441. V. aussi J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *op. cit.*, n° 26, p. 127.

¹²⁸³ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 568, p. 406, fait cette constatation à l'égard du droit français. L'auteur remarque également : « À telle enseigne que l'on peut sérieusement se demander si le justiciable moyen se doute un instant qu'en agissant de la sorte, il se met théoriquement en rupture avec la légalité. Le plus étonnant est que la rupture unilatérale est si bien rentrée dans les mœurs qu'il est très fréquent que le contentieux de l'inexécution se cantonne à un contentieux relatif aux dommages-intérêts ».

602. À notre sens, l'admission d'un principe de rupture unilatérale pour inexécution est moins radicale qu'on ne le croit en matière de distribution et la pratique ne souffrirait pas de changement drastique. En effet, les contrats de distribution sont des contrats à exécution successive dont la suspension provoque toujours des préjudices importants. De ce fait, une réaction immédiate pour la protection des intérêts des parties est nécessaire. Un état d'incertitude quant à la continuation du contrat ne convient pas à la dynamique économique de l'activité de production et de distribution ; à l'échelle locale, nationale ou internationale. Dans notre domaine, il est préférable de prendre des décisions, même radicales, qui accordent une certitude aux parties quant au redéploiement des ressources de leurs entreprises. La cessation de fait du contrat frustre tout espoir de reprise de celui-ci à l'avenir. La pratique conduit à ce que, même en cas de reconnaissance d'un principe de résolution judiciaire, en général, en matière de distribution, la rupture de fait est unilatérale. La consécration d'un tel principe ne bouleverserait donc pas l'état actuel de choses.

603. Reste à élucider la question de savoir si, à l'heure actuelle, il serait possible d'appliquer les articles 1325 et 973 C. com. col., qui admettent la rupture extrajudiciaire pour inexécution, aux contrats innommés de distribution, notamment les contrats de concession et de franchise. Puisqu'ils consacrent une exception au principe de résolution judiciaire, l'analogie ne peut être admise. Il nous semble que l'introduction d'un principe de résolution unilatérale en matière de droit de la distribution doit être réalisée par voie législative¹²⁸⁴. À défaut de réforme législative, à l'instar de la Cour de cassation française¹²⁸⁵, la jurisprudence colombienne pourrait admettre certaines exceptions. Concrètement, en cas d'inexécution qui cause des préjudices graves au cocontractant ou en cas de comportement qui porte gravement atteinte au lien de confiance entre les parties et qui compromet la poursuite du contrat de distribution, elle pourrait permettre la rupture unilatérale du contrat. Ainsi, il serait facile au fournisseur de démontrer la nécessité de nommer un autre distributeur pour la commercialisation de ses produits afin d'éviter l'alourdissement de son préjudice. De même, si c'est le distributeur qui a mis fin au contrat, il

¹²⁸⁴ Sur la discussion autour de l'introduction d'un droit commun spécial des contrats, v. P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 et s ; A. Bénabent, « Les difficultés de la codification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 254 et s. et « Une théorie générale des contrats spéciaux ? » (Débats), *RDC*, 2006, p. 597 et s.

¹²⁸⁵ Pour une étude des exceptions admises par la jurisprudence française, v. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, Dalloz, 2015, p. 254.

pourrait démontrer l'urgence d'affecter les ressources de son entreprise à une autre activité, sous peine de mettre en péril son existence.

604. Pour autant, puisqu'il s'agit d'une prérogative unilatérale qui a des effets importants sur le lien contractuel et la situation des parties, elle ne devrait être exercée que dans le cadre d'une procédure spécifique.

B. La mise en œuvre du droit de rupture

605. Les dispositions qui reconnaissent un droit de rupture unilatérale pour le contrat d'agence commerciale (art. 1325 C. com. col.) ou de fourniture (973 C. com. col.) restent silencieuses sur la forme d'exercice de ce droit. Or, la reconnaissance de ce droit au créancier demande un encadrement de la mise en œuvre de la résolution unilatérale. En effet, il est important de reconnaître certaines garanties au co-contractant afin d'assurer une certaine loyauté dans la mise en œuvre de la résolution du contrat. Le propos ne peut être ici d'établir dans le détail un régime prospectif d'un droit de résolution unilatérale, ne serait-ce que parce que cela a déjà été fait¹²⁸⁶, mais de relever certains points significatifs.

606. Concernant l'exigence d'un manquement suffisamment grave, elle peut être établie par une règle ou intégrée à travers un contrôle judiciaire *a posteriori*. Un auteur affirme à cet égard qu'en cas de reconnaissance d'un droit de résolution unilatérale, il reviendrait à la loi de définir les cas d'ouverture de la résolution à la partie créancière. En effet, « il peut sembler nécessaire de ne pas l'abandonner à elle-même et de lui indiquer par avance, les hypothèses dans lesquelles elle est autorisée à agir de la sorte »¹²⁸⁷. En réalité, cette solution pourrait conduire à une rigidité malheureuse¹²⁸⁸. À l'instar de l'article 1325 C. civ. col., une règle pourrait faire référence au « manquement grave » et il appartiendrait à la jurisprudence de fixer les critères qui doivent

¹²⁸⁶ Par ex., Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004, n° 196 et s. Égal., A. Bres, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, préf. J. Raynard, Litec, 2009, 640 p.

¹²⁸⁷ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 419, p. 302.

¹²⁸⁸ En droit français, l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée postérieurement par la loi n° 2018-287, a introduit la résolution par voie de notification du créancier (nouvel art. 1226 C. civ. fr.). Pour son exercice, est nécessaire une inexécution suffisamment grave du débiteur (nouvel art. 1224 C. civ. fr.). Cependant, l'ordonnance n'a pas défini les conditions pour caractériser la gravité du manquement.

guider la décision du créancier. En outre, la jurisprudence a déjà établi certains critères à cet égard, qui sont d'ores et déjà applicables.

607. Naturellement, il est nécessaire d'encadrer le droit de résolution unilatérale du créancier pour éviter une rupture brutale et injustifiée du contrat. Une mise en demeure qui permet au débiteur défaillant de remédier à son inexécution doit être exigée. Cette condition « assure la protection des intérêts du débiteur, à qui une dernière chance de s'exécuter est laissée et qui est aussi garanti contre la hâte excessive que le créancier pourrait avoir de sortir du contrat »¹²⁸⁹. Cette mise en demeure n'est utile que si elle exprime clairement les obligations inexécutées. De même, au bout du délai octroyé au co-contractant, il serait possible d'exiger une communication de la décision de résoudre le contrat à partir du moment de sa réception. En toute hypothèse, il semble nécessaire d'introduire une obligation de motivation de l'acte de résolution. Ce dernier aspect est utile pour le débiteur dans la mesure où c'est en se fondant sur les raisons ainsi exposées qu'il pourrait contester devant le juge la décision du créancier. En cas de contestation du débiteur de la décision du créancier, ce dernier doit prouver la réalité des motifs communiqués pour caractériser la gravité de l'inexécution¹²⁹⁰.

608. Il apparaît également nécessaire de réserver les cas exceptionnels dans lesquels la gravité de l'inexécution conduit à ce que le créancier puisse se dispenser de ces formalités. Ce sont des situations qui provoquent la fin immédiate du contrat dans la mesure où l'importance de l'inexécution ou ses conséquences donnent raison au contractant de vouloir se délier de son partenaire sans délai. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit d'une inexécution définitive, car le contractant manifeste alors qu'il n'a plus l'intention de s'exécuter, ou lorsque la gravité du comportement du contractant défaillant compromet fatalement l'avenir de la relation contractuelle. Le nouvel article 1226, al. 2 C. civ. fr. fait uniquement référence à l'urgence¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ C. Pelletier, « Article 1126 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », in *Dossier projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC, 2015, p. 788.

¹²⁹⁰ Il est intéressant, à cet égard, de citer le nouvel article 1226 du Code civil français qui affirme : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

¹²⁹¹ C. civ. fr., art. 1226, al. 2 : « *Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* ».

En guise d'illustration, on peut mentionner un franchisé dans le domaine de l'alimentation qui ne respecterait pas les règles d'hygiène et de protection sanitaire à un tel point qu'il mettrait en péril la santé ou la vie des consommateurs. De même, si un mandant, concédant ou franchiseur découvrent la vente de produits contrefaits par leur distributeur.

609. Il reste à mentionner que même si à une époque la validité des clauses résolutoires était discutée, aujourd'hui la jurisprudence¹²⁹² et la doctrine¹²⁹³ reconnaissent leur validité. La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les conditions pour qu'une telle clause puisse être valablement appliquée¹²⁹⁴. Même s'il n'existe pas de jurisprudence consolidée à cet égard en droit colombien, sans doute une procédure serait également nécessaire dans ces circonstances. À l'image de l'article 1225 C. civ. fr., la précision des obligations qui permettent à une partie de mettre en œuvre la clause ainsi que la mise en demeure sont des garanties importantes pour le cocontractant à l'encontre duquel la clause est exercée. L'introduction de ces conditions par voie jurisprudentielle est concevable. Un droit de rupture unilatérale peut également être reconnu dans le régime de l'imprévision après l'échec des renégociations des parties.

§2. L'admission de la rupture unilatérale en cas d'imprévision

610. Nous avons mis en question le traitement de l'imprévision en droit colombien¹²⁹⁵. Au rebours de la solution que prévoit le droit positif, nous estimons en effet que le législateur doit établir une hiérarchie de remèdes qui fait prévaloir les solutions extrajudiciaires en donnant une préférence notamment à l'obligation de renégociation du contrat. À l'évidence, c'est une question qui dépasse le droit de la distribution. Pour cette raison, sur un plan plus général, une question relative à la réforme de cette règle devrait être discutée en droit colombien. En effet, le contrat est d'abord l'œuvre des parties et la loi devrait les inciter à régler elles-mêmes les

¹²⁹² CSJ, chambre civile, 30 août 2011, M.R. : William Namén, n° 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹²⁹³ V. F. Navia Arroyo, « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *op. cit.*, p. 38 et s. R. Molina, « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *op. cit.*, p. 88 et s. E. Rengifo, « La terminación y la resiliación unilateral del contrato », in *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Legis, Bogotá, 2014, p. 91 et s. F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico II*, *op. cit.*, n° 1254 et s.

¹²⁹⁴ F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 1255 et s. p. 962.

¹²⁹⁵ V. Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1.

difficultés d'exécution (A). En cas d'échec de la renégociation, la solution la plus adéquate est celle de permettre aux parties de se libérer du lien contractuel (B).

A. La primauté de l'obligation de renégocier le contrat

611. L'article 868 C. com. col. place le juge au cœur du régime en cas de survenance d'une circonstance imprévisible. À défaut d'une obligation de source légale ou prétorienne, le contractant non lésé, fournisseur ou distributeur, n'est pas obligé de tenter une renégociation préalable avant de recourir au juge. Il nous semble qu'à l'instar de la plupart des droits étrangers¹²⁹⁶, le droit colombien devrait établir une hiérarchie des remèdes dans laquelle le remède prééminent serait celui de la réadaptation conventionnelle du contrat¹²⁹⁷. Cette idée est en harmonie « avec une certaine conception du contrat qui insiste sur ce que celui-ci relève par essence plus du juridique que du judiciaire, en sorte que le juge n'y intervient qu'à la marge »¹²⁹⁸. Il importe alors d'examiner, en premier lieu, le fondement de cette obligation de renégociation (1), puis, dans un second temps, sa portée (2).

1. Le fondement

612. Il est courant de fonder le devoir de renégociation du contrat sur le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi¹²⁹⁹. Plutôt qu'une limite, elle est le prolongement de la force obligatoire du contrat, car elle oblige à donner à celui-ci sa pleine efficacité¹³⁰⁰. Or, la bonne foi ne se réduit

¹²⁹⁶ Il semble heureux qu'à cet égard le nouvel article 1195 C. civ. fr. fasse prévaloir la voie consensuelle pour réadapter, mettre fin ou demander la réadaptation judiciaire du contrat. Ce n'est qu'en cas de désaccord absolu que l'une des parties peut demander l'intervention du juge, qui peut réadapter ou mettre fin au contrat. V. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 211 et s. ; D. Tallon, « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 403 et s. M. Mekki, « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G*, doctr., 2010, 1257, n° 14.

¹²⁹⁷ V. F. Mantilla et F. Ternera, « Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato », in *Los contratos en el derecho privado* (F. Mantilla et F. Ternera sous dir.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 322.

¹²⁹⁸ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, *op. cit.*, p. 182.

¹²⁹⁹ L. Thibierge *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.* n° 847, p. 482 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, préf. M. Fabre-Magnan, 2012, PUAM, n° 121 et s. ; S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, p. 460 et s. ; R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n° 286 et s. ; L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, nov. 1999, p. 16, n° 17.

¹³⁰⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 764, p. 384.

pas à l'absence de mauvaise foi ; elle peut imposer des comportements positifs. Les articles 1604 C. civ. col. et 871 C. com. col. assignent à la bonne foi un rôle d'intégration du contrat. Ce dernier article affirme en effet que « *les contrats doivent être conclus et exécutés de bonne foi et, par conséquent, ils obligent non seulement à ce qui a été expressément accordé, mais également à tout ce qui correspond à sa nature, selon la loi, la coutume ou l'équité naturelle* ». L'intensité de l'exigence de bonne foi fluctue selon le type d'opération encadrée par le contrat. Nous avons déjà remarqué que les contrats de distribution ne se réduisent pas à un simple échange de biens et de services, mais ils ont une forte composante de collaboration en vertu de laquelle les parties conjuguent leurs efforts pour développer et consolider une clientèle au bénéfice des deux parties. La bonne foi impose dans notre domaine que les contractants adoptent les comportements nécessaires pour que l'opération de distribution continue au bénéfice d'eux deux en leur permettant d'atteindre une certaine utilité économique¹³⁰¹.

613. La survenance d'un événement imprévisible met en péril la poursuite de l'activité de distribution. Dans ces circonstances, s'opposer à un dialogue avec son cocontractant revient à renier la portée du projet commun pour lequel les parties ont manifesté leur engagement. Les propositions en vue de la renégociation du contrat traduisent un intérêt dans la continuation de l'opération économique de distribution. Comme l'explique un auteur, le devoir de renégociation, fondé sur l'exigence de bonne foi, « procède du devoir d'adapter, afin de permettre sa survie en cas de changement de circonstances économiques s'imposant aux parties »¹³⁰². Plus concrètement, cette obligation vise à faire en sorte que les moyens fournis puissent être adaptés au fil du temps à la finalité commune poursuivie par les parties¹³⁰³.

614. Bien entendu, il n'est pas question ici d'obliger un contractant à adopter un comportement pour préserver les intérêts de son partenaire ou d'exécuter un devoir de solidarité

¹³⁰¹ Cf. Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et Patr.*, mars 1998, p. 56 : « L'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil devrait ainsi primer son alinéa 1^{er}, lorsque l'exécution du contrat est susceptible de ruiner l'une des parties, alors que l'autre a les moyens de permettre la continuation de leurs relations contractuelles ». Pour Mme. S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 458, p. 373 : « Il semble qu'il faille assouplir, plus encore, le seuil d'adaptation et imposer celle-ci de façon à maintenir pour chacune des parties une certaine utilité économique à l'opération ».

¹³⁰² L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, nov. 1999, n° 20, p. 12.

¹³⁰³ Rapp. S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 464, p. 377. L. Thibierge *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.* n° 801, p. 450 : « La bonne foi commande aux parties de tout faire pour sauver le contrat frappé par l'imprévu, sans toutefois exiger qu'elles atteignent un accord ».

sociale pour l'aider à sortir de cette situation difficile¹³⁰⁴. Le point concerne le devoir de préservation du contrat en prenant en compte l'intérêt convergent et le lien étroit de collaboration instaurés par le contrat de distribution : les parties doivent s'entendre pour tenter de surmonter l'obstacle qu'aucune d'elles n'a à assumer seule. Il ne s'agit pas non plus d'obliger le contractant à sacrifier à l'extrême ses intérêts pour alléger la charge de son cocontractant, mais d'essayer de parvenir à une entente pour permettre aux deux parties de continuer à profiter de l'opération de distribution. L'étendue de cette obligation doit encore être déterminée.

2. La portée

615. Puisque la liberté des parties de fixer les termes dans lesquels elles s'engagent demeure le principe et que le contractant non lésé ne peut être obligé à sacrifier en entier ses intérêts pour rééquilibrer le contrat¹³⁰⁵, aucune des parties n'est obligée de consentir à un accord. Toutefois, les deux doivent au moins se réunir pour entamer un dialogue et mettre sur la table leurs arguments afin de justifier leur prise de position face aux événements qui sont survenus. Il est possible de ce fait d'affirmer l'existence d'une obligation de résultat d'entrer en discussion¹³⁰⁶.

616. L'obligation de renégociation implique également d'accomplir certains comportements positifs : émettre et accepter des propositions raisonnables¹³⁰⁷, conserver une position cohérente et constructive au fur et à mesure que les négociations avancent, répondre aux inquiétudes et propositions de son cocontractant. Elle impose également des comportements négatifs, notamment celui de s'abstenir de faire des propositions absurdes dans le but de faire échouer la renégociation¹³⁰⁸. Il a été relevé à cet égard que « le devoir de renégocier comprend deux dimensions : il oblige les parties à se réunir et à dialoguer, c'est-à-dire à nouer un processus d'échange. Innervé par la bonne foi, ce devoir implique également une attitude générale : la

¹³⁰⁴ Pour une critique du solidarisme contractuel, v. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s. *Id.*, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser, op. cit.*, 2012, p. 877 et s.

¹³⁰⁵ Rappr. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989, n° 190, p. 213.

¹³⁰⁶ V. Ch. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 150, n° 26 et s.

¹³⁰⁷ B. Fauvarque-Cosson, « Le changement des circonstances », *RDC*, 2004, p. 89.

¹³⁰⁸ V. Ch. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 150, n° 26 et s.

renégociation étant tout entière tournée vers le sauvetage du contrat, les parties doivent négocier de bonne foi, *en vue* de parvenir à un accord »¹³⁰⁹.

617. De même, ainsi qu'il l'a été dit, l'obligation de renégociation doit être traitée « à l'égard de celui qui bénéficie du déséquilibre comme une véritable obligation de moyens plutôt que comme un engagement potestatif »¹³¹⁰. Le juge peut sanctionner les comportements des parties qui démontrent un comportement malveillant, léger ou désinvolte. Il ne s'agit pas d'un contrôle dénué de difficultés, car si le juge peut sanctionner les comportements qui démontrent une tactique dilatoire, une duplicité, une incohérence ou une brusquerie, les discussions vont porter sur les conditions économiques du contrat. Or, l'attitude d'un contractant consistant à faire des propositions peu raisonnables pour faire échouer la renégociation est difficilement saisissable par le juge¹³¹¹. Cette difficulté conduira à ce qu'un contractant n'ait recours au juge qu'en cas de comportements manifestement déloyaux commis par son cocontractant. La consécration d'une obligation de renégociation par la jurisprudence aurait pour conséquence que son inexécution ouvre pour l'autre partie le droit de demander la résolution du contrat¹³¹². Mais, si malgré l'effort des parties, elles ne parviennent pas à un accord, la pérennité du contrat ne peut plus être assurée.

B. La résiliation du contrat à défaut de renégociation

618. Il est nécessaire de distinguer le refus de négocier le contrat de l'échec de sa renégociation.

619. Refus de négocier. Il se peut que la partie qui n'a pas été affectée par l'événement imprévisible considère que les conditions de l'imprévision ne sont pas satisfaites, refuse de négocier et exige de son cocontractant la continuation du contrat dans les termes convenus¹³¹³.

¹³⁰⁹ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n° 804, p. 452.

¹³¹⁰ Y. Lequette, « L'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, *Economica*, 2010, n° 9, p. 277. L'auteur formule une critique de la solution jurisprudentielle retenue dans Cass. com., 3 oct. 2006 : *D.* 2007, p. 765, note D. Mazeaud.

¹³¹¹ Cf. Y. Lequette, « L'efficacité des clauses de *hardship* », *op. cit.*, p. 278 : « C'est ainsi que le contractant qui propose, au cours d'une renégociation, des prix supérieurs à ceux du marché ne remplit pas son obligation de négocier de bonne foi. Apparaît ainsi clairement la différence entre la négociation et la renégociation du contrat ».

¹³¹² Y. Lequette, « L'efficacité des clauses de *hardship* », *op. cit.*, n° 15, p. 282.

¹³¹³ Le nouvel article 1295, 2^e al., C. civ. fr. indique qu'« en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». Cependant, s'agissant du refus

Il en va ainsi lorsqu'elle considère qu'il s'agit d'un simple déséquilibre ou que l'économie du contrat conduit à ce que les conséquences de l'événement survenu pèsent sur son cocontractant. Le refus du contractant d'entrer en négociation et, en conséquence, de maintenir l'autre partie liée par le contrat peut avoir des conséquences graves : n'étant pas en mesure d'exécuter le contrat, il peut être conduit à ne pas respecter ses obligations, ce qui peut donner lieu à la résolution du contrat à ses torts, voire faire faillite. Cependant, à l'instar de ce qui a été indiqué à propos de la résolution unilatérale pour inexécution, il est nécessaire d'accorder certaines garanties au cocontractant.

620. Cela étant, nous considérons que le contractant qui invoque la réunion des conditions de l'imprévision doit communiquer ses motifs à son cocontractant en vue de lui demander la renégociation du contrat¹³¹⁴. En l'absence de réponse de celui-ci dans un délai raisonnable, l'autre partie peut mettre unilatéralement fin au contrat. Si la partie sollicitée refuse de renégocier en avançant l'absence de réunion de toutes les conditions relatives à l'imprévision exigées par la loi, la partie lésée par le changement de circonstances peut avoir recours au juge afin que celui-ci - après avoir vérifié les conditions de l'imprévision - mette fin au contrat. L'autre partie ne peut éviter la résiliation du contrat qu'en communiquant une modification des conditions contractuelles, laquelle doit être acceptée par son cocontractant¹³¹⁵.

de la renégociation, la disposition démontre une certaine incohérence. En effet, par hypothèse, le contractant non lésé considère que les conditions de l'alinéa 1^{er} ne sont pas réunies et exige la continuation du contrat dans les mêmes termes que ceux initialement convenus. En conséquence, les options de convenir la résolution ou la demande d'adaptation judiciaire du contrat d'un commun accord ne sont pas applicables. Elles ne sont possibles que dans l'hypothèse de l'échec de la renégociation. L'article affirme ensuite qu'« à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». En réalité, en cas de refus de la renégociation, le contractant lésé doit s'adresser au juge pour qu'il examine le respect des conditions afin d'admettre la théorie de l'imprévision. La question qui se pose ici est de savoir si, en cas de réponse positive du juge, celui-ci doit obliger les parties à entrer en discussion ou s'il doit procéder directement à la révision du contrat ou y mettre fin. Nous penchons pour la première branche de l'alternative.

¹³¹⁴ Rapp. Ph. Chauviré, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, p. 29 et s., n° 12 : « Dans un souci de cohérence il peut également être suggéré de calquer le traitement de l'imprévision sur celui de la résolution par notification ou de la force majeure, en dispensant les parties d'une résolution judiciaire. Les garanties offertes au contractant qui n'a pas décidé de mettre fin au contrat seraient alors les mêmes que celles qui sont applicables à la résolution par notification. Non seulement le juge pourra exercer un contrôle a posteriori et sanctionner la partie qui a rompu illégitimement le contrat, mais l'intervention du juge des référés pour contraindre à la poursuite de l'exécution de la convention est encore envisageable ».

¹³¹⁵ Rapp. N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2015, 1415. Il est intéressant d'observer que l'article 1467 du Code civil italien permet à la partie débitrice de demander la résolution du contrat pour excessive onérosité. Le 2^e alinéa ajoute que la partie contre laquelle la demande a été formée peut éviter la résolution en offrant de modifier équitablement les

621. Échec de la renégociation. En l'absence de débat sur la réunion des conditions exigées par la loi, il peut arriver que les parties entrent en renégociation mais n'aboutissent pas à un accord afin d'adapter le contrat de distribution aux nouvelles circonstances. Ainsi qu'un auteur l'a très justement relevé, « un désaccord sur l'aménagement du contrat persistant après une négociation menée loyalement reste une éventualité possible, sans qu'il puisse être imputé à faute à l'un des partenaires »¹³¹⁶. Dans ce cas, les deux parties peuvent convenir de la résiliation du contrat aux conditions qu'elles fixent. Si les parties ne parviennent pas à un accord sur les conditions de la cessation, ou après un délai raisonnable sans aucun résultat de la renégociation, chacune d'elles peut mettre fin au contrat¹³¹⁷. Après cela, à défaut d'accord sur les conditions de la cessation du contrat, le juge peut intervenir à la demande d'une partie pour les fixer. Certains objecteront que cela porte atteinte à la stabilité du contrat de distribution, laquelle serait mieux assurée en exigeant l'intervention préalable du juge. Cependant, il convient d'insister ici sur l'idée qu'un pouvoir d'adaptation accordé au juge n'est pas un moyen efficace pour garantir la pérennité du contrat de distribution¹³¹⁸. En réalité, un tel pouvoir constitue plutôt un mécanisme d'incitation des parties à parvenir à un accord.

622. Naturellement, après l'échec de la renégociation, l'admission de la révision judiciaire du contrat par un accord commun des parties ne saurait être exclue. Pourtant, force est d'admettre que son application ne sera que très exceptionnelle. En effet, si les parties elles-mêmes n'ont pas abouti à la modification du contrat, il est difficilement concevable qu'elles décident d'un commun accord que le juge le fasse à leur place ou que la partie non affectée par

conditions du contrat. La jurisprudence italienne a indiqué que la modification du contrat ne peut être imposée par l'une des parties à l'autre, ni peut être réalisée par l'initiative du juge (V. R. Sacco, « *I rimedi sinallagmatici* », in *Trattato di diritto privato* (P. Rescigno sous dir), V. X, T.II, 1988, UTET, p. 551). La règle impose à la partie créancière de la prestation devenue plus onéreuse la charge d'offrir une solution satisfaisante au contractant lésé pour éviter la résolution du contrat.

¹³¹⁶ B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Journal du droit international (Chunet)*, 101, 1974, p. 806, n° 15.

¹³¹⁷ Y. Lequette, « L'efficacité des clauses de *hardship* », *op. cit.*, n° 14, p. 280, constate : « En cas d'échec de la renégociation destinée à adapter le contrat au changement de l'environnement économique, il est le plus souvent expressément prévu que la partie qui a invoqué en vain la clause de *hardship* peut procéder à la résiliation du contrat ».

¹³¹⁸ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 2, §1, B. Il est certain que la réadaptation par le juge pourrait être conçue comme un instrument important d'incitation à la renégociation. Cependant, cet argument ne suffit pas à contrebalancer les critiques à l'admission de la révision judiciaire. À cet égard, H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, 2001/3, p. 371, affirme : « Ce qui peut donner une effectivité à la renégociation, c'est en réalité la perspective d'une révision judiciaire en cas d'échec imputable à la partie qui ne souhaite plus maintenir la relation ».

l'événement imprévisible consente une adaptation judiciaire qui ne pourrait intervenir qu'à son détriment¹³¹⁹.

623. Nous pouvons affirmer que le droit de rupture unilatérale accordé comme conséquence de l'échec de la renégociation est en quelque sorte un moyen de pression afin que la partie sollicitée accepte des concessions au profit de son cocontractant¹³²⁰. À cet égard, rappelons que le changement de circonstances nuit à un contractant qui n'a ni commis de faute ni n'est tenu d'assumer les conséquences du changement des circonstances survenu. L'obligation de renégociation n'est admise qu'à des conditions très strictes et lorsque aucune raison existe pour faire peser les conséquences de l'événement survenu sur le contractant lésé¹³²¹. C'est pourquoi, à défaut d'un accord, la loi ne saurait imposer qu'il reste lié par le contrat¹³²².

624. Conclusion du Chapitre 1 du Titre I de la Seconde partie. L'objectif d'assurer une meilleure stabilité du contrat de distribution ne suffit pas à justifier l'exclusion de l'application du droit commun des contrats. Les libertés de résilier le contrat à durée indéterminée et de non-renouvellement du contrat à durée déterminée doivent dès lors gouverner la cessation ordinaire des contrats de distribution. Sur le plan de la cessation pour causes extraordinaires, même s'il existe une certaine méfiance envers les mécanismes unilatéraux qui permettent de se délier du contrat, la résolution unilatérale pour inexécution, qui est depuis 1971 reconnue par le Code de commerce à l'égard des contrats d'agence commerciale et de fourniture, doit être généralisée. Pour ce qui est de l'imprévision, un changement dans la hiérarchie des remèdes est envisageable : une obligation de renégocier le contrat devrait prendre le pas sur les pouvoirs prépondérants du juge d'adapter et de mettre fin au contrat. Cependant, puisque ces aspects débordent notre matière, ils ne constituent que des éléments pour une réflexion plus générale

¹³¹⁹ R. Cabrillac, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, 2015, p. 771. Rapp. Ph. Chauviré, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, p. 29 et s., n° 12.

¹³²⁰ R. Cabrillac, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, 2015, p. 771 et s.

¹³²¹ Sans doute, une admission aussi limitée constitue une incitation des parties à prévoir conventionnellement l'hypothèse d'un bouleversement des circonstances économiques. En ce sens, Ph. Chauviré, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*, p. 29 et s., n° 12.

¹³²² N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, 1415. L'auteur indique que sous l'optique du créancier, le déséquilibre en sa faveur « est un effet d'aubaine, non le résultat d'un comportement blâmable par lequel il aurait réussi à déséquilibrer la relation en sa faveur. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence a jusqu'à présent laissé la force obligatoire du contrat l'emporter sur toute autre considération ».

qui doit être menée en droit colombien sur une possible réforme du droit commun des contrats. Il reste que la mise en œuvre du droit de mettre fin au contrat de distribution doit observer les exigences de loyauté et d'équilibre.

Chapitre 2

Le contrôle de la liberté de sortir du contrat

625. Les règles du droit commun spécial envisagées constituent la concrétisation des devoirs contractuels qui se sont profilés en matière contractuelle à l'égard des contrats de longue durée. En effet, le droit contemporain des contrats se soucie des conséquences des ruptures effectuées sans la moindre attention pour la situation du cocontractant. Celui qui surprend son partenaire lorsqu'il exerce sa liberté de résiliation ou de non-renouvellement du contrat le prive du temps nécessaire pour réorganiser son activité. Il s'agit de civiliser la rupture des relations sans entraver la liberté de rompre¹³²³. Une règle spéciale dans le régime commun envisagé doit à cette fin traiter du préavis de cessation du contrat de distribution (Section 1). La préservation de l'équilibre contractuel est également une aspiration du droit contemporain des contrats. Comme nous l'avons observé, les investissements spécifiques réalisés par le distributeur, au début ou en cours d'exécution, déterminent un équilibre économique particulier du contrat de distribution¹³²⁴. Puisque le moment de sa cessation peut avoir une influence sur cet équilibre, le régime commun spécial doit instaurer des mesures visant à le préserver (Section 2).

Section 1 : La fixation de délais légaux de préavis

626. Comme il l'a été observé, les insuffisances du droit commun tiennent à la fois à l'absence de contrôle d'un préavis contractuel trop court et à l'absence d'une exigence de préavis de cessation lors du non-renouvellement du contrat. Pour pallier ces défauts, l'introduction de l'exigence d'un préavis raisonnable de cessation pourrait être proposée (§1). Cependant, compte tenu de l'importance de la prévisibilité des solutions dans la pratique, il semble plus opportun que la loi indique elle-même la durée du préavis selon l'ancienneté de la relation de distribution (§2).

¹³²³ J. Beauchard, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 5 janv. 1998, p. 14.

¹³²⁴ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

§1. Le refus d'une exigence légale d'un préavis raisonnable

627. Le devoir de loyauté gouverne la rupture du contrat de distribution¹³²⁵. La jurisprudence colombienne pourrait fonder ce devoir sur celui d'exécuter le contrat de bonne foi dans son versant négatif. Pour sa part, le législateur pourrait le matérialiser dans une règle spéciale en exigeant de l'auteur de la rupture de donner un préavis raisonnable de cessation ou, négativement, en interdisant la rupture brusque ou brutale du contrat de distribution. Concernant cette dernière hypothèse, l'expérience du droit français, au regard de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. fr., a permis de mettre en évidence à la fois les atouts et les défauts de la consécration d'un principe d'interdiction de rupture brutale d'une relation commerciale établie. Pour ce qui nous intéresse ici, il permet d'examiner l'opportunité d'introduire un préavis raisonnable de cessation en droit colombien.

628. La consécration d'un standard de préavis « raisonnable » permet une certaine souplesse dans son application. Il admettrait de prendre en considération plusieurs facteurs : l'ancienneté de la relation, le temps nécessaire à la réorganisation ou les possibilités de reconversion du contractant, les conditions d'exécution du contrat pendant la période de préavis afin de faciliter sa reconversion, les usages du commerce, l'état de dépendance économique dans lequel se trouve placé le contractant, l'existence d'une clause de non-concurrence post-contractuelle¹³²⁶, voire des circonstances qui ont rendu le lien contractuel précaire. Cette exigence permettrait également de considérer la situation de l'auteur de la rupture en se demandant si la rupture est due à une contrainte économique ou si la cause de la rupture rend impossible ou déraisonnable le maintien de la relation pendant la période de préavis¹³²⁷.

629. La jurisprudence aura un rôle prépondérant dans la mesure où il lui appartiendrait d'inclure ou exclure certains de ces critères et de fixer leur hiérarchie afin de préciser autant que possible le caractère raisonnable du préavis. Elle pourrait ainsi établir si le caractère raisonnable du préavis ne doit être jugé qu'à l'aune de l'ancienneté de la relation ou si sa fonction consiste également à laisser au distributeur du temps pour se reconvertir au regard des possibilités réelles de parvenir à cet objectif selon les conditions du marché concerné.

¹³²⁵ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1.

¹³²⁶ V. C. Grimaldi, note sous CA Paris, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/22836, *JCP G*, 14 mars 2016, 288.

¹³²⁷ N. Ferrier, « La prévention du grief de rupture brutale d'une relation commerciale établie par le contenu du contrat », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, T. 35, LexisNexis, coll. « Actualités de droit de l'entreprise », 2018, p. 59.

Certainement, la primauté accordée à l'un de ces critères peut conduire à des solutions différentes. De même, on peut envisager des évolutions et réorientations de la jurisprudence au fil des années s'agissant de l'application de ces critères. Ainsi, en droit français, après avoir été l'objet d'une expansion importante, le principe d'interdiction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie a subi un rétrécissement important dans son application¹³²⁸.

630. Certes, les notions floues de « préavis raisonnable de cessation » ou d'« interdiction d'une rupture brutale » permettent tout de même de parvenir à des solutions plus justes dans la mesure où leur application se fait au cas par cas. Cependant, cet avantage se heurte à l'imprévisibilité de solutions qui peuvent donner lieu à un contentieux important¹³²⁹. Si la jurisprudence peut fixer les critères du préavis raisonnable de cessation, cette solution ne semble pas suffisante à assurer une prévisibilité des solutions en pratique¹³³⁰. Il y aura toujours des réponses différentes pour une même durée du contrat de distribution¹³³¹. La tentation existera toujours d'avoir recours au juge pour demander la qualification d'une rupture brutale en mettant en avant les critères mentionnés précédemment. Pour ces raisons, malgré les atouts de ce principe qui permet d'appréhender les spécificités de chaque relation contractuelle, il nous semble qu'une autre voie doit être choisie. Concrètement, puisque la durée de la relation nous semble le critère principal à considérer pour établir la durée du préavis, le législateur pourrait le retenir pour établir des délais légaux de cessation.

¹³²⁸ *Ibidem*.

¹³²⁹ J.-L. Fourgoux, « Le préavis au vu des risques du marché : Quel délai ? Quelles répercussions sur le marché ? », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles, op. cit.*, 2018, p. 65. L'auteur constate : « Le nombre des litiges s'est envolé, et l'article L 442-6, I, 5° est devenu la star du titre IX du Livre IV du code de commerce. Depuis le 1^{er} janvier 2017, on compte plus de 60 arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, plus de 200 de la Cour d'appel de Paris (3 chambres) et 400 jugements de Tribunaux de commerce identifiés dans les bases de données, plus tous les jugements non identifiés... On peut avoir le vertige ».

¹³³⁰ En droit français, v. L. Vogel, « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 859. L'auteur remarque : « Toutefois, la jurisprudence, assez imprévisible, impose dans l'exercice de son pouvoir souverain des préavis très différents pour une même durée de la relation commerciale. Pour une relation commerciale de sept ans, certains juges ont considéré suffisant un préavis de deux mois, d'autres un préavis de six mois ».

¹³³¹ Certains auteurs proposent la suppression de la règle de l'interdiction de la rupture brutale. P. ex, D. Tricot, « Réformer ? Propos conclusif », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles, op. cit.*, p. 166 : « Le jugement est donc le suivant : dès lors que la loyauté et la bonne foi s'imposent dans la rupture de tout engagement contractuel, dès lors que le juge de droit commun dispose de pouvoirs rapides et contraignants pour sanctionner les fautes dans la rupture et dès lors que les méthodes d'évaluation du préjudice sont connues et perfectibles, l'article L.442-6.I.5° du Code de commerce doit être détruit ».

§2. L'opportunité d'établir des délais légaux

631. Une règle spéciale établissant les délais de préavis de la cessation du contrat de distribution peut être prévue dans le régime commun spécial envisagé. Pour remédier aux défauts du droit positif signalés dans la première partie de ce travail¹³³², elle devrait dépasser les notions traditionnelles relatives à la durée du contrat pour consacrer la notion plus large de relation contractuelle (A). En ce qui concerne le calcul de la durée de préavis, il devrait prendre en considération la durée de la relation contractuelle (B).

A. La prise en compte de l'ancienneté de la relation

632. La distinction entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée doit être dépassée quant au préavis de cessation. Le législateur doit tenir compte de la durée marquée par l'ancienneté du contrat à durée indéterminée, par le contrat à durée déterminée prorogée ou par la succession des contrats qui résulte d'une clause de renouvellement ou du phénomène de la tacite reconduction. Certes, il existe une différence entre le renouvellement stipulé, la tacite reconduction et la prorogation du contrat¹³³³. En effet, alors que le renouvellement stipulé entraîne la conclusion d'un nouveau contrat dans des conditions identiques (sauf modifications particulières des parties), la prorogation implique que les parties, avant l'expiration du contrat, repoussent l'échéance du terme du contrat, lequel subsiste, dans toutes ses composantes, à l'exception du terme. D'autre part, lorsqu'en l'absence d'une clause de renouvellement, les parties continuent l'exécution du contrat de distribution au-delà du terme fixé, s'opère le phénomène de la tacite reconduction¹³³⁴. Cependant, dans tous ces cas, il s'agit de la prolongation de la durée d'une relation contractuelle liant les mêmes parties. Le nouveau contrat qui résulte d'une clause de renouvellement ou d'une tacite reconduction n'apparaît pas *ex*

¹³³² V. Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, §1.

¹³³³ On emprunte les termes utilisés par M. Bénabent, in « La prolongation du contrat », *RDC*, 2004, p. 117, qui affirme : « Pour essayer d'y voir clair, le mieux est peut-être de s'attacher à la terminologie pour tenter de distribuer des situations qui ne sont pas exactement identiques vers des désignations distinctes ».

¹³³⁴ La Cour de cassation colombienne ne s'est pas encore prononcée sur les effets de la tacite reconduction. Le nouvel art. 1214 C. civ. fr. affirme que le contenu du nouveau contrat est identique au précédent, mais sa durée est indéterminée. Il nous semble que cette solution est opportune, car imposer un terme identique à celui du précédent contrat ou imposer au juge la détermination au cas par cas de la volonté des parties paraît excessif.

*nihilo*¹³³⁵. Par ailleurs, même si les parties conviennent d'un contrat à durée déterminée, leur état d'esprit dans les contrats de distribution est différent de celui des parties dans d'autres types de contrats. Il ne s'agit pas de contrats dans lesquels le terme épuise l'objet ou l'utilité attendue de ceux-ci. Au contraire, les parties souhaitent le succès de l'opération de distribution et son maintien indéfini dans le temps.

633. La règle devrait dès lors tenir compte de la durée de la relation de distribution, indépendamment des distinctions évoquées¹³³⁶. Il ne s'agit pas d'une idée inédite, elle est présente dans plusieurs pays. En droit français, par exemple, la notion de « relation commerciale établie » a permis de dépasser ces distinctions. De même, le Code civil et commercial argentin entré en vigueur en 2015, concernant notamment le contrat de franchise, consacre une règle selon laquelle, indépendamment du terme du contrat, la partie qui souhaite mettre fin au contrat à l'expiration du terme initialement prévu ou de l'une de ces prorogations doit donner un préavis à l'autre d'un mois pour chaque année de durée jusqu'à un maximum de six mois¹³³⁷. À l'instar de cette règle, le législateur colombien devrait prendre en compte l'ancienneté de la relation contractuelle pour calculer la durée du préavis.

B. La mesure du délai de préavis selon la durée de la relation contractuelle

634. La durée du contrat ou des contrats successifs est le critère capital pour définir les délais de préavis. Certes, ce critère est rigide en ce sens qu'il empêche de tenir compte d'autres facteurs qui pourraient conduire à imposer un délai plus long ou plus court, notamment les possibilités réelles du distributeur de réorganiser son activité selon le marché en cause. Il nous semble cependant que l'importance de ce critère est incontestable pour le calcul des délais légaux de préavis. Si en droit colombien le régime du contrat d'agence commerciale n'établit

¹³³⁵ C. Le Gallou, obs. sous. Cass. civ. 1^{re} 15 nov. 2005, *Deffrénois* 2006, p. 828

¹³³⁶ La Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux, consacre une autre solution qui permet de prendre en considération également la durée de la relation contractuelle des parties dans le cas où le contrat aurait été conclu à durée déterminée. En effet, cette directive, après avoir indiqué que le contrat d'agence qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé à durée indéterminée (art. 14), indique que dans le calcul de la durée du préavis du contrat à durée indéterminée doit être prise en compte la durée déterminée qui précède (art. 15). V. la transposition en droit français, C. com. fr., L134-11.

¹³³⁷ Article 1522, C. civ. et com. arg.

pas une règle relative au préavis, en revanche, dans beaucoup d'autres pays le régime légal de ce contrat établit des délais de préavis. Il en va ainsi de l'article 134-11 C. com. fr., qui établit que la « *durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes* »¹³³⁸.

635. Cependant, un préavis de trois années peut paraître court à l'égard des relations contractuelles qui durent plusieurs années. Il serait plus opportun de fixer une durée de préavis d'un mois pour chaque année d'exécution du contrat jusqu'à la dixième année de relations contractuelles. Après la dixième année d'exécution des relations contractuelles, un préavis minimum de dix mois devrait être donné. Naturellement, les parties ne devraient pas pouvoir convenir de délais de préavis plus courts. De même, il devait être indiqué que le préavis à respecter par le fournisseur ne peut pas être plus court que celui que doit observer le distributeur¹³³⁹. La rigidité de la solution est le prix à payer pour sa prévisibilité. Une autre voie doit être envisagée concernant le lien entre la durée du contrat et les investissements réalisés par le distributeur au début de son exécution.

636. Conclusion de la Section I du Chapitre 2 du Titre I de la Seconde partie. Puisque les contrats de distribution sont des contrats de longue durée et constituent un élément important de l'entreprise des parties, le devoir de loyauté exigible lors de la cessation du contrat conduit à sanctionner les ruptures brusques, indépendamment de la modalité de durée du contrat de distribution. Plutôt que de poser une exigence générale de préavis raisonnable ou une interdiction de rupture brutale, la fixation de préavis légaux de cessation dont le critère essentiel serait la durée de la relation nous semble opportune. Au prix d'une certaine rigidité, la prévisibilité de la solution serait ainsi assurée.

¹³³⁸ L'article L. 134-11 C. com. fr. est une règle spéciale qui exclut l'application de l'article L. 442-6-I-5 C. com. fr. V. Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-13.527 P : D. 2012, Pan., p. 2765, obs. N. Dorandeu ; *ibid*, Actu., p. 1062, obs. E. Chevrier ; JCP E 2013, n° 12, spéc. n° 7, obs. J.-L. Respaud ; CCC 2012, n° 149, obs. N. Mathey ; RJDA 2012, n° 804 ; RLD, janv-mars 2013, p. 43, obs. M. Behar-Touchais.

¹³³⁹ V. article 15-4 de la Directive (86/653/CEE) relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

Section 2 : La prise en compte des investissements spécifiques

637. Comme il l'a été observé dans la première partie de la présente étude, les investissements spécifiques réalisés par le distributeur déterminent un équilibre particulier du contrat de distribution qui peut être perturbé lorsque le fournisseur prend l'initiative de mettre fin au contrat¹³⁴⁰. Pour cette raison, les mécanismes qui permettent de prendre en compte cet équilibre doivent être examinés. La solution établie par certaines législations étrangères consistant à instaurer une durée légale minimale ne semble pas opportune (§1). La protection des investissements réalisés par le distributeur doit être assurée par d'autres mécanismes qui permettent de considérer les attentes légitimes des parties (§2).

§1. Le refus d'une durée minimale légale

638. Afin de garantir une certaine stabilité au contrat de distribution, la reconnaissance d'une durée minimale a été proposée, c'est-à-dire une période obligatoire d'exécution du contrat pendant laquelle les parties ne peuvent pas mettre fin à celui-ci. Le droit italien reconnaît ainsi la notion de durée minimale concernant le contrat de franchise. La loi italienne n° 129 de 2004¹³⁴¹ dispose en effet : « *lorsque le contrat est à durée déterminée, le franchiseur doit garantir à l'affilié une durée minimale suffisante pour l'amortissement des investissements et, dans tous les cas, non inférieure à trois ans* »¹³⁴². Si le législateur ne vise pas les contrats à durée indéterminée, certains auteurs affirment que la règle consacre un principe plus général selon lequel la limite avant laquelle le franchiseur ne peut rompre le contrat correspond à la

¹³⁴⁰ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

¹³⁴¹ Loi 129 du 6 mai 2004 relative à la « discipline de l'affiliation commerciale ». L'article 1^{er} définit ce contrat ainsi : « L'affiliation commerciale (*franchising*) est le contrat, quel que soit sa dénomination, conclu entre deux personnes, économiquement et juridiquement indépendants, en vertu duquel l'une des parties, en échange d'une contreprestation, met à disposition de l'autre un ensemble de droits de propriété intellectuelle relatifs aux marques, noms commerciaux, enseigne, modèles d'utilité, dessins, droits d'auteur, savoir-faire, brevets, assistance ou conseil technique et commercial, insérant l'affilié dans un système constitué de plusieurs affiliés répartis sur le territoire, dans le but de commercialiser certains biens ou services ».

¹³⁴² G. De Nova, C. Leo et A. Venezia, *Il franchising*, IPSOA, 2004, p. 27, les auteurs affirment que cette règle s'explique parce qu'avant l'entrée en vigueur de la loi, il pouvait arriver que les contrats prévoient une durée insuffisante ou, s'il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée, un préavis inadéquat en cas de résiliation par le franchiseur. Dans le même sens, G. Cassano y M. Di Giandomenico, *I contratti di intermediazioni*, CEDAM, 2009, p. 818. Le code déontologie de l'*Associazione Italiana del Franchising* prévoyait avant l'entrée de la loi qu'« à l'affilié doit être garantie une durée minimale qui permette l'amortissement des investissements effectués et, en tous les cas, non inférieure à trois ans ».

durée qui permet l'amortissement des investissements effectués par le distributeur¹³⁴³. Dans la même veine, le Code civil et commercial argentin, entré en vigueur en 2015, établit une durée minimale de quatre ans en ce qui concerne les contrats de concession¹³⁴⁴ et de franchise¹³⁴⁵.

639. Toutefois, non seulement des règles d'une telle nature restreignent excessivement la liberté contractuelle du fournisseur et du distributeur, mais encore il n'apparaît pas opportun d'introduire une réglementation pointilleuse qui fixe directement la durée minimale du contrat de distribution. En effet, le lien entre la durée du contrat et le montant des investissements opérés par le distributeur constitue un aspect financier qui ne saurait être soumis à des règles aussi rigides. S'il est vrai que la finalité de préserver l'équilibre économique du contrat sur ce plan est légitime, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un aspect très particulier à chaque contrat de distribution que la loi ne peut appréhender de manière pertinente en fixant une durée minimale.¹³⁴⁶ En outre, tous les investissements n'ont pas la même nature et ne peuvent donc faire l'objet du même traitement. D'autres mécanismes doivent alors être considérés afin de parvenir à une solution appropriée.

§2. Les mécanismes de protection retenus

640. La question de l'amortissement des investissements opérés par le distributeur n'a pas de réponse unique. Nous avons distingué antérieurement ces investissements selon leur nature - spécifique ou non à l'activité du fournisseur -, ainsi que selon le rôle joué par le fournisseur dans leur réalisation - à l'initiative du seul distributeur ou déterminés, incité ou consentis par le fournisseur¹³⁴⁷. Outre ces distinctions qui sont utiles pour souligner que la protection doit porter sur les investissements spécifiques réalisés par le distributeur qui ont été déterminés, incités ou consentis par le fournisseur, une autre doit être opérée ici. D'une part, il se peut que les

¹³⁴³ R. Baldi et A. Venezia, *Il contratto di agenzia : la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè, Milano, 2008, n° 7.5.2., p. 184. A. Nervi, *I contrat di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Coll. Studi di diritto privato, Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 209.

¹³⁴⁴ Article 1506, C. civ. arg.

¹³⁴⁵ Art. 15016., C. civ. arg.

¹³⁴⁶ En droit français, la proposition de loi Daladier n'a jamais aboutie (déposée le 21 juillet 1955 (J.O. A.N. N° 74 de 1955, page 4024 - Séance n° 124 du 21 juillet 1955) ; elle établissait une durée minium de neuf ans du contrat de concession, avec possibilité d'un contrat d'essai de trois ans pour les nouveaux concessionnaires. Sur les critiques à l'encontre de cette proposition, V. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, n° 47 et s.

¹³⁴⁷ V. Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

investissements aient été réalisés par le distributeur au début de l'exécution du contrat à durée indéterminée ou en cours d'exécution d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Dans ces cas, les investissements sont réalisés par le distributeur avec la croyance légitime du maintien ou de la continuation du contrat pour une durée suffisante qui permettra la récupération du capital investi¹³⁴⁸. Les mécanismes du droit commun des contrats permettent la protection de ces attentes légitimes du distributeur (A). , une question plus délicate se pose s'agissant de la stipulation d'un terme excessivement court par rapport aux investissements spécifiques réalisés par le distributeur. Puisque ce dernier s'engage à réaliser des investissements spécifiques coûteux qui ne peuvent être raisonnablement amortis pendant le terme convenu, il pourrait être soutenu que sa stipulation relève de la répartition des risques librement admis par les parties¹³⁴⁹. En réalité, cette solution est insatisfaisante compte tenu de l'équilibre économique de ces contrats commandant la stipulation d'un terme qui soit en rapport avec le type d'investissements réalisés par le distributeur. Une règle spéciale dans le régime commun proposé relative à cet aspect nous semble dès lors opportune (B).

A. La sanction de la frustration des attentes légitimes du distributeur

641. Même si le mécanisme de protection des attentes légitimes n'est utilisé que très exceptionnellement par la jurisprudence colombienne, il s'agit d'un instrument important en matière contractuelle¹³⁵⁰. L'attente légitime est un standard ou notion-cadre qui permet de cerner ce que le créancier peut attendre raisonnablement du contrat¹³⁵¹. Les attentes légitimes doivent être déterminées par le juge dans chaque espèce. Pour ce faire, il doit prendre en considération les éléments matériels à la disposition du créancier et rechercher quelle croyance

¹³⁴⁸ J. Martí Miravalls, « Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas », *Revista de derecho mercantil*, n° 285, 2012, p. 123.

¹³⁴⁹ Rapp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 45, p. 55 : « C'est ici que néolibéralisme et solidarisme contractuel divergent. Alors que, dans cette tension dialectique entre la force obligatoire du contrat et son équilibre, le solidarisme se montre plus attentif au deuxième impératif et souligne que l'adaptabilité du contrat serait un gage de sa pérennité, le néolibéralisme insiste sur ce que la recherche de l'équilibre contractuel relève d'abord de la responsabilité de ceux qui l'ont conclu ».

¹³⁵⁰ V. en droit colombien, M. Bernal Fandiño, *El deber de coherencia en derecho colombiano de los contratos*, Pontificia Universidad Javeriana, 2013, p. 259 et s.

¹³⁵¹ V. G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018, V° « Attentes légitimes. Concept d'origine étrangère (*reliance*) et véhiculé par le droit européen qui déplace l'analyse de l'engagement de la personne du débiteur vers celle du créancier, afin de cerner ce que celle-ci pouvait raisonnablement atteindre »

raisonnable ces éléments ont pu faire naître¹³⁵². Le juge doit prendre en compte les attentes légitimes du distributeur lorsque le fournisseur met en œuvre son droit de résiliation unilatérale avant une durée qui, selon des prévisions raisonnables, ne permet pas l'amortissement des investissements réalisés par le distributeur. La même situation peut se présenter lorsque des investissements ont été réalisés par le distributeur en cours d'exécution du contrat, mais que le fournisseur décide postérieurement la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ou le non-renouvellement du contrat à durée déterminée avant l'écoulement d'une durée qui permet leur amortissement.

642. Les investissements réalisés au début d'un contrat à durée indéterminée. Il est communément admis que si les parties n'ont pas stipulé une clause de durée ou ont prévu une clause de résiliation unilatérale, c'est parce qu'elles ont voulu se préserver le droit de rompre le contrat à tout moment, même peu de temps après le début de son exécution. Le contrat à durée indéterminée serait un contrat fondamentalement précaire, par opposition à la stabilité qu'accorde la stipulation d'un terme¹³⁵³. Mais, à la réflexion, cet énoncé mérite des nuances s'agissant des contrats de distribution. La précarité qui résulte de cette règle ne s'accorde ni avec l'esprit des parties au moment de la signature ni avec l'économie de ces contrats dans la mesure où les contractants en attendent une certaine stabilité qui leur permette d'en retirer une utilité. D'une part, les investissements spécialisés réalisés par le distributeur créent une attente légitime de stabilité du contrat, à tout le moins pendant une durée raisonnable en fonction du type d'investissement réalisé par le distributeur. D'autre part, l'objectif commun de la conquête, développement et consolidation d'une clientèle requiert l'exécution du contrat pendant une certaine durée. En effet, la rupture « qui survient avant que le contrat ait pu développer ses effets le temps nécessaire à sa réussite en ruine l'économie »¹³⁵⁴. M. Mestre a pu remarquer à cet égard qu'« à côté de contrats à durée indéterminée fondamentalement précaires, on peut concevoir exceptionnellement des contrats également à durée indéterminée, mais cette fois à

¹³⁵² H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. Alain Ghozi, PUAM, 2002, n° 237, p. 258.

¹³⁵³ Pour une critique de l'absoluité de la faculté de résiliation unilatérale, v. A. Etienney, *La durée de la prestation, op. cit.*, n° 530, p. 394.

¹³⁵⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 481-2, p. 538. Les auteurs ajoutent : « La situation est différente dans les contrats successifs qui réalisent une simple opération d'échange. Reposant sur une répétition du même échange, ceux-ci peuvent s'interrompre à tout moment, sans que cette interruption cause un déséquilibre dans la mise en œuvre de l'opération qu'il recouvre. Ce qui ne veut pas dire que cette rupture ne puisse pas être gravement préjudiciable à celui qui la subit lorsque ce contrat constitue un élément essentiel à sa vie ».

durée minimale parce que, à l'origine, l'une des parties a été légitimement fondée à les considérer comme tels »¹³⁵⁵.

643. Certes, le contrat de distribution dénué de terme ne peut pas être requalifié en contrat à durée déterminée. Cependant, du silence des parties il n'est pas possible d'inférer le caractère précaire du contrat. Puisqu'il n'existe pas de limite temporelle minimale pour exercer le droit de résiliation unilatérale, les deux parties s'engagent dans la croyance que l'autre partie n'exercera ce droit qu'après l'écoulement d'une durée raisonnable permettant l'amortissement des investissements réalisés. Ce sont donc en quelque sorte des « investissements de confiance » en ce sens que, même si les parties ne stipulent pas de terme, le distributeur devrait pouvoir avoir légitimement confiance dans le fait que le fournisseur ne mette pas en œuvre son droit de résiliation unilatérale immédiatement ou avant un temps raisonnable lui permettant l'amortissement de ses investissements spécifiques. Ainsi qu'il l'a été dit, « les investissements réalisés font naître des attentes légitimes chez les distributeurs, que renforcent le principe de loyauté et la bonne foi sur lesquels reposent également les relations contractuelles entre les parties »¹³⁵⁶. Il en va de même s'agissant du renouvellement du contrat par rapport aux investissements réalisés durant son exécution.

644. Les investissements réalisés en cours d'exécution d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Il en va de même s'agissant des investissements réalisés en cours d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Le distributeur lié contractuellement au fournisseur n'est pas totalement libre de décider de les réaliser. En tout état de cause, leur réalisation a pour objectif de permettre la bonne exécution de l'opération de distribution. Dans ce cas, il s'agit aussi d'« investissements de confiance » en ce sens que le distributeur réalise les investissements dans le cadre d'une opération économique existante pour permettre sa continuation dans l'avenir. Plus encore, son refus d'opérer de nouveaux investissements peut conduire à la résiliation ou au non-renouvellement du contrat par le fournisseur. Pour ces raisons, les attentes légitimes du distributeur au regard des investissements spécifiques réalisés en cours d'exécution du contrat méritent également d'être protégées. Mais, lorsqu'il s'agit d'investissements réalisés au début d'un contrat conclu à durée déterminée, une autre réponse doit être considérée.

¹³⁵⁵ Cass. com., 20 janv. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 40 : *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. Mestre.

¹³⁵⁶ M. Huhtamaki, « Protection contractuelle des distributeurs - Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil », *RDC*, 2008, p. 949.

B. Le devoir légal de prévoir un terme adapté au type d'investissement

645. Lorsque les parties concluent un contrat à durée déterminée, le distributeur ne peut légitimement en attendre la prorogation ou le renouvellement. Le distributeur doit considérer si le terme contractuel est de nature à lui permettre l'amortissement des investissements réalisés. Il ne peut en principe croire à la continuation du contrat au-delà du terme stipulé. Il s'agit alors d'un risque d'entreprise et, de ce fait, sauf circonstances particulières, l'invocation de la croyance dans le renouvellement du contrat ne saurait être admise¹³⁵⁷. Certes, le distributeur ne se trouvant pas placé dans une situation de dépendance économique au moment de la conclusion du contrat, il est libre d'accepter ou de refuser le terme proposé par le fournisseur. Cependant, en même temps, l'intérêt du fournisseur est de fixer un terme court dans la mesure où cela constitue non seulement un mécanisme de pression pour encourager le distributeur à réaliser une activité fructueuse afin d'éviter le non-renouvellement du contrat, mais il lui permet également de conserver sa liberté de sortir du contrat à son échéance sans avoir à payer des dommages-intérêts. L'opposition d'intérêts est manifeste et la question du terme trop court par rapport aux investissements réalisés par le distributeur se pose bel et bien en pratique. En portent témoignage les législations étrangères précédemment évoquées. Force est cependant de constater que le contrôle de la clause qui fixe le terme à travers le contrôle des clauses abusives est inapte à remédier à cette difficulté dans la mesure où la question ne se pose que lorsque le fournisseur décide de ne pas renouveler le contrat. Le caractère abusif ne serait pas inhérent à la clause mais dépendrait de l'exercice effectif, par le fournisseur, de sa liberté de ne pas renouveler le contrat.

646. Nous estimons par conséquent plus opportune l'introduction d'une exigence légale de prévoir un terme contractuel raisonnable selon le type d'investissement réalisé par le distributeur. D'une part, comme il l'a été observé précédemment, la fixation d'une durée minimale par la loi n'est pas une solution adéquate. D'autre part, relève de la responsabilité des parties la fixation du terme qui prend en considération cet aspect particulier de l'équilibre économique du contrat.

¹³⁵⁷ J. Martí Miravalls, « Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas », *Revista de derecho mercantil*, n° 285, 2012, p. 101.

647. Certes, la consécration dans la loi d'un tel devoir qui pèse sur le distributeur semble être un truisme : celui-ci ne s'engagera pas dans un contrat ayant un terme qui ne lui permet pas l'amortissement des investissements spécifiques réalisés. Le contrat reste un instrument de liberté et de responsabilité destiné à satisfaire les besoins des agents économiques¹³⁵⁸. Toutefois, l'introduction d'un tel devoir permet de mettre au premier plan, au moment des négociations du contrat, la relation entre le terme contractuel et le type d'investissements requis pour le début de l'opération de distribution. Ce serait un mécanisme qui permettrait, dans une certaine mesure, l'instauration de conditions propices à un débat plus équilibré face aux intérêts opposés des parties lors des négociations. L'introduction de cette règle légale ne limiterait pas la liberté contractuelle dans la mesure où elle n'impose pas une durée minimale du contrat. Elle emporterait néanmoins un effet dissuasif en ce qu'elle inciterait les parties à une négociation sérieuse de la durée de leur engagement. En outre, cette règle relative aux contrats à durée déterminée permettrait également de mettre en avant l'importance du type d'investissements réalisés par le distributeur dans les contrats à durée indéterminée. Sans doute, les règles fixent une hiérarchie d'intérêts et valeurs et, de ce fait, l'introduction de cette règle permettrait aux juges de se prévaloir de l'objectif de la loi pour sanctionner la résiliation d'un contrat à durée indéterminée avant une durée raisonnable, faisant fi des investissements spécifiques réalisés par le distributeur.

648. Une difficulté d'application de cette règle peut cependant être avancée quant au contentieux pouvant naître de l'utilisation de notions floues : un terme de durée « adaptée » ou « raisonnable » selon le type d'investissement réalisé par le distributeur. Certes, nous avons refusé l'introduction d'une exigence d'un préavis « raisonnable » pour remédier au manque de protection contre la rupture brusque. Cependant, puisque le principal critère pour établir le préavis de cessation est la durée du contrat, le législateur peut prévoir lui-même des préavis raisonnables de cessation. En revanche, une règle légale ne pourrait fixer une durée du contrat de distribution selon le montant des investissements réalisés par le distributeur.

¹³⁵⁸ Sur les discussions et l'évolution des principes qui fondent le droit des contrats, V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 43.

649. Conclusion du Chapitre 2 du Titre I de la Seconde partie. L'exigence de loyauté et la préservation de l'équilibre contractuel sont des principes qui gouvernent la cessation des contrats de distribution. Dans le régime commun spécial envisagé, l'exigence de loyauté peut se traduire par la consécration de délais de préavis légaux de cessation dont la mesure est fixée selon la durée de la relation de distribution, sans distinguer si elle résulte de l'exécution d'un contrat à durée indéterminée ou de la prorogation ou du renouvellement d'un contrat à durée déterminée. S'agissant de la préservation de l'équilibre particulier déterminé par les investissements spécifiques qui ont été déterminés, incités ou consentis par le fournisseur, les attentes légitimes du distributeur doivent être protégées par les mécanismes du droit commun lorsque les investissements ont été réalisés au début d'un contrat à durée indéterminée ou en cours d'exécution d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. S'agissant des contrats à durée déterminée qui prévoient un terme court malgré les investissements importants réalisés par le distributeur, le régime commun spécial envisagé peut prévoir un devoir des parties de fixer un terme adapté au type d'investissements réalisé par le distributeur. Cette règle permettrait de mettre en exergue l'importance de la considération par le fournisseur des investissements réalisés par le distributeur.

650. Conclusion du Titre I de la Seconde partie. Malgré la stabilité indispensable pour accomplir la prestation médiate de conquête et d'exploitation d'un marché et la situation de dépendance économique dans laquelle est fréquemment placée le distributeur, les mécanismes de sortie unilatérale du contrat ont leur place à l'égard de ces contrats. D'une part, dans la cessation ordinaire, l'application du droit commun des contrats qui reconnaît les libertés de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée et de non-renouvellement du contrat à durée déterminée. D'autre part, dans la cessation extraordinaire, la résolution unilatérale du contrat pour inexécution, tels qu'elle est déjà reconnue par le législateur à l'égard des contrats d'agence commerciale et de fourniture. De même, dans le régime de l'imprévision, un droit de mettre fin au contrat peut être reconnu lorsque les parties ne parviennent pas à un accord en vue d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances. En tout état de cause, la mise en œuvre du droit de sortir du contrat est gouverné par les exigences de loyauté et de préservation de l'équilibre contractuel. Ces devoirs peuvent se concrétiser dans le régime commun envisagé par la fixation de préavis légaux de cessation, ainsi que par un devoir de fixer un terme adapté aux types d'investissement réalisés par le distributeur. Le contrat éteint, les parties doivent encore procéder à la liquidation de l'opération de distribution.

TITRE II

LES EFFETS DU CONTRAT À LA SORTIE

651. Le régime commun spécial envisagé doit également avoir pour objet les conséquences de la cessation du contrat de distribution. Puisque le principe est celui de la liberté des parties de l'aménager, il ne doit traiter que des aspects pour lesquels l'application du droit commun des contrats ne donne à ce jour aucune réponse satisfaisante. À ce moment, le regard est orienté, en premier lieu, vers la liquidation de l'opération de distribution. Elle porte sur le potentiel flux d'affaires qui peut continuer à être exploité à l'avenir en raison de la clientèle constituée ou augmenté grâce à l'exécution du contrat de distribution. Elle porte également sur les obligations de restitution de ce qui a été mise à disposition du distributeur pour la bonne exécution du contrat. Il est ici encore question de l'exécution d'obligations contractuelles¹³⁵⁹ (Chapitre 1). L'extinction du contrat est marquée, en second lieu, par le recouvrement de la liberté dont jouissaient les parties avant la conclusion du contrat¹³⁶⁰. Toutefois, elles peuvent stipuler des obligations qui prennent effet à l'extinction du contrat. Il en va ainsi des clauses de confidentialité, des pactes de préférence ou des obligations de non-concurrence post-contractuelles¹³⁶¹. Parmi elles, ce sont ces dernières qui seront l'objet de notre étude en raison de l'atteinte considérable qu'elles portent au recouvrement de principe de la liberté d'entreprendre du distributeur lorsque le contrat cesse (Chapitre 2).

¹³⁵⁹ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. Gautier, 2003, PUAM, n° 333, p. 264 : « Pour nous, les obligations de restitution n'appartiennent pas à l'après-contrat : il s'agit encore de son exécution ». Comp. C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, thèse Panthéon-Sorbonne, 2001, n° 29, qui étudie les obligations de restitution en tant qu'obligations postcontractuelles

¹³⁶⁰ V. *supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, B.

¹³⁶¹ En pratique, dans notre domaine, les parties stipulent habituellement des clauses compromissaires. En Colombie, une partie importante des litiges du droit de la distribution est donc soumise à l'arbitrage. En revanche, la stipulation de clauses de conciliation ou de médiation n'est pas usuelle en pratique.

Chapitre 1

La liquidation de l'opération de distribution

653. L'exécution du contrat de distribution crée une réalité qui ne peut disparaître d'un souffle. La cessation du contrat rend nécessaire la liquidation de l'opération de distribution. En premier lieu, comme nous l'avons examiné, la prestation caractéristique médiate des contrats de distribution - la conquête et l'exploitation d'un marché - crée une valeur économique qui se concrétise par un potentiel de revenus futurs : la clientèle. Si pendant l'exécution du contrat les deux parties tirent profit de la clientèle attirée grâce aux efforts communs, à la cessation du contrat le fournisseur peut être le seul à continuer à profiter de cette clientèle. Se pose donc la question du sort de la clientèle à l'issue du contrat et du paiement d'une compensation de fin de contrat en faveur du distributeur (Section 1). En second lieu, l'exécution de la prestation caractéristique immédiate - la diffusion des produits d'un fournisseur - entraîne un flux de biens. En fin de contrat la question se pose de la restitution des biens qui ont été remis au distributeur. Il s'agit des biens qui ont été mis à sa disposition pour le temps de l'exécution du contrat et de ceux qu'il a acquis en vue de leur commercialisation sur le marché (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance d'une indemnité de clientèle

654. La prestation caractéristique médiate des contrats de distribution est l'exploitation d'un marché et la création d'une clientèle qui profite aux deux parties pendant l'exécution du contrat¹³⁶². Peu importe si le distributeur agit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, il se trouve placé dans la même situation à l'issue du contrat¹³⁶³. Il existe alors une problématique commune spécifique aux contrats de distribution¹³⁶⁴. La question fondamentale

¹³⁶² V. *supra* Première Partie, Titre II, Chapitre I.

¹³⁶³ Rappr. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, p. 145 et s. L'auteur propose d'accorder une indemnité de contrat au concessionnaire et au franchisé par l'application, par analogie, du régime de l'agence commerciale. Pour ce faire, l'auteur démontre l'existence d'une lacune dans l'ordre juridique français à partir de la parenté de nature et de la fonction économique analogue de ces contrats et de la constatation selon laquelle les mêmes raisons qui ont justifié une intervention législative à propos de l'agent commercial existent concernant le concessionnaire et le franchisé.

¹³⁶⁴ V. F. Martínez Sanz, « Indemnización por clientela de los distribuidores », in *Los contratos de distribución* (A. Alonso et al. sous dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 536.

est celle de savoir pourquoi les contrats de distribution sont différents d'autres contrats commerciaux de longue durée qui conduisent également à créer des avantages économiques pour les parties en cours de contrat et qui subsistent au-delà de l'extinction de la relation contractuelle. En particulier, il s'agit de se demander pourquoi reconnaître une indemnité de fin de contrat au distributeur lorsque dans les autres contrats « une partie qui a exécuté toutes ses obligations n'est pas tenue de rétribuer son cocontractant pour des avantages qu'elle retire de l'exécution du contrat alors que celui-ci a pris fin »¹³⁶⁵. En outre, la cessation de tout contrat de longue durée cause généralement un préjudice au contractant qui voulait poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce cas, sauf si la rupture est illégitime, il ne doit cependant pas être réparé¹³⁶⁶. En d'autres termes, en droit commun des contrats, la cessation licite du contrat empêche de réclamer une quelconque indemnisation ou compensation.

655. À bien y regarder, comme nous l'avons déjà relevé, la spécificité des contrats de distribution tient à la création d'un pouvoir attractif de clientèle qui engendre un flux d'affaires au profit des deux parties pendant l'exécution du contrat¹³⁶⁷. Certes, tous les contrats commerciaux génèrent également des avantages économiques pour les deux parties ; en particulier, certains d'entre eux qui ont pour objet d'augmenter ou de créer une richesse commune. Il peut s'agir d'un bien matériel ou immatériel sur lequel porte un droit spécifique, par exemple, un brevet. Il en va ainsi des contrats de joint-venture conclus pour le développement d'un produit ou d'une technologie¹³⁶⁸. Cependant, la plupart du temps, les parties décident à l'avance du sort de cette richesse créée en commun. À l'issue du contrat, le conflit est évité lorsque les contractants se sont accordés sur ce point préalablement. Dans les contrats de distribution, les parties peuvent stipuler une clause relative à la clientèle développée en commun. L'existence d'une négociation et d'un accord à cet égard exclurait en principe toute réclamation à la sortie du contrat¹³⁶⁹. Cependant, en l'absence d'obligation légale imposant aux

¹³⁶⁵ J. Burda, « Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, 2009, p. 459.

¹³⁶⁶ Par exemple, dans le bail commercial, le locataire qui prend un certain temps à chercher un autre local ou le bailleur dont l'immeuble reste vide pendant quelques mois voient leur patrimoine affecté.

¹³⁶⁷ Première Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, 2, b.

¹³⁶⁸ V. Pironon, *Les joint-ventures, Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. Ph. Fouchard, Dalloz, 2004, 718 p.

¹³⁶⁹ Rapp. Th. Revêt, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *RDC*, 2015, p. 1005 : « La règle selon laquelle la présence d'un contrat chasse totalement le jeu de l'enrichissement sans cause a tout sens dans les contrats issus d'une véritable négociation entre

parties de se prononcer sur ce point, la réalité montre que les parties aux contrats de distribution demeurent silencieuses¹³⁷⁰. Naturellement, il en va ainsi parce que ce silence est à l'avantage du fournisseur - qui est d'ailleurs placé la plupart du temps dans une position à son avantage - dans la mesure où aucune obligation ne pèse sur lui à défaut de stipulation¹³⁷¹. Les conflits surgissent en raison du mécontentement du distributeur face à la situation de fait à l'extinction du contrat, notamment lorsque que le fournisseur continue à profiter de leur clientèle directement ou en désignant un autre distributeur dans la zone concernée. Il serait possible d'affirmer que les parties, au moment de la conclusion du contrat, décident d'assumer les risques de l'opération économique de distribution et que, parmi eux, le distributeur accepterait la situation de fait à l'issue de la relation contractuelle, notamment le risque d'exode de la clientèle vers le nouveau distributeur nommé par le fournisseur¹³⁷². Il accepterait en quelque sorte la « répartition naturelle de la clientèle »¹³⁷³, notamment lorsque le fournisseur jouit d'une réputation importante. Il s'agirait d'admettre que la clientèle, attirée par les éléments d'attraction du fournisseur, se retournera vers le nouveau distributeur désigné par celui-ci et que la clientèle attirée par l'activité personnelle de l'ancien distributeur lui restera attachée¹³⁷⁴. La licéité de la cessation du contrat permettrait d'affirmer la légitimité de la situation de fait qui

les parties ; dans l'hypothèse inverse, qui recouvre, notamment, tous les contrats de distribution, une place doit être faite au jeu de l'enrichissement sans cause afin de corriger les excès auxquels le contrat structurellement déséquilibré peut conduire en raison de ses modalités mêmes d'élaboration ».

¹³⁷⁰ En droit positif, le législateur attribue une indemnité de clientèle au seul agent commercial. V. *supra* Première partie, Titre I, Chapitre I.

¹³⁷¹ Comp. à propos des stocks invendus, nous avons relevé, en l'absence de clause expresse, en toutes circonstances aucune obligation ne pèse sur le fournisseur. Le silence de la loi et du contrat favorise en quelque sorte également les intérêts du fournisseur.

¹³⁷² Rappr., en droit français, même en admettant que la clientèle bénéficie, en même temps, au distributeur et au titulaire de la marque, le refus de l'indemnité pour perte de la clientèle a été justifié parfois par l'acceptation du distributeur, lors de la signature du contrat, du risque d'une perte de clientèle en cas de cessation (v. CA Paris, 12 nov. 1962, D. 1963, somm. 25).

¹³⁷³ A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. Lagarde, PUAM, n° 509, p. 464 : « Or, il demeure de principe constant qu'aucune indemnité ne peut être automatiquement versée aux distributeurs au moment de la cessation des rapports contractuels, compte tenu de l'indépendance juridique des professionnels titulaires d'une clientèle propre. Il existerait, dans l'hypothèse de la rupture du contrat, une répartition naturelle de la clientèle entre les cocontractants. Certains clients resteraient attachés à la marque du fournisseur, d'autres aux méthodes de vente du distributeur ». V. égal. S. Megnin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, préf. E. Jayme, Litec, 2003, n° 127, p. 11 : « La jurisprudence a ainsi refusé de consacrer un tel droit pour le concessionnaire, appliquant d'une manière plus stricte que le droit allemand le principe de *Sogwirkung*, en retenant « une répartition naturelle de la clientèle (...) à l'expiration du contrat : les clients attachés à la marque et au produit gageront le nouveau concessionnaire, les clients attachés à l'activité de l'ancien concessionnaire continueront à s'adresser à lui ».

¹³⁷⁴ V. D. Ferrier, « La patrimonialisation des contrats de l'entreprise », in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?* » (E. Blary-Clément et F. Planckeel sous dir.), Larcier, 2014, n° 9, p. 98.

découle de la répartition de la clientèle réalisée par les forces du marché¹³⁷⁵. Cette déduction, fondée sur le silence des parties, est pourtant peu convaincante¹³⁷⁶. Bien au contraire, si l'on se penche sur la question de fond, un fondement juridique existe pour accorder une indemnité de clientèle aux distributeurs. Il convient, d'abord, d'exposer ce fondement (§1), puis de préciser les conditions dans lesquelles il permet d'attribuer une indemnité de clientèle au distributeur à la fin du contrat de distribution (§2).

§1. Le fondement : la conservation de la clientèle apportée par le distributeur

656. La cessation du contrat de distribution cause un changement de la situation de fait qui conduit nécessairement à poser la question du sort de la clientèle. En prenant en compte que le pouvoir attractif de clientèle a été développé grâce à la collaboration du fournisseur et du distributeur¹³⁷⁷, l'identification d'un éventuel profit de cette clientèle pour le seul fournisseur à l'issue du contrat est à l'origine de l'instauration d'un régime de cessation particulier des contrats de distribution. La légitimité du droit de mettre fin au contrat n'est pas en cause, mais il s'agit de reconnaître l'existence d'une situation particulière à partir de deux circonstances concurrentes qui peuvent avoir lieu au terme du contrat. La première est l'identification d'une situation de fait à l'issue du contrat : la conservation de la clientèle par le fournisseur (A). La seconde est l'absence de raison juridique légitimant cette situation de fait. (B).

A. La conservation de la clientèle par le fournisseur

657. La conservation de la clientèle par le fournisseur implique deux situations concurrentes : d'une part, il a continué à exercer son activité directement ou en désignant un nouveau distributeur sur le marché concerné (1) ; d'autre part, le distributeur n'a pas poursuivi une

¹³⁷⁵ C. Paz-Ares, « La indemnización por clientela en el contrato de concesión », *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Réf. D-105.

¹³⁷⁶ Rappr. Th. Revêt, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *op.cit.*, p. 1005 : « La difficulté à fonder rationnellement l'obligation légalement faite au cocontractant de certains distributeurs de les indemniser à raison de la seule rupture explique, vraisemblablement, et sans doute parmi d'autres facteurs, le peu d'empressement de la jurisprudence, comme du législateur, à étendre cette solution à d'autres relations de distribution, a fortiori à la généraliser ».

¹³⁷⁷ *Supra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, B, 2.

activité lui permettant de continuer à tirer des bénéfices de la clientèle apportée pendant l'exécution du contrat de distribution (2).

1. La continuation de l'activité du fournisseur

658. À l'issue du contrat, le fournisseur peut installer son propre fonds de commerce ou bien nommer un nouveau distributeur dans la zone géographique qu'occupait son ex-distributeur. La clientèle, selon toute probabilité, se dirigera vers lui ou vers le nouveau distributeur¹³⁷⁸. Un auteur a justement relevé qu'en matière de distribution intégrée, « dans la plupart des cas, c'est l'intégrateur et non au distributeur intégré que se rattache la quasi-totalité de la clientèle exploitée par ce dernier »¹³⁷⁹. Le fournisseur pourra donc continuer à bénéficier de la clientèle consolidée et créée en collaboration avec son ancien distributeur¹³⁸⁰.

659. Or, comme nous l'avons observé précédemment, cette clientèle représente une valeur économique importante¹³⁸¹. Lorsque le distributeur ne poursuit pas son activité, cette clientèle revient au seul fournisseur à l'issue de la relation de distribution. Comme nous le verrons ultérieurement, puisque l'indemnité compense la valorisation du pouvoir attractif de clientèle, pour son attribution, on ne doit tenir compte que de l'apport de nouveaux clients ou de l'augmentation des opérations avec la clientèle existante. En effet, si le distributeur a commencé son activité avec une base importante de clients, cela signifie qu'il n'a pas été le seul à contribuer à la valorisation de ce pouvoir attractif de clientèle. Il importe d'analyser également la situation du distributeur à l'extinction du contrat.

¹³⁷⁸ En droit français, un auteur relève : « Et, bien que la jurisprudence ait estimé, dans le cadre de conflits opposant des franchisés à leurs bailleurs, que les premiers avaient la propriété de leur clientèle, on constate dans les faits que cette dernière est plus attachée à la marque qu'à l'emplacement ». M. Bensoussen, « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., p. 15.

¹³⁷⁹ V. F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 207. Comp. A. Sayag, note sous Cass. com. 13 mai 1970, *JCP G* 1971, II, 16891.

¹³⁸⁰ On a déjà écarté plus haut les arguments de l'admission de la « répartition naturelle de la clientèle » comme un risque du contrat accepté par les deux parties ainsi que les critères formalistes de rattachement de la clientèle.

¹³⁸¹ Première Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, 2, b.

2. La cessation par le distributeur de son activité

660. À l'issue de la relation contractuelle, le distributeur ne peut plus utiliser le nom et la marque du fournisseur et doit restituer ou détruire le mobilier, le matériel et les outillages spécifiques à son enseigne. Il n'a plus à sa disposition la plupart des éléments corporels et incorporels qui constituaient son fonds de commerce¹³⁸² et il ne pourra pas continuer à distribuer les produits du fournisseur ou le faire dans les mêmes conditions. Il est nécessaire de distinguer les situations dans lesquelles le distributeur peut se retrouver à la sortie du contrat.

661. En premier lieu, il convient d'analyser les cas dans lesquels le distributeur peut continuer à profiter, en totalité ou en partie, de la clientèle. En effet, en l'absence de clause de non-concurrence post-contractuelle, il se peut qu'au terme du contrat, le distributeur commercialise en solitaire les produits d'une entreprise concurrente de celle de son ancien fournisseur ou entre dans un réseau de distribution concurrent. Il pourra ainsi profiter de l'expérience gagnée, de sa connaissance du marché, voire des informations qu'il a obtenues sur les défauts et les vertus de son ancien fournisseur. Toutefois, cette hypothèse constitue une source importante de conflits liés à l'utilisation illégitime d'un savoir-faire après la rupture d'un contrat de franchise et à des actes de concurrence déloyale¹³⁸³. Il est possible de faire également référence à l'hypothèse dans laquelle l'élément prévalent de rattachement de la clientèle a été l'activité personnelle du distributeur : son talent, sa compétence, son organisation ou son savoir-faire personnel. Dans cette hypothèse, il pourra conserver une partie ou la totalité de la clientèle qu'il a développée durant la période d'exécution du contrat éteint¹³⁸⁴. Il peut, dans ce cas, continuer à l'exploiter ou céder son fonds de commerce, ce qui lui permettra de recevoir un capital représentant le potentiel de revenus qu'il aurait pu tirer de l'exploitation de cette

¹³⁸² M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 838, p. 577.

¹³⁸³ P. ex., CA Orléans, 26 janv. 2012, n° 11/01716 : « Attendu que le savoir-faire transmis par le franchiseur ne peut lui être restitué, dès lors qu'il s'agit de connaissances qui, une fois assimilées, pourront être mises en œuvre par l'ancien franchisé dans sa nouvelle activité ; qu'au vu des attestations de présence des associés de la société X à la formation initiale, le savoir-faire enseigné n'était pas aussi banal qu'ils le prétendent dans la mesure où ils ont estimé que cette formation était claire et précise et indispensable pour les futurs franchisés ; que l'utilisation du savoir-faire après la rupture du contrat de franchise ne saurait toutefois conduire à se livrer à des actes de concurrence déloyale à l'encontre du réseau de franchise abandonné ». En l'espèce, la Cour condamne l'ancien franchiseur pour un acte de parasitisme.

¹³⁸⁴ M. Bensoussen, « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *op. cit.* : « La perte de l'enseigne n'aura pas nécessairement des conséquences dramatiques pour le détaillant qui aura su fidéliser une clientèle locale plus attachée à la qualité de la prestation qu'à la notoriété de la marque ».

clientèle¹³⁸⁵. Il se peut également que l'emplacement des locaux du distributeur soit un élément primordial pour l'attraction de la clientèle. Dans ces cas, le fournisseur ne peut continuer à tirer des profits substantiels de la clientèle développée en commun à l'issue de la relation. Aucune compensation de clientèle n'est envisageable.

662. En second lieu, nous devons nous intéresser aux cas dans lesquels le distributeur se voit privé de la possibilité de continuer à exercer la même activité à la fin du contrat. D'une part, il est possible que les parties aient stipulé une clause de non-concurrence post-contractuelle¹³⁸⁶, auquel cas non seulement le distributeur ne peut continuer à exploiter la clientèle créée ou consolidée en raison de l'exécution du contrat de distribution, mais encore il ne peut exercer une activité concurrente. Comme l'indique un auteur, cette clause a « pour conséquence de priver ce dernier non seulement de la clientèle attirée par la marque ou, simplement, par l'activité exercée mais, également, de la clientèle que la poursuite du contrat lui aurait permis d'attacher à son fonds de commerce »¹³⁸⁷.

663. D'autre part, dans la plupart des cas, sans le contrat de distribution, le commerçant ne détient plus les éléments lui permettant de céder véritablement son fonds de commerce¹³⁸⁸. Le distributeur n'est tenu d'aucun engagement de non-concurrence post-contractuelle, mais il arrête son activité ou destine son entreprise à une autre activité. Il s'agit de l'hypothèse la plus délicate, parce qu'il ne lui est pas interdit de poursuivre une activité similaire et de proposer des produits concurrents de ceux commercialisés jusqu'alors¹³⁸⁹. Dans ces cas, un report de

¹³⁸⁵ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 836, p. 576.

¹³⁸⁶ *Infra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2. M. Bensoussen, « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *op. cit.* : « La clause de non concurrence, de par les contraintes et contradictions qu'elle induit, aboutit fréquemment à une cession du fonds ou du droit au bail par le commerçant qui est alors propriétaire d'un fonds dont la valeur fond comme neige au soleil ».

¹³⁸⁷ Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.-M. Mousseron, Litec, 2000, n° 277, p. 263.

¹³⁸⁸ M. Bensoussen, « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *op. cit.*

¹³⁸⁹ Rappr. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, 1999, n° 527, p. 323 : « Par son labeur, le mandataire participe activement à la constitution ou à l'augmentation d'une valeur économique représentée par l'exploitation de la clientèle. Tant que le mandat se poursuit, cette valeur se trouve partagée à proportion de la contribution de chacun à l'effort commun. Le mandataire y prend sa part, la retire sous forme de commissions. Lorsque les relations cessent par l'effet d'une décision unilatérale du mandant, le mandataire se trouve ipso facto privé du fruit de l'activité. Qu'il ne puisse conserver un pouvoir d'attraction de la clientèle postérieurement la rupture, et la valeur économique dont il partage pourtant la paternité lui échappera. Forgée sur la tête du mandant, elle ne suivra pas le mandataire

clientèle vers le nouveau distributeur nommé par le fournisseur dans la zone concernée peut se produire. Pour certains, si la clientèle suit le fournisseur à l'issue du contrat, il ne serait pas possible, pour le distributeur, d'invoquer un quelconque droit sur une clientèle « qui aurait été alors attachée non pas à son activité mais uniquement aux produits du fournisseur »¹³⁹⁰. C'est oublier que cette clientèle a été séduite par le pouvoir attractif développé par les efforts communs des parties et que le distributeur, agissant sous l'enseigne du fournisseur, a éclipsé son identité au profit de ce dernier. La conservation de cette clientèle par le fournisseur ne trouve pas de justification juridique dans le contrat exécuté.

B. L'absence de cause juridique de conservation de la clientèle par le fournisseur

664. La discussion à ce sujet gravite autour de la question de l'existence d'une cause juridique qui justifierait l'exploitation, par le fournisseur, après la fin du rapport contractuel, de la clientèle développée conjointement avec le distributeur. Il ne s'agit pas de constater l'appauvrissement du distributeur, mais de relever que le contrat de distribution ne permet pas de justifier le profit que reçoit le fournisseur après l'extinction du contrat¹³⁹¹. Ainsi, il paraît légitime d'envisager une intervention du législateur en vue de l'introduction d'une règle spéciale qui consacrerait le fondement du versement d'une indemnité de clientèle au distributeur.

665. Pour la plupart des auteurs, cette situation trouve sa cause dans le contrat¹³⁹². L'obligation du distributeur étant celle de promouvoir les produits du fournisseur et de

déchu. Dans cette analyse, l'indemnité constitue pour le mandataire le prix de cession de la valeur économique constituée par l'exploitation de la clientèle. Telle est, selon nous, la signification profonde du concept de clientèle commune. S'il ne postule pas l'existence d'une copropriété juridique du fonds de commerce, il traduit l'émergence d'une cotitularité économique de la valeur représentée par l'exploitation ».

¹³⁹⁰ D. Ferrier, note sous Cass. com. 23 oct. 2012, *D.* 2013, p. 732.

¹³⁹¹ Rapp. N. Dissaux, « Propos orthodoxes sur l'indemnité de clientèle du distributeur évincé », *D.*, 2012, p. 2862 : « Les deux arrêts du 23 octobre 2012 ne s'embarrassent pas d'une telle distinction. Tous deux estiment de manière péremptoire que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvaient leur cause dans l'exécution ou la cessation du contrat. Rien n'est pourtant moins sûr. L'exécution du contrat justifiait peut-être l'appauvrissement du distributeur. Elle ne fonde toutefois nullement l'enrichissement de son ex-cocontractant. Quant à la cessation du contrat, même chose : elle n'emporte que l'appauvrissement du distributeur qui la subit. Ni l'une ni l'autre ne justifiaient donc la captation de clientèle au profit du fabricant ou du franchiseur. C'est ainsi de manière dogmatique que la Cour de cassation semble ici considérer que la cause de l'appauvrissement implique celle de l'enrichissement ».

¹³⁹² D. Ferrier, note sous Cass. com. 9 oct. 2007, *D.* 2008, p. 390 : « L'enrichissement du franchiseur apparaît juridiquement causé par la fin naturelle du contrat ». Rapp. en droit français, Cass. com. 23 oct.

développer une clientèle, la conservation de cette clientèle après la cessation du contrat est pleinement justifiée¹³⁹³. Le franchiseur et les concessionnaires agissent pour leur propre compte, ils assument les risques de l'exploitation commerciale et obtiennent une utilité (marge bénéficiaire) des reventes. Selon ces auteurs, aucune justification existe pour accorder une compensation à ces commerçants qui décident d'assumer les risques de l'opération¹³⁹⁴.

666. Notre conviction est autre. Certes, durant l'exécution du contrat, les deux parties exploitent la clientèle conjointement en obtenant chacune des bénéfices économiques. Cependant, lorsque la fin du contrat conduit à la conservation de la clientèle en faveur du seul fournisseur, cette situation de fait n'a plus sa cause dans le contrat éteint¹³⁹⁵. L'utilité (commission ou marge bénéficiaire) reçue par le distributeur ne compense pas les avantages que continuera à recevoir le fournisseur à l'issue de la relation contractuelle de distribution¹³⁹⁶.

2012, n° 11-21.978, *Bull. civ.* IV, no 193 ; *D.* 2012, p. 2862, note N. Dissaux ; *D.* 2013, p. 732, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 2013, obs. B. Fages ; *RDC* 2013, p. 641, obs. C. Grimaldi. La Cour de cassation a examiné un contrat par lequel un commerçant était chargé de recueillir des abonnements téléphoniques auprès d'un opérateur de téléphonie mobile. Il exerçait également l'activité de vendeur d'accessoires. Le contrat de franchise a été rompu par le franchiseur. Une clause de non-concurrence post-contractuelle avait été stipulée dans le contrat. Le franchiseur soutenait dans son pourvoi que « le franchiseur qui rompt le contrat de franchise comportant une clause de non-concurrence doit indemniser le franchisé de la perte de sa clientèle propre ainsi subie. ». La Cour de cassation répond que « les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ». La Cour ferme ainsi la voie qu'elle avait ouverte cinq ans auparavant (V. Cass. com. 9 oct. 2007, n° 05-14.118 ; *D.* 2008, note D. Ferrier, p. 388 ; *RTD civ.* 2008, obs. P.-Y. Gautier, p. 119 ; et obs. B. Fages, p. 300 ; *RJDA* 2008, note H. Kenfack, p. 381 ; *RDC* 2008, obs. M. Behar-Touchais, p. 410 ; *RLDA* 2007/22, n° 1354, note D. Ferré et E. Deberdt ; *JCP* 2007, II, 10211, note N. Dissaux ; *JCP E* 2008, n° 20, note D. Mainguy, p. 24 ; *CCC* 2007, comm. 298, note M. Malaurie-Vignal).

¹³⁹³ C. Paz-Ares, « La indemnización por clientela en el contrato de concesión », *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1997, Réf. D-105. V. égal. F. Martínez Sanz, « indemnización por clientela de los distribuidores », in *Los contratos de distribución* (A. Alonso et al. sous dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 102 : « Aun admitiendo como cierto -que lo es- que el empresario puede obtener ventajas, y con ello un "enriquecimiento", como consecuencia de la actividad del agente, no por ello estaría desprovisto de causa o fundamento : éste se hallaría, precisamente, en el contrato de agencia, cuya finalidad última reside en el desarrollo y fortalecimiento de las relaciones comerciales del empresario con los clientes ».

¹³⁹⁴ C. Paz-Ares, « La indemnización por clientela en el contrato de concesión », *op. cit.*, Réf. D-105.

¹³⁹⁵ Rappr. Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.-M. Mousseron, Litec, 2000, n° 184, p. 175. Un auteur a pu faire référence à cet égard au fondement idéologique de l'indemnité de fin de contrat. Pour lui, « le risque d'une cessation contractuelle motivée par le seul dessein de conserver, de manière exclusive, le bénéfice de la clientèle étant le risque dont le législateur a souhaité limiter la réalisation, on pourrait appréhender l'indemnité comme la matérialisation d'un partage équitable imposé, dans un but préventif, par le législateur ».

¹³⁹⁶ Rappr. Th. Revêt, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *op. cit.*, p. 1005 : « Cette impasse suggère que l'indemnisation du distributeur à raison de la seule rupture du contrat est un mécanisme objectif : elle participe du rétablissement partiel du déséquilibre patrimonial résultant de ce que le distributeur, parce qu'il assure la commercialisation des produits et des services d'un tiers, œuvre à l'entretien ou au développement de la clientèle de ce dernier sans recevoir la juste rétribution de l'accroissement de richesse ainsi procuré à autrui ». V. égal. J. Burda,

Dans la même veine, un auteur a pu affirmer que ni l'exécution ni la cessation du contrat ne justifient la captation de la clientèle au profit du fournisseur à la sortie du contrat¹³⁹⁷. Nous pouvons dès lors affirmer que l'existence d'un contrat de distribution n'empêche pas des excès que le législateur ou les juges pourraient corriger en instaurant des mécanismes spécifiques¹³⁹⁸. Il s'agit, en quelque sorte, de considérer les bénéfices que continue à percevoir le fournisseur à l'issue de la relation contractuelle grâce à la clientèle séduite par le pouvoir attractif créé en commun¹³⁹⁹.

667. Enfin, rappelons que les parties au contrat de distribution demeurent généralement silencieuses sur la valeur patrimoniale représentée par l'exploitation de la clientèle créée ou développée pendant l'exécution du contrat de distribution. À ce jour, le législateur comble ce silence à l'égard du contrat d'agence commerciale¹⁴⁰⁰. Concernant les autres contrats de distribution, tels que les contrats de concession et de franchise, sauf si les parties se sont prononcées sur cet aspect, il n'est pas possible d'affirmer que la conservation de la clientèle par le fournisseur après la cessation du contrat trouve sa cause dans le contrat. De même, il ne serait

« Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, 2009, p. 458. L'auteur explique que, selon la jurisprudence suisse, la compensation est « destinée à éviter un trop fort déséquilibre entre les profits du mandant réalisés grâce à la clientèle apportée par l'agent et ceux que ce dernier a retirés de l'exécution du contrat ».

¹³⁹⁷ N. Dissaux, « Propos orthodoxes sur l'indemnité de clientèle du distributeur évincé », *op. cit.*, p. 2862.

¹³⁹⁸ Rappr. Th. Revêt, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *op. cit.*, p. 1005. « La règle selon laquelle la présence d'un contrat chasse totalement le jeu de l'enrichissement sans cause a tout sens dans les contrats issus d'une véritable négociation entre les parties ; dans l'hypothèse inverse, qui recouvre, notamment, tous les contrats de distribution, une place doit être faite au jeu de l'enrichissement sans cause afin de corriger les excès auxquels le contrat structurellement déséquilibré peut conduire en raison de ses modalités mêmes d'élaboration ».

¹³⁹⁹ F. Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2^e éd. Civitas, Madrid, 1998, p. 111: « Se trataría, por tanto, de remunerar algo que durante la vigencia del contrato no luce -o, al menos, no luce en su integridad-, a saber: la perspectiva que tiene el empresario principal de seguir extrayendo en el futuro ventajas de unas relaciones comerciales a cuyo establecimiento contribuyó decisivamente el agente ». Rappr. Th. Revêt, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *op. cit.*, p. 1005 : cette prestation participerait au « rétablissement partiel du déséquilibre patrimonial résultant de ce que le distributeur, parce qu'il assure la commercialisation des produits et des services d'un tiers, œuvre à l'entretien ou au développement de la clientèle de ce dernier sans recevoir la juste rétribution de l'accroissement de richesse ainsi procuré à autrui ».

¹⁴⁰⁰ V. Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código de comercio*, Comisión revisora del Código de Comercio, T. II., Bogotá, 1958, p. 302. Nous avons dans la première partie de ce travail que l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial, dérogoire du droit commun, tient à une situation dans la pratique que le législateur colombien a qualifiée d'injuste. L'exposé des motifs du projet de Code de commerce de 1958 affirmait que le projet tient à « la rétribution de l'enrichissement sans cause de la part du principal, suite au " goodwill " acquis en faveur de la marque de son entreprise ou de ses produits, grâce aux activités de l'agent ».

pas possible de soutenir que la clientèle a été toujours rattachée au fournisseur et que l'extinction de la relation contractuelle ne fait que révéler cette situation¹⁴⁰¹. En effet, comme nous l'avons observé, le pouvoir attractif de cette clientèle a été développé en commun en ce sens que les deux parties ont mis des moyens pour la consolider et l'augmenter ; peu importe si, en fait, elle est plus attachée à la marque du fournisseur¹⁴⁰². Naturellement, la notoriété de la marque du fournisseur peut peser sur le calcul de l'indemnité de fin de contrat, mais pas l'exclure.

668. Une intervention du législateur nous semble donc nécessaire pour déterminer un fondement juridique à l'attribution de cette indemnité. Cette règle doit conduire les parties à se prononcer sur cette indemnité. Force est de constater cependant que le fondement esquissé ne donnerait pas lieu au versement généralisé d'une indemnité de clientèle. En effet, celle-ci serait circonscrite à certaines hypothèses qui correspondent au fondement présenté. Un régime instauré en accord avec ce fondement permet de les déterminer.

§2. Le régime de l'indemnité de clientèle

669. Ce raisonnement, sur le plan théorique, doit avoir une traduction sur le plan technique : la recherche d'un instrument ou d'une procédure qui permet de répondre au fondement esquissé est nécessaire. Nous avons vu précédemment que la difficulté principale à cet égard tient au silence des parties concernant la répartition de la valeur économique particulière créée par le contrat de distribution. Dès lors, si les parties se prononcent sur la conservation de la clientèle par le fournisseur à la sortie du contrat, il n'est plus possible, en principe, de soutenir que cette situation manque de justification. La responsabilité de se prononcer sur cette situation revient en premier lieu aux parties (A). Le fondement de l'indemnité de fin de contrat doit se traduire par des conditions d'attribution précises qui doivent être établies par voie législative et jurisprudentielle (B).

A. La fixation de l'indemnité

670. La méthode de fixation proposée peut être qualifiée de mixte en ce qu'elle résulterait du fondement fixé par la loi tout en laissant aux parties une marge importante de liberté pour sa

¹⁴⁰¹ Rappr. D. Ferrier, note sous Cass. com. 23 oct. 2012, *D.* 2013, p. 732.

¹⁴⁰² *Supra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, B, 2, b.

détermination. En effet, ce régime commun spécial pourrait établir le fondement du versement par le fournisseur d'une indemnité de clientèle en fin de contrat au distributeur (1). Il incomberait cependant aux parties de se prononcer sur cette indemnité en respectant le fondement fixé par le législateur. L'intervention du juge ne serait qu'exceptionnelle (2).

1. L'introduction d'une indemnité légale

671. Le législateur pourrait introduire une indemnité légale de fin de contrat à la charge du fournisseur selon le fondement exposé précédemment (a). Il devrait également fixer des critères généraux encadrant l'attribution de cette indemnité (b).

a. L'introduction d'une règle générale

672. Partant du fondement exposé, le législateur pourrait établir une règle qui oblige le fournisseur à payer une prestation de somme d'argent au distributeur lorsqu'il est manifeste que celui-ci a contribué de manière importante à l'accroissement de la clientèle au cours de l'exécution du contrat de distribution et que le fournisseur continue à tirer des profits substantiels de cette activité à l'issue du contrat¹⁴⁰³. L'instauration d'une telle indemnité reconnaîtrait que les deux parties ont contribué à la création de cette valeur économique - un potentiel de revenus futurs - représentée par la clientèle qui peut être exploitée à l'avenir par le seul fournisseur.

673. Le législateur doit indiquer les critères généraux qui doivent être pris en compte par les parties pour fixer cette indemnité, mais il appartiendrait à celles-ci de les préciser. En toute hypothèse, cette indemnité ne devrait pas pouvoir être exclue par les parties. La liberté de supprimer purement et simplement cette indemnité pourrait signifier sa disparition en pratique, notamment lorsque le fournisseur jouit d'un pouvoir de négociation important¹⁴⁰⁴. En effet, il n'est pas raisonnable de penser que l'intérêt du distributeur prévaudrait sur celui du fournisseur à l'exclure ou à accorder une indemnité dérisoire¹⁴⁰⁵. Les arguments des défenseurs de

¹⁴⁰³ V. L'article IV.E.- 1:305 (1). M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 27.

¹⁴⁰⁴ V. *supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2, B, 2, b.

¹⁴⁰⁵ Rappr. F. Martínez Sanz, « Indemnización por clientela de los distribuidores », in *Los contratos de distribución* (A. Alonso et al. sous dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 543 : « Ciertamente, podría entenderse

l'autonomie de la volonté à ce sujet perdent de leur force devant la réalité¹⁴⁰⁶. Une clause qui conduit à accorder une indemnité dérisoire devrait être réputée inexistante¹⁴⁰⁷. Elle devrait tenir compte des critères et du mode de calcul fixés par le législateur.

b. Le respect des critères fixés par le législateur

674. Parce que nous défendons la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au bénéfice de l'ancien distributeur justifié par un fondement spécifique (la conservation de la clientèle par le fournisseur), une règle légale est indispensable pour indiquer les conditions de son attribution. Ainsi, la difficulté de la question ne peut conduire à écarter la prévision de cette indemnité dans le régime commun spécial envisagé. Certainement, le mode de calcul de l'indemnité doit être compréhensible, accessible et prévisible. Il serait tentant de proposer, à l'instar de la règle de l'article 1324 C. com. col., la fixation d'un mode de calcul exact que les parties auraient la possibilité d'appliquer par elles-mêmes¹⁴⁰⁸. Cependant, puisque ce mode de calcul, en plus de supprimer la liberté des parties, peut conduire à des injustices, il nous semble plus opportun que la loi fixe des critères indicatifs permettant aux parties de configurer cette indemnité. Concrètement, le législateur pourrait fixer une base de calcul de l'indemnité, mais

que esta norma supone extender el « acta de defunción » de la indemnización por clientela, toda vez que no parece razonable pensar que las partes de un contrato de distribución vayan a pactar que se genere indemnización en favor del distribuidor ». Commentant un avant-projet de Code de commerce en Espagne, qui établit une indemnité de clientèle sauf stipulation contraire des parties, affirme que cela signifierait le certificat de décès de cette indemnité.

¹⁴⁰⁶ Rappr. F. Martínez Sanz, « Indemnización por clientela de los distribuidores », *ibidem*, p. 546 : « Al menos, debiera existir consenso en impedir que la exclusión de la indemnización pudiera operarse mediante condiciones generales de la contratación ». L'auteur affirme que si le législateur n'octroie pas à la règle qui alloue au distributeur l'indemnité de fin de contrat un caractère impératif, il faut au moins qu'il interdise les clauses d'exclusion de cette indemnité dans les conditions générales du fournisseur.

¹⁴⁰⁷ Rappr. l'article 920, al. 2° C. com. col. indique qu'un prix dérisoire est réputé ne pas avoir été convenu.

¹⁴⁰⁸ Certains auteurs proposent d'établir une présomption irréfragable de ce que le distributeur a apporté une plus-value de clientèle au fournisseur et l'instauration d'« un forfait représentant les provisions perçues au cours de l'année précédant la cessation du contrat » (F. X. Licari, « La notion d'agent commercial et l'indemnité de fin de contrat dans la jurisprudence récente de la CJCE », *RLDC*, juillet-août 2006, p. 8. *Adde.* : *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 585. L'auteur expose l'idée de M. Martinek, « Der Handelsvertreterrechtliche Ausgleichsprozess – ein Ärgernis und seine europaweite Ausdehnung », in *Festschrift für G. Lüke zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1997, p. 409 et s.). Le recours au juge ne serait plus indispensable. Le calcul serait facile à réaliser sans la nécessité d'un expert. Un autre propose d'inviter les parties à convenir d'un montant librement ou selon une méthode d'un forfait dégressif lié à l'ancienneté de l'agent commercial et, au cas où ils ne réussiraient pas, il reviendrait au juge de fixer le *quantum* de l'indemnité en équité. A. de Theux, *Le statut européen de l'agent commercial, Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, n° 231, p. 322.

indiquer également d'autres critères variables permettant aux parties d'augmenter ou de diminuer son montant.

675. L'assiette de l'indemnité. Puisque le fondement présenté prend en compte l'apport ou la contribution de clientèle réalisée par le distributeur, seuls les nouveaux clients et l'augmentation des opérations avec la clientèle préexistante doivent être considérés. De ce fait, les parties doivent prendre en compte les commissions - s'il s'agit d'un distributeur qui agit pour le compte du fournisseur - ou les utilités - s'il s'agit d'un distributeur qui agit pour son propre compte - obtenues grâce aux contrats conclus avec de nouveaux clients ou à l'augmentation des affaires avec les clients existants¹⁴⁰⁹.

676. Critères variables. Le législateur pourrait mentionner d'autres facteurs que les parties peuvent prendre en considération pour augmenter et diminuer le montant de l'indemnité, qui seraient fixés par les parties lors de la négociation du mode de calcul de l'indemnité de clientèle. Il en va ainsi du nombre d'années pendant lesquelles elles vont considérer que le fournisseur peut continuer à tirer profit de la clientèle à l'issue de la relation contractuelle, la perte probable de clients en fonction du taux moyen de migration et une remise obligatoire pour paiement anticipé¹⁴¹⁰. Ces informations peuvent être fixées à l'avance parce que les parties connaissent les caractéristiques du marché où elles développent leurs activités. Il serait également possible de considérer d'autres facteurs, tels que l'importance de la marque du fournisseur, un fichier de clientèle mis à la disposition du fournisseur ou la stipulation d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle. Bien entendu, la jurisprudence a un rôle important à jouer pour définir le contenu des critères que les parties peuvent considérer pour la fixation de l'indemnité.

677. En guise d'illustration, les parties peuvent prendre en compte la notoriété de la marque du fournisseur pour réduire le montant de l'indemnité de fin de contrat. Cependant, cette liberté n'est pas absolue, car la jurisprudence pourrait établir des critères pour limiter l'abattement du

¹⁴⁰⁹ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 579 et s. L'auteur, qui propose l'instauration d'un nouveau cas d'enrichissement sans cause, indique que l'appauvrissement subi par le distributeur est représenté « par la valeur de la clientèle apportée par ce dernier au titulaire de la marque, pendant la durée d'exécution de son contrat » et propose comme mode de calcul d'appliquer le taux de marge bénéficiaire moyen réalisé par le distributeur sur la période de son activité au service du fournisseur (intégrateur) à l'accroissement du chiffre d'affaires du fonds sur la même période.

¹⁴¹⁰ V. L'article IV.E.- 1:305 (1). M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 27.

montant de l'indemnité. À notre sens, elle pourrait indiquer que la notoriété de la marque ne peut être prise en compte que lorsqu'elle est saillante et que la réduction de l'indemnité doit être raisonnable. En effet, « par ses dépenses pour la publicité locale et les services qu'il met en œuvre, le franchisé contribue personnellement au prestige de la marque »¹⁴¹¹.

678. Limite. En droit colombien, les difficultés liées à l'instauration d'une indemnité de fin de contrat sans limites et extrêmement coûteuse dans le cadre de relations contractuelles longues ont été mises en relief¹⁴¹². Nous pensons que tout en accordant une indemnité de fin de contrat, le législateur doit limiter son coût afin d'éviter son dérapage et les répercussions, en pratique, sur les opérations de distribution. La limite posée par la Directive européenne de 1986 semble raisonnable ; elle est fixée à un chiffre équivalent à un an de commissions calculées à partir de la moyenne annuelle des rémunérations perçues par l'agent commercial au cours des cinq dernières années ou la moyenne de la période d'exécution si le contrat remonte à moins de cinq ans¹⁴¹³. S'il s'agit d'un distributeur pour compte propre, ce chiffre doit être calculé à partir des utilités obtenues¹⁴¹⁴. Outre ces critères, il importe également d'examiner les modalités de fixation de cette indemnité.

2. La procédure de fixation

679. Pour la fixation de l'indemnité de clientèle, un privilège doit être accordé à la mise en œuvre de procédures contractuelles qui laissent une marge de liberté importante aux parties. Il leur incombe de ce fait de se prononcer sur cette indemnité de clientèle lorsque les conditions de son attribution sont remplies (b). L'intervention du juge à la place des parties ne peut être qu'exceptionnelle (b).

¹⁴¹¹ F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, op. cit., p. 583. Comp. F. Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, op. cit., p. 155 et 219.

¹⁴¹² *Supra* Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, b.

¹⁴¹³ Art. 17, 2, b), Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

¹⁴¹⁴ En droit espagnol, un projet de loi relatif aux contrats de distribution qui n'a pas abouti (*Boletín oficial de las cortes generales, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, n° 138-1, 29 juin 2011) prévoyait, dans son article 25.5, que la prestation ne doit pas dépasser, dans tous les cas, le montant net annuel moyen du chiffre d'affaires du distributeur obtenu au cours des cinq dernières années ou pendant toute la période de la durée du contrat si elle a été inférieure à cinq ans. (« La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior ».)

a. La détermination de l'indemnité par les parties

680. Il appartient en premier lieu aux parties de se mettre d'accord sur l'indemnité de clientèle. Comme cela a été vu précédemment, les parties peuvent ainsi prévoir les facteurs qui seront pris en considération afin de fixer cette indemnité selon les caractéristiques du domaine économique spécifique. Elles peuvent fixer ainsi la période pendant laquelle elles considèrent que le fournisseur peut continuer à tirer profit de la clientèle développée, le taux de migration des clients ou l'influence de la notoriété de la marque du fournisseur sur le montant de l'indemnité. Si les parties restent silencieuses, le législateur pourrait établir une procédure de rencontre à l'issue de la relation contractuelle pour les amener à négocier et à fixer ladite indemnité. Il nous semble que les chambres de commerce pourraient offrir un service d'assistance spécialisée afin d'obtenir un taux plus élevé de succès des négociations. À défaut d'accord des parties, il reviendrait au juge de fixer l'indemnité.

b. L'intervention exceptionnelle du juge

681. Certaines législations indiquent que le juge doit accorder l'indemnité de fin de contrat à l'agent commercial si, eu égard à toutes les circonstances, elle satisfait à l'équité¹⁴¹⁵. Certes, dans un souci d'équité et de justice, il serait convenable de demander au juge de fixer l'indemnité de fin de contrat compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce. Une évaluation « sur mesure », au cas par cas, de l'indemnité de clientèle serait toujours plus juste¹⁴¹⁶. Notamment, ce pouvoir pourrait permettre de corriger des injustices résultant de la formule de calcul de cette indemnité qui peut s'avérer inadaptée dans certaines circonstances. Il serait permis au juge de prendre en considération l'importance des signes distinctifs du fournisseur, les conditions du marché où le distributeur a développé son activité, parmi d'autres. Cependant, l'introduction d'un critère d'équité ou d'autres facteurs de pondération exigeant l'intervention du juge entraîne inévitablement la juridicisation de la réclamation. Or, le recours systématique à un procès conduit à l'augmentation des coûts contractuels et des frais d'expertise et à l'aggravation des problèmes d'engorgement de la justice¹⁴¹⁷. Pour ces raisons, il nous paraît

¹⁴¹⁵ V. l'art. 17, 2, a), de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, le droit allemand (§ 89 HGB), le droit italien (art. 1751 C. civ. it.) et le droit espagnol (art. 28, loi 12/1992 LCA),

¹⁴¹⁶ A. de Theux, *Le statut européen de l'agent commercial, approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, n° 229, p. 318.

¹⁴¹⁷ Pour une critique du droit allemand, F.-X. Licari, « La notion d'agent commercial et l'indemnité de fin de contrat dans la jurisprudence récente de la CJCE », *RLDC*, juillet-août 2006, p. 8.

préférable d'éviter la nécessité d'avoir recours au juge pour déterminer le montant de l'indemnité de fin de contrat.

682. Cela étant, selon la procédure exposée précédemment, l'intervention du juge ne serait nécessaire que dans les cas où les parties n'auraient pas stipulé une clause à l'égard de l'indemnité de fin de contrat et qu'elles ne se seraient pas mises d'accord sur son montant à l'issue de la relation contractuelle. De même, le juge serait appelé à intervenir si l'une des parties discute la validité de la clause qui attribue ladite indemnité. Par exemple, dans le cas où le distributeur demanderait l'intervention du juge parce qu'il considère que l'indemnité de clientèle attribuée est dérisoire¹⁴¹⁸. En toute hypothèse, l'indemnité de clientèle devrait être en conformité avec les critères fixés par la loi et précisés par la jurisprudence.

B. Une esquisse des conditions d'attribution de l'indemnité

683. Les conditions d'attribution de l'indemnité de fin de contrat doivent se conformer au fondement antérieurement exposé applicable aux contrats de distribution qui entrent dans la définition du régime commun spécial proposé. Le législateur établissant des critères généraux pour la fixation de cette indemnité, il ne fait pas de doute que le rôle de la jurisprudence est fondamental pour préciser ces critères¹⁴¹⁹. Nous voudrions à présent analyser plus en détail les conditions positives d'attribution de cette indemnité (1) ainsi que les causes exceptionnelles de son exclusion (2).

1. Les conditions de son attribution

684. Conformément au fondement présenté, le versement d'une indemnité de clientèle ne serait pas généralisé, mais circonscrit à la satisfaction de certaines conditions. Il importe, en particulier, d'analyser les conditions relatives à l'apport de clientèle par le distributeur (a) et le profit qu'en retire le fournisseur après la fin du contrat (b).

¹⁴¹⁸ Rappr. l'article 920, al. 2° C. com. col. indique qu'un prix dérisoire est réputé n'avoir pas été convenu.

¹⁴¹⁹ Il en a été ainsi en France et en Allemagne. Si ces deux pays ont choisi des fondements différents pour accorder une prestation de clientèle à l'agent commercial, dans les deux cas, la jurisprudence a joué un rôle fondamental pour préciser la portée des critères fixés par le législateur. En droit allemand, v. S. Megnin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, *op. cit.*, n° 334 et s. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 579 et s. En droit français, v. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 237, p. 125.

a. L'augmentation sensible de la clientèle ou des opérations avec la clientèle préexistante

685. Accroissement de la clientèle. Puisque le pouvoir attractif de la clientèle représente une valeur économique importante, l'indemnité de fin de contrat n'est due que si l'activité du distributeur a une influence positive sur celui-ci. Cela implique une comparaison entre la situation existante au début de l'opération de distribution et celle existante à la fin du contrat. Cette condition serait satisfaite s'il y a eu une augmentation sensible de la clientèle. Cela comprend les hypothèses dans lesquelles le distributeur a apporté de nouveaux clients ou lorsqu'il a développé la clientèle préexistante, notamment en augmentant les opérations avec ces clients ou en obtenant d'eux l'acquisition de produits d'une autre gamme¹⁴²⁰. Ceci se manifesterait principalement par l'accroissement du chiffre d'affaires¹⁴²¹. La qualification de nouveaux clients exige une demande de produits régulière ou stable, une certaine fidélité. La Cour fédérale allemande a créé la notion de « clients à plusieurs reprises » (*Mehrfachkunden*) qui sont « ceux des clients qui dans une période appréciable au cours de laquelle on peut attendre normalement des commandes supplémentaires, ont conclu une affaire plus d'une fois avec l'entrepreneur ou qui, selon les prévisions, en concluront »¹⁴²². Naturellement, chaque type de produit ou de service concerné requiert une analyse particulière.

686. Maintien de la clientèle. L'indemnité de fin de contrat compense l'apport réalisé par le distributeur en termes de valorisation du pouvoir attractif de la clientèle. Si au début de l'exécution du contrat le distributeur a pu profiter d'une clientèle déjà existante dans la mesure où un autre distributeur avait antérieurement conquis une part du marché, il est certain que la

¹⁴²⁰ Rappr. en droit espagnol, art. 28, loi 12/1992 relative à l'agence commerciale : « 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran ». Le Code suisse des obligations (livre cinquième du Code civil) indique dans son article 418u, 1^{er} al. : « Lorsque l'agent, par son activité, a augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et que ce dernier ou son ayant cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ces clients même après la fin du contrat, l'agent ou ses héritiers ont droit, à moins que ce ne soit inéquitable, à une indemnité convenable, qui ne peut pas leur être supprimée par convention ». V. égal. § 89b HGB.

¹⁴²¹ En droit allemand, v. S. Mégnin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, op. cit., n° 337, p. 265.

¹⁴²² S. Mégnin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, préf. E. Jayme, Litec, 2003, n° 336, p. 265. En droit espagnol, v. M. González-Orús, *Los contratos de distribución. Extinción : problemática y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 322.

clientèle qui profite au fournisseur au terme du contrat n'est pas seulement due aux efforts du dernier distributeur. Celui-ci a pu commencer son activité en profitant d'une assiette plus ou moins importante de clients. Le distributeur ne recevra pas d'indemnité de fin de contrat ou elle sera insignifiante lorsque l'apport de nouveaux clients ou une augmentation des opérations avec la clientèle existante sont nuls¹⁴²³. Puisque le distributeur a maintenu, dans ces hypothèses, la clientèle ou le flux des affaires existants, certains pourraient affirmer que cela implique de méconnaître les efforts orientés vers la préservation de la clientèle¹⁴²⁴. Si cette affirmation porte une part de vérité, il n'en reste pas moins que le distributeur, à l'entrée de l'opération de distribution, a pu profiter de cette clientèle créée par le distributeur antérieur et que le fournisseur a dû payer une indemnité de fin de contrat à celui-ci à cause de la préservation de cette clientèle. Enfin, observons que la situation du distributeur qui a ouvert un marché nouveau n'est pas assimilable à celle du distributeur qui a poursuivi l'exploitation d'un marché déjà consolidé. Sans doute, le montant de l'indemnité doit être plus important dans le premier cas¹⁴²⁵. La situation du fournisseur après l'extinction du contrat doit également être prise en considération.

b. L'exploitation de la clientèle par le fournisseur à l'extinction du contrat

687. Le fondement de l'indemnité de fin de contrat est la conservation, par le fournisseur, à l'issue de la relation de distribution, de la clientèle développée conjointement par celui-ci et le distributeur¹⁴²⁶. Corrélativement, elle se justifie dans la mesure où la cessation du contrat

¹⁴²³ *A fortiori*, toute indemnité de fin de contrat sera exclue lorsque la clientèle a diminué dans la zone géographique concernée. Certes, cette situation peut sembler injuste lorsque cette baisse est due à une crise économique ou à un autre facteur non imputable à l'activité du distributeur. Cependant, sauf à prouver une faute du fournisseur, ces situations font partie de l'aléa commercial assumé par tout commerçant.

¹⁴²⁴ Rapp., en droit espagnol, V. M.J. Vaquero Pinto, « Compensación por clientela », in *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo* (F. Carbajo Cascón sous dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 487 : « En consonancia con este presupuesto, se niega la compensación cuando no hay prueba de la aportación de nuevos clientes o del incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente o de que « la concedente se hubiera servido de la clientela para seguir distribuyendo sus productos », cuando sólo puede acreditarse « el mantenimiento o consolidación de la clientela » y cuando « descende el volumen de negocios ».

¹⁴²⁵ Cela marque une différence importante avec le droit positif qui ne distingue pas selon que la rémunération de l'agent provienne de clients antérieurs au contrat ou de clients nouveaux. Autrement dit, l'indemnité de fin de contrat tient compte de la perte de la clientèle préexistante au contrat d'agence commerciale.

¹⁴²⁶ Le producteur peut décider d'ouvrir son propre magasin sur le marché concerné, mais plus généralement, il désignera un autre distributeur pour occuper la place de l'ancien distributeur ou l'un ou les autres distributeurs qui font partie du réseau prendront la responsabilité de s'occuper des clients de ce dernier.

empêche le distributeur de continuer à profiter de la clientèle constituée ou augmentée en raison de l'exécution de l'opération de distribution¹⁴²⁷. Si les parties ont stipulé une obligation de non-concurrence post-contractuelle, la perte de clientèle pour le distributeur est automatique¹⁴²⁸. Il existe également des situations dans lesquelles, bien que les parties n'aient pas stipulé une telle obligation, la clientèle est plus attachée à la marque et aux produits du fournisseur. Dans tous les cas, pour justifier le versement de l'indemnité de clientèle, il doit exister une probabilité raisonnable de déplacement de la clientèle en faveur du fournisseur. Ainsi qu'il l'a été dit, cet élément est « sans doute plus facile à démontrer dans le cas où le produit distribué est un produit de marque à laquelle la clientèle est attachée »¹⁴²⁹. Cela n'empêche pas des situations exceptionnelles dans lesquelles le distributeur conserve sa clientèle malgré la cessation du contrat de distribution. Il en va ainsi du distributeur longtemps installé dans un lieu, qui a consolidé une réputation commerciale importante, ou lorsque l'emplacement du fonds du commerce du distributeur constitue le facteur prééminent pour l'attraction d'une clientèle.

688. Cessation des activités du fournisseur. Par ailleurs, il est permis de se demander si le fournisseur est redevable de l'indemnité de fin de contrat lorsqu'il ne continue pas à bénéficier de la clientèle à l'extinction du contrat, qui se répartit entre les concurrents¹⁴³⁰. En d'autres termes, la question est celle de savoir si ce qui importe est le fait du fournisseur de profiter effectivement de la clientèle à l'issue du contrat ou bien la simple constatation de l'existence de cette possibilité. Il en va ainsi lorsque le fournisseur cesse son activité à la suite d'une décision d'abandonner un marché ou un domaine économique ou lorsque son entreprise est dissoute et liquidée pour l'une des causes prévues par la loi. À notre sens, l'indemnité ne serait

¹⁴²⁷ En droit allemand, l'une des conditions indiquées par le §89b est la suivante : « 2. L'agent commercial perd à la suite de la cessation de la relation contractuelle des droits à commission qu'il aurait eus du chef des affaires déjà conclues ou à venir avec les clients qu'il a acquis, si ladite relation avait continué (...) ».

¹⁴²⁸ Des propositions de loi en Espagne ont établi l'existence d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle comme condition pour l'attribution de l'indemnité de fin de contrat. V. art. 25, 4, b) Proyecto de Ley de contratos de distribución n° 121/000138 (*Boletín oficial de las cortes generales, Congreso de los diputados, IX Legislatura, 29 de junio de 2011*) et l'art. 543-24, 2, c) *Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión general de codificación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

¹⁴²⁹ J. Burda, « Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *op. cit.*, n° 4, 2009, p. 460.

¹⁴³⁰ Si le fournisseur cesse son activité et que la clientèle est conservée par le distributeur qui destine son entreprise à la distribution des produits d'une entreprise concurrente, la prestation ne doit pas être allouée, car le distributeur arrive dans ce cas à conserver la clientèle à l'avenir.

due que si le fournisseur obtient un profit réel de cette clientèle, même si la cessation de l'activité est volontaire.

689. Au reste, à l'extinction du contrat, la « répartition naturelle de la clientèle » peut conduire à des réalités très diverses selon la proportion des clients attachés essentiellement à l'activité du distributeur ou la proportion surtout attirée par la marque et les produits du fournisseur. Or, ce dénouement « naturel » ne pourrait intervenir qu'en l'absence d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. En effet, la stipulation d'une telle clause permet en principe que le fournisseur continue à exploiter à son aise la clientèle développée en commun, alors que le distributeur perd toute possibilité de continuer à exploiter cette clientèle¹⁴³¹. Comme nous le verrons, il existe ainsi un lien étroit entre le versement d'une indemnité de clientèle et la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuels. Il reste encore à examiner les circonstances qui permettent d'exclure le paiement de cette indemnité.

2. L'exclusion exceptionnelle de l'indemnité de clientèle

690. Le développement d'une clientèle qui profite au fournisseur après la cessation du contrat est un fait objectif et indépendant, en principe, de la cause de cessation du contrat¹⁴³². De ce fait, l'indemnité est due sans qu'importe l'origine de son extinction, par exemple, un cas de force majeure ou d'un événement imprévisible qui bouleverserait l'économie du contrat. Elle sera due également en cas de cessation de l'activité du distributeur dans le cadre d'une procédure collective mais, le cas échéant, l'identification d'un comportement fautif conduisant à sa liquidation ayant eu des conséquences sur la réputation de la marque doit être prise en compte dans le calcul du montant de l'indemnité. En cas de nullité du contrat, l'indemnité devrait être reconnue si les effets matériels de l'exécution du contrat satisfont aux conditions d'attribution de l'indemnité de fin de contrat¹⁴³³. À l'inverse, l'indemnité n'est pas due si le distributeur a cédé, avec l'agrément du cessionnaire, le contrat de distribution, car le prix de la

¹⁴³¹ V. D. Ferrier, « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.* 1983/1 (supplément), p. 21.

¹⁴³² R. Pardolessi, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, p. 148 : « La creazione di una clientela è un fatto obiettivo, del tutto indifferente ai comportamenti che mettono capo all'interruzione del rapporto: sì che la relativa indennità dovrebbe spettare in ogni caso, anche quando il recesso del preponente dipende da causa imputabile all'agente ».

¹⁴³³ Rappr. en droit allemand, F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 580.

cession du fonds de commerce du distributeur comprend le potentiel de revenus engendrés par la clientèle créée. En d'autres termes, le distributeur a pu, dans cette hypothèse, capitaliser son travail.

691. Plus délicat est l'examen de la compatibilité du fondement exposé et de l'exclusion de l'indemnité en cas de cessation du contrat pour cause d'inexécution du distributeur ou à son initiative¹⁴³⁴. Nous estimons que le versement de l'indemnité de clientèle doit être exclue lorsque le distributeur est à l'origine de la cessation du contrat, que cela soit à cause d'une inexécution fautive, d'une résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, ou d'un non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée¹⁴³⁵. En effet, cette indemnité se justifie lorsque la cessation est à l'initiative du fournisseur, laquelle lui permet de continuer à profiter de la clientèle constituée et développée grâce aux efforts communs des parties déployés pendant l'exécution du contrat¹⁴³⁶. Naturellement, l'indemnité ne doit être exclue lorsque le distributeur met fin au contrat, car il ne peut continuer son activité en raison de son âge ou d'une maladie. La clientèle n'est cependant que l'un des aspects de la liquidation du contrat de distribution dans la mesure où celle-ci entraîne également une circulation de biens.

¹⁴³⁴ V. M.J. Vaquero Pinto, « Compensación por clientela », in *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo* (F. Carbajo Cascón sous dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 487 : « Ahora bien, sea cual sea la postura que se mantenga, de reconocerse una competencia por las ventajas futuras, razones de coherencia con el fundamento de la misma aconsejan que su concesión no dependa de la causa de extinción del contrato o de la concurrencia de incumplimientos imputables sino, simplemente, de la generación real de las ventajas ». *Adde.*, p. 494. V. égal. M. González-Orús, *Los contratos de distribución. Extinción : problemática y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 318.

¹⁴³⁵ Les législations européennes qui ont accueilli le fondement de l'apport de clientèle excluent l'octroi de l'indemnité si la cessation du contrat intervient dans ces deux hypothèses. Art. 18 de la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. V. §89 b (3) HGB, art. 30, loi 12/1992 relative au contrat d'agence commerciale (Espagne) et art. 1751 C. civ. it. De même, l'indemnité de fin de contrat doit être exclue dans le cas où le fondement de son octroi est la réparation du préjudice causé au distributeur, parce que dans ce cas, la cause du préjudice lui est imputable. V. en droit français, art. 134-12-1° et 2° C. com. fr.

¹⁴³⁶ Comp. L'article IV.E.- 1:305 (1) relatif à l'indemnité pour *goodwill*, indique expressément cette solution : « Lorsqu'il est mis un terme au contrat pour un motif quelconque (y compris la résiliation par l'une ou l'autre des parties pour non-exécution), une partie a le droit de percevoir de l'autre une indemnité pour « Goodwill » si, et dans la mesure où : (a) la première partie a sensiblement accru le volume des affaires de l'autre partie et que cette dernière continue à tirer des profits substantiels de cette activité ; et (b) le paiement de l'indemnité est raisonnable eu égard à toutes les circonstances » V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts* (PEL CAFDC), Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 27.

692. Conclusion de la Section 1 du Chapitre 1 du Titre 2 de la Seconde partie. La particularité des contrats de distribution tient à la constitution, au développement et à la consolidation d'une clientèle que le fournisseur peut continuer à exploiter après la fin du contrat. Les parties demeurent cependant silencieuses sur la valeur économique que représente ce potentiel flux d'affaires qu'est la clientèle. Le silence de la loi intéresse le fournisseur dans la mesure où elle est interprétée comme l'inexistence d'un fondement qui légitime l'attribution d'une indemnité de clientèle. Cependant, nous estimons qu'un fondement existe bel et bien, lequel pourrait être prévu par le législateur pour conduire les parties à se prononcer sur l'attribution d'une indemnité de clientèle. Il n'entraînerait cependant un versement d'une indemnité de clientèle qu'à des conditions très strictes : lorsque le distributeur a contribué à l'accroissement de la clientèle d'une manière importante - par rapport à la situation existant au début de l'exécution du contrat - et que le fournisseur, à l'origine de la cessation du contrat, peut effectivement continuer à profiter de cette clientèle.

Section 2 : Le sort des biens remis au distributeur

693. Certains biens ou éléments n'ont été mis à la disposition du distributeur que pour la bonne exécution du contrat¹⁴³⁷. C'est ce qu'un auteur dénomme le « précaire contractuel »¹⁴³⁸. Le contrat n'existant plus, chacune des parties doit restituer les biens que l'autre partie a mis à sa disposition lors de l'exécution du contrat de distribution (§1). D'autres biens sont acquis par le distributeur, tels que ceux destinés à l'exécution conforme du contrat ou ceux que le distributeur est chargé de commercialiser. À l'égard de ceux-ci, la question d'une éventuelle obligation de rachat se pose (§2).

§1. L'obligation de restitution des biens mise à la disposition du distributeur

694. Tout au long de la relation de distribution, il est possible de constater une circulation d'informations ainsi que de biens matériels et immatériels remis notamment par le fournisseur au distributeur pour l'exécution optimale du contrat de distribution. Ces éléments peuvent être

¹⁴³⁷ Lorsque les biens acquis par le distributeur ont pour fonction, non sa commercialisation, mais le bon déroulement du contrat, la question porte sur sa spécificité par rapport à l'activité du fournisseur et si la durée du contrat a permis son amortissement. *Supra* Seconde partie, Titre I, Chapitre 2.

¹⁴³⁸ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 322 et s.

différenciés selon leurs fonctions. Il peut s'agir de biens qui portent les signes distinctifs du fournisseur ou des biens destinés à la bonne exécution du contrat.

695. Biens qui portent les signes de ralliement de la clientèle. Le fournisseur confie au distributeur la représentation commerciale de ses produits. Pour cela, il l'autorise à utiliser et à exploiter ses signes distinctifs. Le fournisseur permet l'identification des locaux du distributeur sous son enseigne et lui remet également un grand nombre d'éléments matériels qui assurent la fonction de promotion de sa marque et de ses produits. Tous ces éléments permettent de créer un lien entre les produits du fournisseur et le fonds de commerce du distributeur tant ils démontrent son appartenance au réseau. Cela est le cas de tous les éléments qui portent les signes distinctifs du fournisseur, tels que des documents publicitaires, des pancartes, des emballages de produits, des papiers à en-tête, des échantillons de produits, des matériaux de démonstration, des sacs qui portent la marque du fournisseur, des éléments de décoration, ou encore du mobilier aménagé. Il peut s'agir également de biens incorporels, spécialement ceux destinés à assurer la réitération de la réussite du franchiseur, tels que des brevets, des informations confidentielles, un savoir-faire ou des connaissances techniques. Le distributeur jouit de l'utilisation de ces signes pendant toute la durée d'exécution du contrat. La cessation du contrat de distribution met fin au privilège du distributeur concernant l'utilisation de tous ces biens et supports. Il doit retirer l'enseigne de ses locaux et ne peut plus se présenter comme l'agent, le franchisé ou le concessionnaire du fournisseur. Or, l'intérêt de la restitution des éléments de ralliement de la clientèle va au-delà de leur valeur économique. Puisque ces biens avaient pour objectif de créer dans l'esprit des consommateurs un lien entre l'activité du distributeur et les produits du fournisseur, il s'agit avant tout de protéger les signes distinctifs dont est titulaire le fournisseur et de parer aux risques de réalisation d'actes de concurrence déloyale de la part de l'ancien distributeur après l'extinction du contrat. La fin des contrats de distribution emporte, pour ainsi dire, une exigence de neutralisation du distributeur¹⁴³⁹.

696. Biens d'exploitation. S'ils ne portent pas les signes distinctifs du fournisseur ou ne sont pas spécifiques à l'application du savoir-faire du fournisseur, leur conservation par le distributeur ne comporte pas de risque de favoriser la réalisation de comportements déloyaux.

¹⁴³⁹ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, n° 157, p. 137 : « Par conséquent la fin des contrats de distribution emporte une exigence de neutralisation qui va s'opérer par le retrait et la restitution des signes distinctifs. Les obligations de restitution préviennent donc de la fin de l'identification du distributeur à la marque ».

Ils peuvent néanmoins engendrer un risque de concurrence dans la mesure où l'ancien distributeur peut s'en servir pour continuer à exercer une activité analogue à l'issue du contrat. Leur restitution prive ainsi indirectement le distributeur des moyens d'exercer une activité concurrentielle post-contractuelle. En outre, la restitution de ces éléments intéresse le fournisseur non seulement en raison de leur éventuelle valeur économique, mais aussi car elle permet de contribuer à l'efficacité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle ainsi que de constituer le corollaire d'une obligation de confidentialité lorsque, par exemple, le fournisseur a remis des documents au distributeur contenant des informations importantes sur son entreprise ou son savoir-faire¹⁴⁴⁰. Il peut s'agir d'éléments matériels, des meubles ou des machines, tels que des refroidisseurs, des étagères ou des fourneaux, etc.

697. Ces éléments remis au distributeur au début ou en cours d'exécution du contrat ont vocation à revenir au fournisseur à sa fin (A). De manière exceptionnelle, le distributeur peut cependant refuser leur restitution (B).

A. La restitution indépendamment de la cause de cessation

698. La fonction économique de ces éléments, ainsi que les contrats en vertu desquels le distributeur les détient, conduisent à leur restitution indépendamment de la cause de cessation du contrat de distribution ; qu'il s'agisse d'une cessation ordinaire (1) ou d'une cessation anticipée (2). Cela permet une importante protection préventive en faveur du fournisseur contre les éventuels comportements déloyaux du distributeur.

1. Cessation ordinaire

699. L'obligation de restitution résulte de la nature du contrat en vertu duquel le distributeur détient les biens lorsque le contrat prend fin par expiration du terme ou par exercice du droit de résiliation unilatérale¹⁴⁴¹. En d'autres termes, les restitutions constituent l'exécution des contrats qui ont fondé leur remise. C'est le cas des matériels qui ont fait l'objet d'un prêt à usage (enseigne, documents publicitaires, éléments caractéristiques du point de vente, etc.). Il

¹⁴⁴⁰ A. Etienney, Fasc. 176 : « Extinction du contrat. Les effets », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 2012, n° 33.

¹⁴⁴¹ V. J. Raynard, « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles de distribution* », PUAM, 1997, p. 183.

en va de même des éléments reçus par le distributeur à titre de dépôt, comme ceux que le distributeur conserve pour des utilisations éventuelles (installation de stockage, matériel de présentation ou d'exhibition, etc.)¹⁴⁴². La restitution des biens prêtés ou déposés résulte de la nature même de ces contrats, qui font l'objet d'un simple *praestare*. Ces contrats étant conclus en vertu du contrat-cadre de distribution, un lien d'interdépendance contractuelle existe entre eux. En particulier, la durée du contrat-cadre détermine implicitement la durée de ces contrats de mise à disposition et sa disparition conduit nécessairement à leur extinction.

700. Concernant le contrat de prêt à usage, il est conclu dans l'intérêt de l'emprunteur¹⁴⁴³. La loi indique que « le commodataire est obligé de restituer la chose prêtée à l'époque convenue, ou en l'absence de convention, après l'usage pour lequel elle a été empruntée »¹⁴⁴⁴. Aucune discussion n'existe sur l'opportunité de cette règle dans le cadre de l'opération de distribution puisque la chose ne peut être exigée tant que le distributeur l'utilise. Il est possible, néanmoins, de douter de sa gratuité dans la mesure où celle-ci implique l'absence de toute contrepartie directe ou indirecte. En réalité, puisqu'il s'inscrit dans le cadre de l'opération de distribution, le prêt à usage fait partie d'un ensemble contractuel à titre onéreux. Il est alors possible d'affirmer qu'il est dans ce cas faussement gratuit¹⁴⁴⁵.

701. Quant au contrat de dépôt, il peut être gratuit ou rémunéré¹⁴⁴⁶. Le Code de commerce indique que le dépositaire doit restituer la chose lorsque le déposant la réclame, sauf si un terme a été fixé dans l'intérêt du dépositaire¹⁴⁴⁷. La restitution peut donc être exigée à tout moment

¹⁴⁴² *Ibidem*, p. 184.

¹⁴⁴³ C. civ. col. Art. 2200. « Le commodat ou prêt à usage est un contrat dans lequel l'une des parties livre gratuitement à l'autre une chose meuble ou immeuble pour son usage et à la charge de restituer le même corps certain après son usage ».

¹⁴⁴⁴ C. civ. col., art. 2205 C. civ. col., al. 1^{er}. Le deuxième alinéa indique : « La restitution pourra être exigée avant le terme stipulé dans trois cas : 1) Si le commodataire décède, sauf que la chose ait été prêtée pour un service particulier qui ne puisse pas être suspendu ou reporté. 2) Si survient, pour le commodant, un besoin imprévu et urgent de la chose. 3) Si le service pour lequel la chose a été prêtée a pris fin ou n'a pas eu lieu ».

¹⁴⁴⁵ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 163, p. 142.

¹⁴⁴⁶ Art. 2245 C. civ. col. : « Le simple dépôt ne confère pas au dépositaire la faculté d'utiliser la chose déposée sans l'autorisation du déposant. Cette autorisation pourra parfois être présumée, et il appartient au juge de définir les circonstances qui justifient cette présomption, telles que les relations d'amitié et de confiance entre les parties. Cette autorisation est plus facilement présumée pour les choses qui ne sont pas sensiblement détériorées par son utilisation ».

¹⁴⁴⁷ C. com. col. art. 1174 C. com. col. Il existe une différence entre le dépôt civil et le dépôt commercial (art. 1170 et s. C. com. col.). Le dépôt commercial est par nature rémunéré et le terme est obligatoire pour le déposant lorsqu'il a été stipulé dans l'intérêt du dépositaire. Le dépôt civil est par nature gratuit et la loi indique que le terme n'est obligatoire que pour le dépositaire. Art. 2252 C. civ. col. : « L'obligation de

par le déposant lorsque les parties n'ont pas stipulé un terme. Néanmoins, comme il l'a été souligné, le dépôt étant un contrat d'application du contrat-cadre de distribution, son régime doit prendre en compte l'objectif économique de l'opération de distribution dans laquelle il s'inscrit. Nous pouvons dès lors affirmer que le contrat est conclu également dans l'intérêt du dépositaire-distributeur. Le dépôt peut ainsi avoir un terme implicite calqué sur celui du contrat-cadre de distribution. En toute hypothèse, si le matériel remis à titre de dépôt est important pour le déroulement de l'activité du distributeur, une demande de restitution qui la désorganiserait peut constituer une inexécution¹⁴⁴⁸.

702. La cessation avant terme du contrat de distribution conduit également à la restitution de ces biens.

2. Cessation anticipée

703. Lorsque le contrat de distribution prend fin de manière anticipée, notamment par la résolution pour inexécution de l'une des parties ou par la déclaration de nullité, l'obligation de restitution de ces éléments subsiste. Dans le premier cas, la résolution du contrat-cadre de distribution n'a d'effet que pour l'avenir et n'anéantit pas l'obligation de restitution¹⁴⁴⁹. La durée de ces contrats étant calquée sur celle du contrat de distribution, ils s'éteignent en donnant lieu à la restitution des biens. Dans le second cas, la déclaration de nullité du contrat engendre un effet *ex nunc*. Elle a pour effet la naissance d'une obligation de restitution qui contraint le distributeur à restituer tout ce qu'il a reçu du fournisseur au titre de l'exécution du contrat. La source de l'obligation n'est pas le contrat mais le résultat en pratique est le même. La vocation de ces biens est donc toujours de revenir au fournisseur¹⁴⁵⁰. Une protection des intérêts légitimes de ce dernier est garantie par la nature même des contrats en vertu desquels le distributeur détient ces biens. Le distributeur peut exceptionnellement refuser de les restituer.

conserver la chose dure jusqu'à ce que le déposant la réclame ; mais le dépositaire peut exiger que le déposant la reçoive lorsque le terme stipulé pour la durée du dépôt échoit, ou même lorsque le terme n'est pas échu, si le dépôt en sa possession lui cause un préjudice ».

¹⁴⁴⁸ V. C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, n° 163, p. 140.

¹⁴⁴⁹ La Cour de cassation affirme depuis longtemps que la résolution du contrat produit des effets pour l'avenir lorsqu'il n'est pas possible de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant son exécution, comme c'est le cas des contrats à exécution successive. V. récemment, CSJ, Chambre civile, 30 août 2011, M.R. William Namén Vargas.

¹⁴⁵⁰ S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, *Economica*, 2012, n° 538, p. 446.

B. Les éventuelles exceptions à la restitution

704. Remis au distributeur à titre précaire pour permettre sa réussite commerciale et le développement de son activité dans les meilleures conditions, ces biens doivent être restitués en nature par le distributeur à la fin du contrat de distribution. À l’extinction du contrat, une difficulté peut éventuellement apparaître lorsque la demande de restitution en nature est réalisée par le fournisseur dans le cadre de circonstances qui laissent entrevoir sa mauvaise foi (1), ou lorsque le distributeur refuse la restitution pour contraindre le fournisseur à l’exécution d’obligations dont il est redevable à la fin du contrat (2).

1. L’exercice abusif du droit du fournisseur

705. Une question se pose lorsque la restitution en nature s’avère excessivement onéreuse et que le fournisseur veut empêcher le distributeur d’exercer une activité concurrente en utilisant ces biens après l’extinction du contrat. Il en va ainsi, par exemple, d’un réfrigérateur, d’un four professionnel ou d’un piano de cuisson encastrés dans un mur. En droit français, on trouve un exemple paradigmatique relatif aux « cuves de pompes » à essence. Dans ce contentieux, des compagnies pétrolières avaient mis à la disposition de pompistes des cuves qui ont été enterrées dans le sous-sol des stations-service. Lorsque certains des pompistes ont mis fin au contrat de distribution, les compagnies pétrolières ont exigé leur restitution en nature sur le fondement des règles du contrat de prêt à usage (art. 1875 C. civ. fr.). Cette prétention imposait aux distributeurs d’importants travaux d’extraction. Les compagnies pétrolières ont rejeté la proposition de cuves identiques neuves. Les auteurs ont remarqué qu’elles cherchaient à punir les distributeurs qui avaient mis fin au contrat ainsi qu’à intimider les autres distributeurs qui étaient ainsi obligés de rester avec le même fournisseur¹⁴⁵¹. En dehors des solutions du droit de la concurrence¹⁴⁵², il importe de savoir si l’exercice, par le créancier, de son droit de créance peut être considéré comme abusif dans certaines circonstances.

¹⁴⁵¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 164, p. 170.

¹⁴⁵² Lorsque la restitution *en nature* s’avère excessivement onéreuse, elle peut dissuader un distributeur de sortir du contrat. Si cette situation est généralisée sur un marché, la mobilité des distributeurs peut être gravement restreinte en empêchant ainsi l’entrée d’autres fournisseurs. En droit français, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a conclu, dans ce contentieux, que l’exigence de la restitution en nature de cuves constitue une atteinte au droit de la concurrence. Dans un arrêt du 18 février 1992 (n° 87-12.844), elle a affirmé : « Attendu qu’en statuant ainsi, alors que l’obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant non justifiés par des nécessités techniques

706. Pour un auteur, « on n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens. Comment pourrait-on prétendre que le créancier est de mauvaise foi lorsqu'il se borne à exciper de son droit de créance ? »¹⁴⁵³. Certes, un droit de créance ne devient pas illégitime en lui-même. Cependant, à l'instar de n'importe quel autre droit, le comportement du créancier dans l'exercice de son droit peut dispenser la loi de lui attribuer la protection qui en principe lui est due¹⁴⁵⁴. Cela ne conduit pas à une relativisation de la créance, car la prestation demeure inattaquable¹⁴⁵⁵. Comme l'indique un auteur, c'est toujours l'attitude, le comportement, la manière d'exécuter la convention que sanctionne la règle qui consacre le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi¹⁴⁵⁶. La mise en œuvre du droit de créance avec l'intention de nuire et sans aucun profit pour son titulaire peut être qualifiée d'abusives¹⁴⁵⁷.

707. Concrètement, la mise en œuvre du droit de créance n'est pas légitime lorsqu'il est évident que le fournisseur cherche à faire subir à son ancien distributeur un détriment patrimonial important afin de prendre sa revanche et de dissuader les autres distributeurs de mettre fin au contrat ou de changer de fournisseur¹⁴⁵⁸. Il nous semble que dans cette hypothèse, à défaut d'un intérêt prépondérant et en raison des circonstances qui entourent l'exercice de son droit, la prétention de l'exécution en nature du fournisseur ne peut prospérer et sa créance doit être satisfaite par d'autres moyens. Le juge doit donc sanctionner la mauvaise foi non seulement

en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction, qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁴⁵³ L. Aynès, note sous Cass. com. 10 juill. 2007, *RDC* 2007, p. 1107.

¹⁴⁵⁴ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n° 419, p. 331. *Adde, ibid.*, n° 420, p. 332 : « Cela signifie qu'il existe au cœur même de la créance un comportement unilatéral qui pourrait être identifié à un droit potestatif, que le créancier mettrait en mouvement chaque fois qu'il revendiquerait son droit à la créance »-

¹⁴⁵⁵ *Ibidem*, n° 420, p. 332.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, n° 419, p. 331. *Adde.*, n° 420, p. 332. « C'est-à-dire que la substance des droits et obligations, compris comme les seuls termes de la prestation promise, ne peuvent faire l'objet d'une sanction sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, tandis que l'attitude qui blesse l'alliance, peut quant à elle, être condamnée au nom de la bonne foi ».

¹⁴⁵⁷ En droit colombien, l'abus du droit a été introduit par la Cour de cassation dans les années 1930. Elle s'est inspirée de la jurisprudence française. En 1971, le Code de commerce a prévu l'interdiction de l'abus du droit à l'article 871 C. com. col. V. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, 13^e éd., Dalloz, 2015, p. 170 : « Rien ne paraît donc empêcher que le juge sanctionne la mauvaise foi non seulement dans l'exercice des prérogatives contractuelles mais aussi dans l'exercice des droits et obligations constituant la substance du contrat ».

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

dans l'exercice des prérogatives contractuelles mais également dans l'exercice du droit de créance¹⁴⁵⁹.

708. Allant plus loin, nous pouvons nous demander si l'obligation du distributeur peut être substituée à une autre lorsque l'exécution de l'obligation originale s'avère déraisonnablement coûteuse pour le débiteur par rapport à l'intérêt du créancier. À cet égard, le nouvel article 1221 C. civ. fr. prévoit, à titre d'exception à l'exécution en nature, le cas où il existe une disproportion manifeste entre le coût de la prestation due et son intérêt pour le créancier¹⁴⁶⁰. Si cette solution n'est pas de droit positif en Colombie, elle serait bienvenue. D'une part, puisqu'elle maintient l'exécution forcée en nature comme principe pour satisfaire la prestation du créancier ; d'autre part, puisque pour que l'exception opère il ne suffit pas de démontrer un coût déraisonnable dans l'exécution de la prestation, mais il faut encore prendre en considération l'intérêt du créancier¹⁴⁶¹. De plus, seul le débiteur de bonne foi peut se prévaloir de cette règle. Outre cette hypothèse, le distributeur devrait pouvoir invoquer un droit de restitution pour refuser la restitution des biens qui lui ont été remis par le fournisseur.

2. Le droit de rétention du distributeur

709. Comme nous l'avons souligné, la Cour de cassation colombienne a établi que le droit de rétention n'est reconnu que dans les cas autorisés expressément par la loi¹⁴⁶² ou par la convention des parties¹⁴⁶³. De ce fait, en droit positif, l'agent commercial est le seul distributeur qui peut exercer un droit de rétention en vertu de l'article 1326 C. com. col. La loi autorise également le droit de rétention lorsque la créance due au commodataire est liée à la chose

¹⁴⁵⁹ Sur cette discussion en droit français, v. « Colloque : les prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, p. 639 et s. Elle a été incitée par un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2007, n° 06-14768, qui a affirmé : « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

¹⁴⁶⁰ C. civ. fr., art. 1221 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

¹⁴⁶¹ L'avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations de la Chancellerie diffusé en 2013 se réfère au coût manifestement déraisonnable (art. 129).

¹⁴⁶² V. G. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, Bogotá, 2008, p. 162.

¹⁴⁶³ P. ex. Sent. arb. Contact Center Américas S.A. c/ Colombia Móvil S.A., 26 mars 2009.

prêtée¹⁴⁶⁴ ou lorsqu'elle est liée au dépôt¹⁴⁶⁵. Dans le régime commun des contrats de distribution proposé, le droit de rétention devrait être reconnu au distributeur à l'égard des biens qui lui ont été remis par le fournisseur. Il ne devrait porter que sur des créances certaines, telles que celles relatives aux commissions ou frais impayés, qui doivent être assumées par le fournisseur, ou celles relatives à la compensation de clientèle. Certes, il n'existe pas de connexité directe entre lesdites créances et les biens remis au distributeur pour l'exécution du contrat¹⁴⁶⁶. Cependant, lesdites créances, tout comme les biens mis à la disposition du distributeur, se rattachent au contrat de distribution. Cette connexité juridique justifie donc la reconnaissance du droit de rétention¹⁴⁶⁷.

710. En guise d'illustration, le projet de Code civil européen, élaboré par le groupe dirigé par le professeur Von Bar, propose une règle aux termes de laquelle : « Afin de garantir ses droits à rémunération, compensation, dommages-intérêts et indemnité, l'agent commercial, le franchisé ou le distributeur dispose d'un droit de rétention sur les objets mobiliers du commettant, du franchiseur ou du fournisseur qui sont en sa possession jusqu'à ce que ledit commettant, franchiseur ou fournisseur ait satisfait à ses obligations »¹⁴⁶⁸. D'autres questions se posent lorsque le distributeur a acquis la propriété des biens qui ont été remis par le fournisseur pour leur commercialisation.

§2. L'introduction d'une obligation exceptionnelle de rachat de stocks

711. Comme nous l'avons examiné, lorsque le distributeur acquiert la propriété des produits destinés à être commercialisés, aucune obligation de reprise des stocks restants à la fin du

¹⁴⁶⁴ C. civ. col. art. 2216, 2217 et 2218 (dépenses extraordinaires et urgentes nécessaires pour la conservation de la chose et les préjudices causés par les défauts de la chose prêtée).

¹⁴⁶⁵ C. civ. com., art. 1177.

¹⁴⁶⁶ Il ne s'agit pas de créances qui résultent de dépenses réalisées pour la conservation de la chose ou de la réparation de préjudices causés au distributeur par ces biens.

¹⁴⁶⁷ Pour une définition, v. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 11^e éd., 2017, n° 447, p. 254 : « Il y a connexité juridique lorsque la créance et la détention se rattachent à un même rapport juridique (contrat ou quasi-contrat) sans que ce rapport, pourtant, ait eu pour objet essentiel la création du droit de rétention ». Sur la nature du droit de rétention en cas de connexité juridique, V. A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005, n° 218 et s. L'auteur affirme qu'« en cas de connexité juridique, ce qu'on a coutume de dénommer "droit de rétention" n'est qu'une manifestation particulière de l'exception d'inexécution ».

¹⁴⁶⁸ Art. I: 401. V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Diaz, M. Scotton et M. Veldman, *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006, p. 27.

contrat ne pèse sur le fournisseur à défaut de stipulation conventionnelle en ce sens¹⁴⁶⁹. Nous estimons que l'introduction d'une obligation exceptionnelle de rachat à la charge du fournisseur doit néanmoins être examinée. En effet, fondé sur l'achat ferme des produits, le refus d'une obligation de reprise néglige le cadre de l'opération économique dans laquelle ce transfert a eu lieu, notamment lorsque les parties ont stipulé des clauses relatives aux produits qui intéressent les deux parties, mais qui ont des effets préjudiciables pour le distributeur à l'extinction du contrat. Cela dit, il ne conviendrait pas néanmoins d'imposer une obligation générale de reprise des stocks invendus dans la mesure où le transfert de la propriété des produits constitue en même temps une forme de répartition des risques du contrat que le distributeur a pu prévoir lors de sa signature¹⁴⁷⁰. L'introduction d'une obligation de reprise des stocks restants à la fin du contrat sous certaines conditions doit être envisagé (A). Un contrôle des clauses relatives au sort des stocks invendus à la fin du contrat pourrait également avoir lieu (B).

A. Les contours d'une obligation de reprise des stocks

712. En droit colombien, la doctrine n'a pas encore discuté cette question. En revanche, dans d'autres pays, elle a montré toute sa créativité pour trouver les moyens d'imposer une obligation de reprise des stocks invendus au fournisseur¹⁴⁷¹. Ainsi, en droit français, un auteur a proposé de contraindre le concessionnaire à procéder au rachat du stock restant sur le fondement de la garantie d'éviction (art. 1626 C. civ. fr. ; art. 1894 C. civ. col.) lorsque le fournisseur est à l'origine de la rupture du contrat¹⁴⁷². Il a été également affirmé que, dans la volonté commune

¹⁴⁶⁹ *Supra* Première Partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, §2.

¹⁴⁷⁰ V. C. Truong, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., n° 300, p. 257 : « Il convient de se rallier à cette approche qui respecte la volonté des parties et évite d'ériger les arbitres en « censeurs » qui seraient tentés de mettre à la charge d'une des parties une obligation qui n'a pas été prévue au contrat. Le distributeur tout comme le concédant, est un professionnel de la distribution qui a négocié en toute connaissance de cause le contrat ». En droit français, la Cour de cassation a pu affirmer que de la durée du contrat peut résulter une certaine précarité acceptée par le distributeur « en raison des divers avantages qu'elle recevait en compensation et en pleine connaissance du risque résultant de cette précarité », d'où le refus d'imposer une obligation de reprise des stocks en faveur du distributeur (Cass. com., 16 févr. 1970, *Bull. civ.*, IV, n° 63, p. 59 : *RTD com.* 1970, p. 765, obs. J. Hémard).

¹⁴⁷¹ Certains auteurs soutiennent que le seul cas où l'obligation de reprise est admissible est pour sanctionner la cessation fautive imputable au fournisseur. V. J. Hémard, note sous Cass. com., 22 janv. 1969, *JCP G*, II, 16066. C. Cam Quyen, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, préf. Ph. Fouchard, Litec, 2002, n° 302, p. 258 : « L'obligation de reprise du stock imposée au concédant ne peut être justifiée, à notre avis, que dans un seul cas, à savoir lorsque les arbitres veulent sanctionner le concédant qui a mis fin de manière fautive au contrat. Il s'agit alors d'une forme d'indemnisation en faveur du distributeur ».

¹⁴⁷² V. M. Cabrillac, « *Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente* », *D.* 1964, chron., p. 181. V. égal. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux*

des parties, les ventes réalisées au distributeur étaient liées implicitement au maintien du contrat-cadre de distribution et donc qu'elles étaient affectées d'une clause résolutoire tacite résidant dans la cessation du contrat¹⁴⁷³. La disparition de la cause a également été invoquée pour fonder cette prétention¹⁴⁷⁴.

713. Éventuellement applicables au droit colombien, ces propositions prennent en considération le fait que la cessation du contrat rend impossible d'accomplir la finalité en vue de laquelle le distributeur avait acquis les produits, à savoir leur revente. Certes, ces ventes présentent la particularité de s'inscrire dans le contrat-cadre de distribution et leur utilité est liée à son maintien. Cependant, il est nécessaire de prendre également en compte les risques que le distributeur a pu assumer librement dans le cadre de l'opération économique de distribution. Concrètement, si le distributeur dispose de la liberté de décider de la quantité de produits à commander ou en stock, il doit raisonnablement prévoir la probabilité de leur écoulement au cours de la durée du préavis de cessation¹⁴⁷⁵. Il n'est dès lors pas opportun d'imposer une obligation générale de reprise des stocks invendus, car cela signifierait, dans certaines hypothèses, le transfert d'un risque au fournisseur que le distributeur a librement assumé¹⁴⁷⁶.

contrats spéciaux, 3^e, LGDJ, 2012, n° 11606, p. 550. Comp. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 727, p. 438 : « Toutefois, même lorsque le concédant exerce ce droit de mettre fin au contrat, la garantie d'éviction pourrait jouer s'il a imposé au concessionnaire l'achat d'un stock minimal destiné à être maintenu pendant toute la durée d'exécution du contrat et donc jusqu'à sa fin ».

¹⁴⁷³ V. Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », in Actes du colloque « La durée du contrat », *RDC* 2004, p. 154. Cass. com., 22 janv. 1969 : *JCP CI* 1970, II, 87576, note J. Hémar. À la différence de la garantie d'éviction, la clause résolutoire tacite imposerait une obligation de reprise au fournisseur dans toutes les hypothèses. *Contra* : cette solution a été critiquée car elle se fonderait sur une interprétation divinatoire de la volonté des parties. V. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 727, p. 438.

¹⁴⁷⁴ J. Le Calvez, *Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, thèse Paris I, 1979, p. 152. P. Pigassou, « La distribution intégrée », *RTD com.* 1980, n° 62, p. 519 : « Or l'acquisition des marchandises par le distributeur est soumise à l'existence d'une convention de distribution lui permettant de revendre dans des conditions satisfaisantes, les marchandises acquises. La cause des différents achats disparue, la possession des marchandises n'a plus de raison d'être ». Comp. S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 549, p. 454 : « Or il convient de rappeler que, en notre domaine, la cause qui guide le prestataire final, ce n'est pas seulement la considération de la contrepartie, mais également la possibilité d'exploiter utilement les moyens acquis. Et précisément, cette possibilité tombe avec la disparition du contrat-cadre ». Observons qu'en droit français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée postérieurement par la loi n° 2018-287, a supprimé l'élément de la cause.

¹⁴⁷⁵ C'est la raison pour laquelle lorsqu'il s'agit d'un simple revendeur, il n'y a pas lieu d'imposer une obligation de reprise de stocks : il décide librement de la quantité de produits à écouler.

¹⁴⁷⁶ Comp., le projet de Code civil européen, élaboré par le groupe dirigé par le professeur Von Bar, dans le chapitre relatif aux contrats de distribution, qui établit une obligation de reprise à une seule condition : l'impossibilité du franchisé ou du distributeur de revendre à un prix raisonnable les stocks restants, indique à l'art. 1:306 : « Si l'une des parties met un terme, résilie ou annule le contrat, le commettant, le franchiseur

714. En revanche, lorsque le distributeur est contraint d'acheter une quantité minimale de produits (clause de quota ou minima) ou de maintenir une certaine quantité de produits en stock, il ne décide pas librement d'assumer les risques des produits restants à l'extinction du contrat de distribution. Il peut même se trouver dans une situation sans issue lorsqu'il doit exécuter ces obligations qui lui imposent l'acquisition de produits sous peine d'inexécution du contrat, sachant qu'il existe un risque important de ne pas pouvoir écouler tous les produits avant la date d'extinction du contrat. Il se peut également que la nature de l'opération de distribution empêche un écoulement dégressif des stocks jusqu'à leur épuisement total pendant la période antérieure à son extinction, par exemple, dans une franchise de restauration.

715. Pour cette raison, lorsque les parties n'ont prévu aucune obligation relative aux stocks invendus, une obligation de reprise devrait être imposée compte tenu des clauses relatives aux produits que le distributeur doit respecter pendant la période antérieure à la cessation du contrat, en particulier celles qui lui imposent l'achat d'une quantité minimale ou le maintien d'un certain stock ou assortiment¹⁴⁷⁷. Ces clauses façonnent l'économie du contrat de distribution pendant son exécution et ont des conséquences sur la cessation du contrat. En droit colombien, le fondement de cette solution pourrait résider dans l'article 871 C. com. col., qui dispose que : « Les contrats doivent être conclus et exécutés de bonne foi et, par conséquent, ils obligent non seulement à ce qui a été convenu expressément, mais aussi à tout ce qui correspond à sa nature, selon la loi, la coutume ou l'équité naturelle »¹⁴⁷⁸. Cette obligation de reprise constituerait une

ou le fournisseur doit racheter le reste du stock, des pièces de rechange et des matériaux de l'agent commercial, du franchisé ou du distributeur à un prix raisonnable, sauf si l'agent commercial, le franchisé ou le distributeur peut raisonnablement les revendre ». V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton et M. Veldman, *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, op. cit., p. 29.

¹⁴⁷⁷ *Contra* : C. Cam Quyen, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., n° 300, p. 257 : « Il convient de se rallier à cette approche qui respecte la volonté des parties et évite d'ériger les arbitres en « censeurs » qui seraient tentés de mettre à la charge d'une des parties une obligation qui n'a pas été prévue au contrat. Le distributeur tout comme le concédant, est un professionnel de la distribution qui a négocié en toute connaissance de cause le contrat ». V. égal. J. Hémar, note sous Cass. com., 22 janv. 1969, *JCP G*, II, 16066.

¹⁴⁷⁸ V. M. Neme Villareal, « El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano », in *Revista de derecho privado*, n° 11, 2006, Universidad Externado de Colombia, p. 80. L'auteur remarque que l'adverbe « par conséquent » détermine expressément le rôle intégrateur de la bonne foi sur la base non seulement des stipulations des parties, mais également selon la nature du contrat, la loi et la coutume. Comp., en droit français, d'une part, l'article 1104 C. civ. fr. qui indique : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » et, d'autre part, l'article 1194 C. civ. fr. qui prévoit : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

suite naturelle du contrat qui tire son origine de l'économie de celui-ci façonnée par ses clauses¹⁴⁷⁹.

716. Concrétisation de cette solution, une règle spéciale pourrait ainsi établir une obligation de reprise lorsque l'acquisition des marchandises a été imposée contractuellement¹⁴⁸⁰. En effet, les clauses qui obligent le distributeur à maintenir un certain niveau de stock ou à atteindre un objectif de vente ont pour conséquence la garde de produits par le distributeur à l'extinction du contrat. En d'autres termes, la contrainte d'exécuter ces obligations le conduit à accumuler une certaine quantité de marchandises, ce qui, en cas de cessation du contrat, peut lui faire subir une perte importante. Le fournisseur ne serait tenu de reprendre les stocks invendus que dans la limite de la quantité minimale des produits imposée par ces clauses¹⁴⁸¹. Il ne s'agit pas d'une règle fondée sur le principe de solidarité mais de prendre en considération la particularité de l'économie du contrat de distribution selon les clauses qui y ont été insérées. Cette solution se justifie plus aisément lorsque le distributeur se trouve dans une impossibilité de fait ou lorsqu'il est privé, par une clause de non-concurrence post-contractuelle, de toute possibilité de revendre les stocks après la cessation du contrat¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ D'autres auteurs invoquent également l'équité naturelle. V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, op. cit., p. 602. L'auteur indique : « Si d'un côté l'obligation instaurée ne cause aucun préjudice à son débiteur, ou même un préjudice minime alors que de l'autre côté ladite obligation évite à son créancier un dommage important, elle peut être regardée comme équitable ».

¹⁴⁸⁰ C'est la solution du droit allemand. V. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, op. cit. 595 : « La solution première est que la tenue d'un stock par le concessionnaire soit le résultat d'une stipulation. Il faut ensuite que le distributeur ne soit pas, de manière fautive, à l'origine de la rupture ». Un projet de Code de commerce espagnol prévoyait que les marchandises détenues par le fournisseur ou le distributeur, dont l'acquisition a été imposée contractuellement, doivent être acquises par l'autre contractant au prix de vente ou d'achat établi dans le contrat de distribution (PROCOMER 2013, art. 543-23). V. « Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación », Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

¹⁴⁸¹ Comp., en droit allemand, l'obligation générale de loyauté (*Treuepflicht*), prévue à l'article 242 BGB, qui se poursuit après la cessation du contrat. Selon la jurisprudence allemande, cette obligation impose au concédant de prêter assistance au concédant, en l'aidant à trouver des acheteurs ou en rachetant les stocks détenus par lui. V. L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, op. cit., n° 242, p. 170. Comp. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 184, n° 23. L'auteur soutient que dans le cadre de ce contrat de situation où le fournisseur vend les produits « dans le seul but que ce dernier les revende en sorte que l'alternative revendre ou reprendre devient une modalité accomplie de la loyauté de ces contrats ».

¹⁴⁸² Comp. L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, op. cit., n° 238, p. 168 : « Dans certains États [des États-Unis], l'obligation de rachat n'existe que si le franchiseur a imposé une clause de non-concurrence. Ces lois témoignent de la volonté du législateur de protéger le franchiseur contre le risque d'absence de retour sur investissement dès lors que le stock ou les fournitures ne lui sont plus utiles en cas de résiliation arbitraire ».

717. En outre, le maintien d'un stock est à l'avantage des deux parties, car l'offre des produits du distributeur sera maintenue pendant la dernière étape du contrat¹⁴⁸³. À la différence d'un simple revendeur, le distributeur lié par ce type de clauses n'a pas eu la possibilité d'acheter les produits qu'il pourrait, selon ses estimations, écouler avant l'extinction du contrat. Le fournisseur doit donc reprendre les stocks lorsque le distributeur n'a pas eu la possibilité de les épuiser graduellement¹⁴⁸⁴, ni reçu de délai additionnel à l'issue du contrat afin de les écouler¹⁴⁸⁵. Naturellement, le prix de rachat doit être raisonnable. Il pourrait correspondre au prix auquel ces produits ont été vendus au distributeur ou au prix auquel le fournisseur pourrait les revendre à ses autres distributeurs compte tenu de leur possible perte de valeur¹⁴⁸⁶.

718. Enfin, lorsque la cessation est imputable à la faute du distributeur, l'application des règles de la responsabilité civile peut conduire à neutraliser cette obligation de reprise : le distributeur fautif doit assumer le dommage résultant de son comportement qui lui a empêché l'écoulement normal des marchandises. Si les parties ont stipulé une clause relative aux stocks restants à la fin du contrat, elle devrait pouvoir être éventuellement contestée par le distributeur si l'on prend en considération les développements précédents.

B. Le contrôle des clauses relatives aux stocks invendus

719. **Le contrôle de la validité.** Le principe est la validité des clauses qui aménagent le sort des stocks subsistant à la fin du contrat¹⁴⁸⁷. Celles-ci peuvent néanmoins être sujettes à un

¹⁴⁸³ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 549, p. 453 : « Ceux-ci sont conclus dans l'intérêt commun des parties et le distributeur se voit imposer de conserver un stock minimal tout au long de l'exécution du contrat pour le bénéfice des deux parties ».

¹⁴⁸⁴ Le fournisseur pourrait également convenir avec le distributeur de l'extinction des obligations de maintien du stock pendant le terme du préavis. Comme souligné, « une progressivité des effets de l'extinction du contrat est concevable et parfois préférée à une terminaison globale –en bloc– des effets du contrat, plus caractéristique d'une rupture causée par le comportement inacceptable du cocontractant » (M.-E. André, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après-contrat*, Éditions Francis Lefebvre, 2005, n° 168, p. 135). Si le distributeur est libéré de ses obligations pendant le terme du préavis, il doit assumer les conséquences dans l'hypothèse où ses prévisions se révèlent inexactes.

¹⁴⁸⁵ Comp., en droit italien, une partie de la doctrine propose de fonder une obligation de rachat de stocks sur l'abus de dépendance économique. V. L. Vogel (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 44, p. 171 : « En effet, si le contrat prévoit l'obligation pour le franchisé de présenter un assortiment complet de produits jusqu'à la fin de la relation contractuelle, tout en imposant une clause de non-concurrence relative à ces mêmes produits, l'article 9 de la loi no. 192/1998 devrait s'appliquer et les clauses concernées être déclarées nulles ».

¹⁴⁸⁶ V. M. González-Orús, « Obligación de compra y venta mínima. Información sobre disminución de necesidades del distribuidor » in *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo* (F. Carbajo sous dir.), Tirant lo Blach, Valencia, 2015, p. 361.

¹⁴⁸⁷ *Supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, B, 2.

contrôle judiciaire lorsqu'elles ont été stipulées dans un contrat d'adhésion. À cet égard, on sait que la jurisprudence colombienne admet le contrôle des clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle, portent atteinte à l'exigence de bonne foi et créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties¹⁴⁸⁸. Compte tenu de ces conditions, une clause relative aux stocks invendus, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, peut être qualifiée d'abusives lorsqu'elle refuse tout droit à leur reprise et que l'acquisition et la détention des produits jusqu'à la fin du contrat ont été dictées par l'une de ses clauses. Comme souligné précédemment, puisque ces clauses empêchent le distributeur de décider, selon ses prévisions, de la quantité de produits qui peuvent être écoulés pendant la durée du préavis, il n'est pas acceptable que le distributeur assume toutes les conséquences négatives qui résultent de la conjonction de ces clauses, en dépit du bénéfice que celles-ci représentent pour les deux parties en permettant la bonne commercialisation des produits pendant la dernière période d'exécution du contrat.

720. Le contrôle de mise en œuvre. Lorsque les parties stipulent une faculté en faveur du fournisseur de racheter les stocks invendus à certaines conditions, la mise en œuvre de celle-ci peut également être soumise au contrôle du juge. Puisque le fournisseur se ménage le droit de reprendre ou non les stocks à la fin du contrat, celui-ci ne peut être analysé en une offre de rachat à défaut de fermeté¹⁴⁸⁹. La seule acceptation par le distributeur des conditions dictées par le fournisseur ne suffit donc pas à former un contrat de vente. Il nous semble néanmoins qu'en présence d'une clause qui oblige le distributeur à l'achat ou au maintien d'une certaine quantité de produits, lorsque les conditions objectives fixées unilatéralement par le fournisseur pour la reprise des stocks invendus sont satisfaites (p. ex., état d'usage du produit), une attente légitime du rachat des produits subsistant peut être reconnue en faveur du distributeur. Le refus du

¹⁴⁸⁸ CSJ, chambre civile, 19 oct. 1994, M.R. Carlos Esteban Jaramillo, n° 3972. V. égal., 2 févr. 2002, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 5670 ; 13 déc. 2002, n° 6462 ; 14 déc. 2011, M.R. Jaime Arrubla Paucar, n° 1100131030142001-01489-01. La Cour de cassation colombienne n'utilise pas l'expression de « contrat d'adhésion », mais celle de « clause non négociée individuellement ». On pourrait donc imaginer le cas d'un contrat de gré à gré dans lequel l'une de ses stipulations, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, soit soumise au contrôle judiciaire.

¹⁴⁸⁹ C. com. col., art. 845. V. CSJ, chambre civile, 8 mars 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4473 ; 6 sept. 2016, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° SC11815-2016. La Cour de cassation colombienne a indiqué que l'offre « pour être juridiquement efficace, doit être ferme, sans équivoque, précise, complète, un acte volontaire de l'offrant, et adressée au destinataire ou aux destinataires, et connue d'eux ». En doctrine, v. G. Ospina Fernández et E. Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd. Temis, Bogotá, 2014, p. 146.

fournisseur sans une justification raisonnable pourrait constituer un manquement au devoir de loyauté contractuel et engager sa responsabilité.

721. Conclusion du Chapitre 1 du Titre 2 de la Seconde partie. S'agissant de la liquidation du contrat, il est d'abord question de la clientèle. La règle que pourrait poser le législateur ne conduirait à permettre le versement d'une indemnité de clientèle qu'exceptionnellement : lorsque le distributeur a accru significativement la clientèle pendant l'exécution du contrat et que le fournisseur, étant à l'initiative de la rupture, peut effectivement continuer à en profiter. Ce fondement peut être introduit par le législateur pour conduire les parties à se prononcer sur celle-ci. À la fin du contrat, il est également question de la restitution de biens. Les biens mis à la disposition du distributeur pour l'exécution du contrat de distribution ont toujours vocation à être restitués au fournisseur, indépendamment de la modalité de la cessation. Exceptionnellement, le distributeur peut refuser la restitution lorsque la mise en œuvre de ce droit par le fournisseur est abusive ou par l'invocation d'un droit de rétention qui doit être reconnu par une règle spéciale contenue dans le régime commun envisagé. Concernant les stocks invendus en fin de contrat, si une obligation générale de reprise ne saurait être imposée, en revanche, la restriction de la liberté du distributeur pendant la période antérieure à la date d'extinction du contrat qui l'empêche directement ou indirectement, de décider la diminution graduelle de son stock - en raison de la nature de l'activité ou d'une clause de quota, minima ou de maintien d'un stock minimal – justifie une obligation de rachat de stocks invendus en fin de contrat, à la charge du fournisseur. Sur ce fondement, les clauses qui excluent toute reprise de stocks malgré cette restriction à la liberté du distributeur à la fin du contrat pourraient être qualifiées d'abusives. Il reste que le contrat peut encore continuer à produire des effets durant la période post-contractuelle.

Chapitre 2

L'application d'une interdiction post-contractuelle de concurrence

722. L'opposition d'intérêts est manifeste à l'égard de l'activité de chaque partie à l'issue du contrat. D'une part, le distributeur peut avoir intérêt à exploiter l'expérience acquise en continuant la distribution des produits de même nature d'un autre fournisseur ou en intégrant un réseau de distribution concurrent. D'autre part, le fournisseur souhaite que son nouveau distributeur puisse continuer à profiter aisément de la clientèle acquise sur le marché concerné. Il redoute que son ancien partenaire demeure sur le même marché pour porter vers un autre concurrent cette clientèle ou qu'il utilise des moyens déloyaux pour le faire. Comme l'indique un auteur, « la fin du contrat et le recouvrement d'une liberté totale par l'ancien contractant exposent parfois l'autre partie à la perte des avantages que lui avait procurés la convention »¹⁴⁹⁰. Le fournisseur peut donc avoir un intérêt à la stipulation d'une clause de non-concurrence prenant effet après la cessation du contrat¹⁴⁹¹.

¹⁴⁹⁰ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 315, p. 255.

¹⁴⁹¹ Nous excluons l'étude des éventuels effets anticoncurrentiels de ces clauses. Il convient néanmoins d'observer que l'Autorité de la concurrence colombienne contrôle les clauses de non-concurrence sur le fondement des interdictions générales consacrées par la loi visant la protection de la libre concurrence. Elle a notamment établi des critères généraux pour le contrôle des clauses d'exclusivité et des clauses post-contractuelles de non-concurrence insérées dans les contrats de cession d'actifs. L'Autorité de la concurrence ne s'est jamais prononcée, à notre connaissance, sur les clauses de non-concurrence post-contractuelle spécifiques au contrat de distribution. Cependant, à l'égard d'autres contrats, elle semble suivre une tendance à écarter une interdiction *per se* des clauses d'exclusivité et de non-concurrence post-contractuelles et à préférer une analyse spécifique de leur contenu et de leurs effets. Elle a ainsi établi les paramètres pour le contrôle de ces clauses en se focalisant sur le contenu et sur le contexte concurrentiel. Concernant le premier aspect, le contenu, elle affirme que les clauses de non-concurrence sont justifiées lorsqu'elles sont accessoires à la réalisation d'une opération principale et lorsque les conditions de leur durée, de leur limitation géographique et des personnes qui y sont soumises ne vont pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre cet objectif. Quant au second aspect, le contexte concurrentiel, elle affirme que ces clauses ne peuvent être considérées *prima facie* comme des clauses qui restreignent la concurrence car, pour aboutir à une telle conclusion, il est nécessaire de réaliser au préalable une analyse du contexte qui les entoure en prenant en considération, entre autres, les facteurs suivants : la taille du marché pertinent, le nombre de participants et la part de chaque contractant sur le marché. Une fois dépassé le seuil de sensibilité ou d'importance, il faut encore vérifier que la clause est susceptible d'empêcher ou de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché et mettre en balance les effets positifs. *Surintendance d'industrie et du commerce* [Autorité de la concurrence colombienne], *Résolution* 46325 de 2010.

723. La clause de non-concurrence post-contractuelle a pour objet d'empêcher un débiteur de faire concurrence à son créancier, c'est-à-dire d'exercer une activité identique ou voisine de celle objet du contrat après l'expiration de ce dernier¹⁴⁹². Il ne s'agit pas d'une prolongation de l'obligation de non-concurrence qui peut régir l'exécution du contrat dans la mesure où dans cette étape, « elle est un instrument de collaboration, alors qu'à l'expiration du contrat, elle devient une technique de protection »¹⁴⁹³. Cette clause n'a pas pour objet d'interdire directement à l'ex-distributeur de contracter, mais elle vise directement son activité à l'avenir¹⁴⁹⁴. Elle est différente du pacte de préférence par lequel le fournisseur se voit offrir, en premier lieu, de racheter le fonds de commerce appartenant à son distributeur. En droit colombien aucune règle n'encadre ce type de pacte¹⁴⁹⁵. Force est de constater qu'il est en principe moins problématique que la clause de non-concurrence post-contractuelle¹⁴⁹⁶. En effet, à l'opposé de celle-ci, le pacte de préférence ne limite ni la liberté d'exercer une activité ni de contracter, mais celle de choisir son cocontractant, l'acheteur de son fonds de commerce. Elle « n'est nullement préjudiciable, puisqu'il importe peu au franchisé de céder son fonds à telle ou telle personne pourvu qu'il en retire le juste prix »¹⁴⁹⁷. Puisqu'elle ne restreint que la liberté de choisir son cocontractant, elle peut être considérée comme une manifestation par le distributeur de l'absence de considération de l'identité ou des qualités de la personne qui

¹⁴⁹² M. Malaurie-Vignal et D. Mainguy, « Lexique de droit de la distribution et de la concurrence », *Cah. Dr. Entr.* 1998/5, p. 15.

¹⁴⁹³ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 223, p. 191.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, n° 58, p. 55.

¹⁴⁹⁵ En revanche, en droit français, v. art. 1123 C. civ. fr.

¹⁴⁹⁶ Tout dépend cependant de la portée donnée aux termes utilisés dans le pacte qui peut susciter des questions importantes sur sa mise en œuvre. L'imprécision dans la rédaction d'un pacte de préférence peut rendre plus complexe son étude. En droit français, sur la rédaction de ces pactes après l'introduction de l'article 1123 C. civ. fr. par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, v. C. Grimaldi, « Le pacte de préférence et le notaire après la réforme du droit des contrats », *Défrenois*, 30 oct. 2016, p. 1067 et s.

¹⁴⁹⁷ N. Dissaux, *Rép. com.* V° « Franchise », juill. 2018, n° 104.

acquiert son fonds de commerce lorsqu'il décidera de le vendre¹⁴⁹⁸. Le seul frein peut dans ce cas provenir du droit de la concurrence¹⁴⁹⁹.

724. En droit colombien, à la différence d'autres législations¹⁵⁰⁰, le Code de commerce ne consacre aucune règle relative à la clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat d'agence commerciale. La Cour de cassation ne s'est pas non plus prononcée sur ce type de clause. Le régime de cette clause en droit des contrats reste donc à élaborer. Nous avons observé que le principe est celui du recouvrement de la liberté des parties après l'extinction du contrat de distribution¹⁵⁰¹. L'admission de ces clauses ne peut être en principe qu'exceptionnelle. Se pose alors la question de la démarche à suivre pour apprécier leur validité. L'analyse du caractère proportionnel de la clause conduit à son rejet en l'absence de compensation à l'atteinte portée aux libertés économiques du distributeur (Section 1). Malgré cela, elle devrait pouvoir être admise lorsque le distributeur reçoit une compensation en contrepartie de cette atteinte (Section 2).

Section 1 : Le rejet de l'interdiction de non-concurrence en l'absence de compensation

725. L'obligation de non-concurrence post-contractuelle ne constitue pas une obligation essentielle ou nécessaire à l'économie des contrats de distribution et « ce ne sont que des circonstances particulières qui vont pousser les parties, plus précisément le titulaire de la clientèle, à stipuler un engagement de ce type »¹⁵⁰². Puisque le principe est celui du

¹⁴⁹⁸ Une question peut se poser lorsque le pacte indique que les conditions de cession concernent non seulement le prix mais également – et de manière générale – d'autres conditions non-matérielles qui éventuellement peut offrir un tiers (V. Cass. com, 3 mai 2018, n° 16-27.926 : *D.* 2018, p. 1529, note C. Grimaldi). Si les conditions offertes par le tiers – qui n'ont pas été envisagées par les parties lors de la conclusion du pacte de préférence – sont impossibles à remplir par le fournisseur, il nous semble que le devoir d'exécuter le pacte de préférence de bonne foi fait peser sur les parties une obligation d'entrer en négociations pour que le fournisseur puisse éventuellement offrir des conditions similaires à celles du tiers qui lui permettent de se prévaloir du pacte. Si les parties ne parviennent pas à un accord, le distributeur retrouve sa liberté de céder le fonds de commerce au tiers.

¹⁴⁹⁹ V. en droit français, A. Van de Wynkele-Bazela, « Pacte de préférence et contrat de franchise », *D.* 2004, p. 2487.

¹⁵⁰⁰ P. ex, concernant le contrat d'agence commerciale, en droit italien (art. 1751 bis, al. 2^e), en droit allemand (§ 90a HGB), en droit espagnol (art. 20 et 21, loi 12/1992). En droit français, il existe une règle concernant l'agence commerciale (L. 134-14 C. com. fr.) et une autre concernant les contrats de distribution en réseau (L. 341-2 C. com. fr.).

¹⁵⁰¹ *Supra* Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, B.

¹⁵⁰² M. Gomy *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. Serra, Presses Universitaires de Perpignan, 1999, p. 102.

recouvrement de la liberté du distributeur à l'extinction du contrat, un contrôle des clauses qui interdisent au distributeur de réaliser une activité identique ou similaire à celle du fournisseur après la cessation du contrat est nécessaire. S'il est toujours question de contrôle de l'équilibre du contrat, il doit être réalisé par la voie de l'application du critère de proportionnalité en raison des libertés fondamentales concernées par la clause. Il convient ainsi d'abord, d'expliquer la justification du contrôle de proportionnalité de ces clauses (§1). Ainsi, la mise œuvre de ce contrôle permet de démontrer le caractère disproportionné de ces clauses en l'absence de compensation à la restriction des libertés du distributeur (§2).

§1. Le fondement du contrôle de proportionnalité de la clause

726. Les clauses de non-concurrence doivent être analysées au regard du critère de leur proportionnalité. À l'instar du contrôle de l'équilibre d'une clause, il est également question ici d'une règle de pondération entre deux valeurs (prestations, pouvoirs, droits). La mise en œuvre du critère de proportionnalité en matière contractuelle constitue sans doute la vérification de l'existence d'un équilibre à l'égard de la clause en question. Cependant, une analyse du point de vue de la proportionnalité permet de mettre en lumière la confrontation qu'entraîne la stipulation de la clause de non-concurrence post-contractuelle entre deux libertés fondamentales : la liberté contractuelle et la liberté du commerce et d'entreprendre du distributeur. Il convient, d'abord, de présenter les raisons qui conduisent à un contrôle particulier de cette clause (A), puis d'expliquer pourquoi il doit être réalisé à travers la pondération des libertés des parties concernées par celle-ci (B).

A. L'opportunité d'un contrôle de l'interdiction de concurrence

727. Pour justifier la validité de ces clauses, il serait possible d'invoquer la toute puissante liberté contractuelle : le distributeur étant un commerçant indépendant, il peut assumer un engagement de non-concurrence à effet post-contractuel lors de la signature du contrat de distribution selon les conditions définies d'un commun accord avec le fournisseur. Il ne s'agirait que d'une modalité de renonciation à l'exercice d'une activité professionnelle sous certaines conditions¹⁵⁰³. Pourtant, plusieurs arguments militent en faveur d'un contrôle particulier de la

¹⁵⁰³ V. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 1247, p. 860.

validité de ces clauses, prenant le pas sur le strict respect de la liberté contractuelle des parties¹⁵⁰⁴.

728. Tout d'abord, observons que lorsqu'il s'agit d'une personne physique liée par un contrat de travail¹⁵⁰⁵, l'article 44, al. 1^{er} C. trav. Col. interdit la stipulation de toute clause de non-concurrence post-contractuelle¹⁵⁰⁶. Nous relèverons également que la Cour de cassation colombienne, en 1973, à l'époque où elle était chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁵⁰⁷, a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 44, al. 2^e, C. trav. col., qui permettait la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle s'agissant de salariés exerçant des fonctions techniques, industrielles ou agricoles, pourvu qu'elle ne dépassât une durée d'un an et à la condition d'une indemnité non inférieure à la moitié de la valeur du salaire¹⁵⁰⁸. La limitation temporelle et l'attribution d'une contrepartie pécuniaire exigées par le législateur n'ont donc pas été suffisantes aux yeux de la Cour pour légitimer ce type de clauses.

¹⁵⁰⁴ V., en droit français, G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, op. cit.*, n° 104, p. 100 : « La volonté des contractants doit être, à elle seule, impuissante à ériger des limitations à des libertés fondamentales telles que la liberté du travail, de la concurrence et de la création si le juge ne peut y trouver l'expression de la protection d'un intérêt légitime auquel le principe de liberté peut être temporairement sacrifié ».

¹⁵⁰⁵ Comp. en droit français, où l'évolution du régime des clauses de non-concurrence a été différente. La chambre commerciale avait posé le principe selon lequel elles étaient valables, mais le salarié pouvait demander leur nullité en démontrant la grave atteinte qu'elles portaient à sa liberté en raison de leur entendue dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité professionnelle. En 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la clause n'était valable que si elle était indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise (Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ.* 1992, n° 309, relatif à un laveur de vitres). Postérieurement, par trois arrêts du 10 juillet 2002 (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 à 99-43.336), la Cour a posé le principe suivant : « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail ; Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

¹⁵⁰⁶ L'article 44, al. 1^{er} du Code de travail colombien affirme que « la stipulation par laquelle un salarié s'oblige à ne pas travailler dans une activité déterminée ou à ne pas fournir ses services aux concurrents de son patron après la fin du contrat ne produit aucun effet ».

¹⁵⁰⁷ La Constitution politique colombienne du 4 juillet 1991 a créé la Cour constitutionnelle et lui a attribué la fonction de contrôle de constitutionnalité des lois. Avant cette date, la Cour de cassation colombienne avait une chambre constitutionnelle chargée de cette fonction.

¹⁵⁰⁸ L'article 17 de la Constitution politique en vigueur à l'époque disposait : « Le travail est une obligation sociale et a une protection sociale de l'État ». Pour la Cour, l'obligation sociale de travailler s'impose à toutes les personnes, sans que la Constitution n'établisse des exceptions à cette règle ni permette au législateur de les fixer. Il en résulte que le deuxième paragraphe de l'article 44 du Code de travail contrariait cette règle constitutionnelle. La Cour ajoute que la disparition de cette règle ne laisse pas, sans protection, les aspects relatifs à la sécurité de l'information et à la confidentialité des entreprises, car il existe d'autres règles de nature pénale, civile et commerciale qui permettent une telle protection. La Constitution en vigueur consacre également le travail en tant que droit et obligation sociale (art. 25 Const. Pol. Col.). Il en résulte que ces arguments sont toujours d'actualité.

729. Évidemment, il ne suffit pas d'invoquer cette interdiction pour bannir les clauses de non-concurrence post-contractuelle dans notre domaine¹⁵⁰⁹. Le distributeur est généralement une personne morale et n'est pas soumis à un lien de subordination juridique. Il n'en reste pas moins que le droit colombien a, en droit du travail, une vision défavorable de ce type de clauses et qu'il existe des liens évidents entre la liberté de la personne physique à exercer une activité professionnelle et les libertés économiques restreintes par ces clauses dans notre domaine¹⁵¹⁰ : la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre et la liberté d'exercer une activité professionnelle. La Cour constitutionnelle a affirmé que ces libertés économiques consacrées dans la Constitution politique ne constituent pas des droits fondamentaux, mais qu'elles ont une valeur constitutionnelle importante¹⁵¹¹.

730. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une clause de non-concurrence en vigueur au cours de la période contractuelle, sa validité s'explique par son rôle dans l'économie de la convention¹⁵¹². En revanche, parce qu'elle prend effet à la disparition du contrat en mettant à la seule charge du distributeur une obligation, la présence d'une clause de non-concurrence post-contractuelle suscite de prime abord un soupçon à l'égard de l'équilibre contractuel lorsque le débiteur ne reçoit aucune prestation en échange¹⁵¹³. Les obligations à effet post-contractuel sont marquées

¹⁵⁰⁹ Comp. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 1242, p. 858. En droit français, l'auteur propose une uniformisation des conditions de validité des clauses postcontractuelles de non-concurrence qui couvre le droit du travail et le droit de la distribution. L'auteur indique que « le fondement de la contrepartie financière réside dans l'atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle et ces clauses, par leur objet et leurs effets, portent une atteinte comparable à ce principe que le distributeur soit ou non soumis au droit du travail ».

¹⁵¹⁰ Le principe de libre exercice d'une activité professionnelle dépasse le droit du travail et sa relation avec la liberté du commerce est certaine. V. C. Grimaldi, note sous Cass. com. 23 oct. 2012, *RDC* 2013, p. 641 ; Ch. Jamin, « *Clause de non-concurrence et contrat de franchise* », *D.* 2003, p. 2878, n° 11.

¹⁵¹¹ La liberté d'entreprendre n'est pas un droit fondamental, mais elle a rang constitutionnel. V. arrêt SU-157/1999. M.R. Alejandro Martínez Caballero : « Si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares. E viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental ». V. égal. C-352 de 2009 et C-486 de 2009, M.R. María Victoria Calle Correa.

¹⁵¹² Le législateur consacre une présomption d'exclusivité en faveur de l'agent commercial (art. 1318 C. com. col.) et indique la possibilité de stipuler une exclusivité en faveur du mandant (art. 1319 C. com. col.).

¹⁵¹³ Rapp. G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 104, p. 100. Pour l'auteur, l'obligation post-contractuelle de non-concurrence doit obéir à un intérêt légitime qui doit être démontré par son bénéficiaire, car elle heurte le principe de liberté qui gouverne la période post-contractuelle. En revanche, la licéité de l'obligation contractuelle de non-concurrence est le principe et c'est l'abus qui doit être démontré. V. égal. A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, préf. Y. Picod, Institut Universitaire Varenne, 2014, n° 271, p. 155 : « Les notions d'intérêt commun, de coopération dans

par l'unilatéralisme¹⁵¹⁴. Pour certains, elles auraient leur cause ou justification dans le complexe d'obligations contractuelles¹⁵¹⁵. Néanmoins, si dans certains contrats, notamment la cession de fonds de commerce, la clause de non-concurrence post-contractuelle intègre l'opération contractuelle car elle permet d'attendre l'objectif économique visé par les parties¹⁵¹⁶, il en va autrement dans les contrats de distribution. En effet, si ces clauses trouvent sa légitimité dans la protection des intérêts du fournisseur, l'opération économique déjà réalisée n'est pas apte à justifier l'existence d'une telle clause. En d'autres termes, elles n'apparaissent pas nécessaires à l'économie du contrat de distribution¹⁵¹⁷.

731. Enfin, elles constituent une exception au recouvrement d'une liberté totale du distributeur au terme du contrat. Limitant des libertés économiques de nature constitutionnelle, elles ne peuvent être absolues et doivent poursuivre un intérêt légitime. Il est donc nécessaire de vérifier qu'elles ne portent pas une atteinte excessive à la liberté de principe des anciens partenaires¹⁵¹⁸. Comme nous le verrons, elles portent également atteinte au droit de propriété dans la mesure où la valeur du fonds de commerce du distributeur est affectée négativement par les effets de cette clause¹⁵¹⁹. Il en résulte que leur contenu mérite une certaine considération par le droit des contrats à la lumière de l'analyse de leur proportionnalité.

B. La nécessité d'une pondération des libertés affectées par l'interdiction de concurrence

732. Une analyse de la proportionnalité de ces clauses est nécessaire. Ces clauses mettent en relation deux libertés : d'une part, la liberté contractuelle et, d'autre part, la liberté

l'exécution du contrat ou encore d'exécution de bonne foi, qui peuvent servir de fondement à une éventuelle obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat, sont ici inopérantes ».

¹⁵¹⁴ V. G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, op. cit.*, n° 86, p. 88.

¹⁵¹⁵ V. G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, 2012, LGDJ, n° 237, p. 131.

¹⁵¹⁶ V. Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence », *D.* 1987, chr., p. 114.

¹⁵¹⁷ Pour cette distinction, v. Y. Serra, « La validité de la clause de non-concurrence », *D.* 1987, chr., p. 114. L'auteur distingue l'hypothèse dans laquelle la légitimité de la restriction contractuelle de non-concurrence découle de la nature même de la convention et celle dans laquelle cette obligation n'est pas nécessaire à l'économie de la convention, car l'opération contractuelle n'emporte pas de transfert définitif ou provisoire de clientèle.

¹⁵¹⁸ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, op. cit.*, n° 98, p. 98.

¹⁵¹⁹ C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017, n° 269, p. 209.

d'entreprendre¹⁵²⁰. Elles sont toutes les deux des expressions des libertés économiques protégées par la Constitution (art. 333. C. pol. col.)¹⁵²¹. Concrètement, dans un cadre de coexistence de droits du même niveau, la pondération est le meilleur moyen pour apprécier si l'atteinte à la liberté d'entreprendre du distributeur est raisonnable. Il s'agit de la méthode appliquée par la Cour constitutionnelle colombienne lorsqu'il existe un conflit ou une atteinte à une liberté économique ou à un droit fondamental¹⁵²². Puisque cette méthode n'a jamais été appliquée par la Cour de cassation pour l'analyse d'une clause contractuelle, elle peut *a priori* paraître étrange en droit des contrats colombien¹⁵²³. Cependant, elle semble être la méthode la plus adéquate pour soupeser les droits en confrontation. En effet, elle peut permettre de valider, sous certaines conditions, les clauses qui portent atteinte aux libertés individuelles ou économiques¹⁵²⁴. Telle est également la solution que nous enseigne le droit français¹⁵²⁵.

733. L'analyse du caractère proportionnel d'une clause contractuelle peut être fondée sur le devoir de bonne foi qui régit tous les aspects de la vie du contrat¹⁵²⁶. La stipulation et l'application d'une clause disproportionnée par rapport à l'intérêt réel du fournisseur, qui porte une atteinte grave aux libertés économiques du distributeur, peut constituer une violation de ce

¹⁵²⁰ Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 7. « Dès lors, deux libertés se trouvent confrontées, la liberté contractuelle et la liberté de la concurrence, pièce maîtresse de l'ordre public économique ; confrontation qui débouche sur une question centrale : les volontés individuelles peuvent elles, par convention, porter atteinte à la liberté de la concurrence ? ». Comp. Cl. Champaud, « *Les clauses de non-concurrence* », *Rev. jurispr. com.*, p. 161 et s.

¹⁵²¹ C. const. col., C-228 de 2010, M.R. Luis Ernesto Vargas.

¹⁵²² V. parmi d'autres, C. const. C-355/2006, M.R. Jaime Araújo Rentería et Clara Inés Vargas ; C-210/2007, M.R. Marco Gerardo Monroy Cabra ; C-417/2009, M.R. Juan Carlos Henao.

¹⁵²³ En droit français, la jurisprudence a pris l'habitude de substituer aux trois critères classiques de validité de la clause de non-concurrence (limitation quant à son objet et dans l'espace et la durée) un critère reposant sur l'appréciation de la proportionnalité de l'entrave apportée à la liberté économique du débiteur par rapport à l'utilité qu'en retire le créancier. Le premier arrêt en ce sens date du 4 janvier 1994 (Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 4, p. 4 : *RTD civ.*, 1994, p. 349, obs. J. Mestre ; *D.* 1995, jur., p. 205, note Y. Serra). V. S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000. Égal., F. De Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 599 et s.

¹⁵²⁴ G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, 2012, LGDJ, p. 151, n° 267.

¹⁵²⁵ V. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, n° 734 et n° 789. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, *op. cit.*, n° 262 et s.

¹⁵²⁶ Rapp. F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, n° 1230, p. 927 : « Aquella cláusula es objeto de atención especial y limitaciones fundadas en el mismo principio de buena fe: circunscripción a un tiempo determinado, retribución, efectividad del interés del acreedor, sí que también de prohibiciones derivadas del respecto a la libre competencia y del repudio al monopolio ».

devoir¹⁵²⁷. Il est également possible d'analyser ces clauses suivant l'application conjuguée du principe de la liberté contractuelle (art. 1602 C. civ. col.) et la soumission des stipulations des parties à l'ordre public (art. 16 C. civ. col.)¹⁵²⁸. En effet, la liberté contractuelle étant subordonnée au respect de l'ordre public, puisque cette clause impose une limite aux libertés économiques du distributeur, toute restriction doit être proportionnelle à l'intérêt visé par elle¹⁵²⁹. Sur ce fondement, il est à présent possible d'apprécier la proportionnalité de la clause de non-concurrence post-contractuelle.

§2. Le caractère disproportionné d'une interdiction de concurrence en l'absence de compensation

734. Une pondération des intérêts concernés par la clause de non-concurrence post-contractuelle doit être réalisée. Si une recherche de l'intérêt légitime poursuivi par la clause est nécessaire, elle ne suffit pas dans la mesure où elle ne prend pas en considération l'effet de la clause sur les libertés économiques du distributeur. En revanche, « la mise en œuvre du critère de proportionnalité suppose d'apprécier l'équilibre qui doit régner entre les restrictions pesant sur le débiteur et l'intérêt du créancier »¹⁵³⁰. Pour cette raison, après avoir démontré l'insuffisance de constater l'existence des intérêts légitimes du fournisseur qui sont susceptibles d'être protégés par la clause de non-concurrence (A), nous procéderons à l'étude de l'impact

¹⁵²⁷ Rappr. la restitution en nature des éléments remis au distributeur à titre de prêt à usage devrait pouvoir être refusée lorsque le coût de la restitution était manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt réel du créancier. *Supra* Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1.

¹⁵²⁸ V. en droit français, M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, 2004, Dalloz, n° 229, p. 237. Égal. G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 238, p. 131.

¹⁵²⁹ C. const. col., C-263 de 2011.M.R. Jorge Ignacio Pretel: « En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad. Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad ».

¹⁵³⁰ M. Gomy *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, *op. cit.*, p. 89.

de la clause sur les libertés du distributeur afin de démontrer le caractère disproportionné de celle-ci (B).

A. L'insuffisance de la protection des intérêts légitimes du fournisseur

735. Comme il l'a été observé, « il ne suffit pas que le créancier de non-concurrence invoque une simple utilité de la clause mais bien une nécessité impérieuse »¹⁵³¹. Il convient de faire une différence entre les notions d'utilité et de nécessité. Dans notre matière, si l'utilité de la clause pour la protection des intérêts du fournisseur est certaine (1), sa nécessité peut être mise en doute en raison du caractère éventuel du risque d'atteinte à ces intérêts, ainsi que de l'existence d'autres moyens qui permettent de les protéger (2).

1. L'utilité de la clause afin de protéger les intérêts du fournisseur

736. Une clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut porter atteinte aux libertés économiques ayant valeur constitutionnelle sans que le bénéficiaire de la clause ne justifie de l'existence d'un intérêt légitime¹⁵³². L'appréciation de cet intérêt dépend, en partie, du risque post-contractuel contre lequel se prémunit le fournisseur¹⁵³³. La légitimité des intérêts que le fournisseur cherche à protéger en stipulant une clause de non-concurrence n'est pas en doute (a). L'utilité de cette clause est également certaine (b).

a. La légitimité certaine des intérêts du fournisseur

737. Les intérêts illégitimes. Parce qu'il existe un risque de renouvellement des liens de l'ancien distributeur avec la clientèle traitée pendant l'exécution du contrat déjà éteint, le fournisseur a tout intérêt à éviter les actes de démarchage de la part de ce dernier envers cette clientèle. Or, l'intérêt poursuivi par le fournisseur ne peut être celui de mettre à couvert la clientèle attirée grâce à l'activité de l'ancien distributeur en évitant toute concurrence de la part de ce dernier¹⁵³⁴.

¹⁵³¹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵³² C'est une exigence constante en droit français, C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, *op. cit.*, n° 266.

¹⁵³³ Rappr. G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 101, p. 106.

¹⁵³⁴ V. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, n° 320 et s.

Comme le note un auteur, « on ne saurait admettre que l'on puisse, dans un seul souci protectionniste, porter atteinte à la liberté de la concurrence en stipulant une clause de non-concurrence »¹⁵³⁵. Le démarchage de la clientèle de l'ancien partenaire est en soi licite¹⁵³⁶. La clientèle n'appartient à personne, donc le fournisseur ne peut chercher à éviter son attraction par d'autres concurrents, y compris par son ancien distributeur¹⁵³⁷. Le professeur Auguet relève justement que « la protection de la clientèle ne peut être perçue comme l'objet d'une limitation de concurrence mais seulement comme un effet »¹⁵³⁸. L'objectif poursuivi par la clause de non-concurrence doit, par conséquent, être autre.

738. Les intérêts légitimes. Par le biais de la clause restrictive de concurrence post-contractuelle, le fournisseur ne peut se prémunir légitimement que contre l'utilisation induue des éléments de ralliement de la clientèle dont il est titulaire, ou contre l'utilisation de moyens déloyaux pour attirer la clientèle de la part d'un tiers ou de son ancien partenaire.

739. Le fournisseur peut ainsi chercher la protection de ses droits de propriété industrielle et d'autres éléments incorporels en dehors de leurs régimes spécifiques de sauvegarde. Dans le contrat de franchise, notamment, la clause de non-concurrence protège le réseau de distribution dans la mesure où elle évite le détournement du savoir-faire par l'ex-franchisé au service de son intérêt ou de l'intérêt d'un tiers, et protège les membres du réseau contre la concurrence déloyale de l'ex-franchisé qui continue à appliquer ce savoir-faire¹⁵³⁹. Cela permet, naturellement, de protéger l'homogénéité et la réputation du réseau. Plus le savoir-faire est consistant et spécifique, plus fortes sont les raisons justifiant l'insertion d'une telle clause¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁵ Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 8.

¹⁵³⁶ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 136, p. 122.

¹⁵³⁷ Le principe de licéité du dommage concurrentiel « signifie que la liberté de la concurrence permet de capter la clientèle des autres compétiteurs sans que cela puisse engager la responsabilité du concurrent qui est à l'origine de ce déplacement de clientèle ». Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 6, p. 8.

¹⁵³⁸ Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 6, p. 8.

¹⁵³⁹ C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, *op. cit.*, n° 266, p. 205.

¹⁵⁴⁰ V., en droit français, la jurisprudence devient plus exigeante quant aux attributs du savoir-faire protégé par la clause de non-concurrence post-contractuelle. V. M. Malaurie-Vignal, obs. sous CA Paris, 6 mars 2013, *CCC*, mai 2013, comm. 113. D. Ferrier, obs. sous. CA Bourges, 10 sept. 2015 et CA Paris, 23 sept. 2015, *Concurrences* 1-2016, p. 115. V. égal. l'art. L. 1341-4 relatif au contrat d'agence commerciale qui établit les conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Aucune indemnité n'est due en contrepartie (V. Cass. com., 4 déc. 2007 : *D.* 2008, p. 10 obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008,

740. La clause de non-concurrence peut également être stipulée dans la perspective d'empêcher une rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence¹⁵⁴¹. Il en va ainsi lorsque le fournisseur cherche à éviter que l'ancien distributeur utilise la connaissance particulière qu'il a acquise relativement à son entreprise au cours de l'exécution du contrat, pour se livrer à des actes de concurrence déloyale à son encontre après son extinction. La clause peut donc être justifiée pour « prévenir un risque de détournement réel par l'ancien franchisé de la clientèle attachée à la marque et aux services du franchiseur »¹⁵⁴².

741. Tous ces intérêts dont est titulaire le fournisseur sont légitimes. Il est nécessaire encore de vérifier que la clause n'accorde pas une protection redondante par rapport à d'autres moyens légaux de protection de ces intérêts.

b. L'utilité certaine de la protection des intérêts du fournisseur

742. La question se pose de savoir si la clause de non-concurrence post-contractuelle accorde une protection utile et non pas superfétatoire par rapport à d'autres moyens de protection¹⁵⁴³. En effet, la loi a établi des mécanismes qui permettent de sauvegarder la probité des pratiques pour conquérir une clientèle et protéger les intérêts contractuels des anciens partenaires. Concrètement, le droit de la concurrence déloyale, la responsabilité extracontractuelle, voire le droit pénal, constituent des limites à l'activité à venir de l'ex-distributeur. La loi colombienne

p. 409, obs. B. Bouloc ; CCC 2008, n° 38, obs. N. Mathey). V. égal. l'article L341-2 C. com. fr. (modifié par la loi n° 550-990 du 6 août 2015, dite loi Macron), visant les accords au sein d'un réseau (L341-1), qui pose le principe de la prohibition des clauses qui restreignent la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant après la cessation du contrat. Une telle clause est néanmoins admise si le créancier démontre la réunion de quatre conditions, parmi lesquelles son caractère indispensable à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis. Les auteurs ont pu critiquer la transposition des conditions d'exemption du droit de la concurrence communautaire au droit commun. Tout d'abord, les conditions imposées par le droit communautaire ne s'appliquent pas aux accords qui dépassent les seuils de part de marché (accord d'importance mineure, accords de *minimis*). Ensuite, le règlement 330/2010 ne crée pas d'obligations à la charge des contractants, mais il s'agit de conditions d'exemption des accords verticaux. Enfin, un accord vertical peut éventuellement bénéficier d'une exception individuelle (mise en balance des effets positifs et négatifs issus d'une restriction de concurrence). En pratique, les clauses sont peu concernées par le droit des pratiques anticoncurrentielles. V. M. Celaya, « Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoiement » in *La franchise : questions sensibles*, RLDA 2012, suppl. n° 73, p. 40 et s.

¹⁵⁴¹ Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 8.

¹⁵⁴² D. Ferrier, obs. sous Cass. com. 14 nov. 1995, *D.* 1997, p. 59.

¹⁵⁴³ Une autre question est celle de savoir si l'atteinte aux libertés économiques du distributeur par la stipulation de cette clause est proportionnelle, compte tenu des autres moyens de protection dont est titulaire le fournisseur pour protéger ses intérêts. C'est l'appréciation de la proportionnalité, v. *infra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2.

offre également une action préventive lorsqu'un commerçant entrevoit la réalisation d'actes de concurrence déloyale. Il peut demander au juge de prendre les mesures nécessaires pour éviter la réalisation d'un acte de concurrence déloyale qui n'a pas encore eu lieu, ou demander la cessation d'un acte de concurrence déloyale même si un dommage n'est pas encore survenu¹⁵⁴⁴.

743. La protection par les règles du droit de la concurrence déloyale est principalement une intervention *a posteriori*, c'est-à-dire qu'il s'agit de la réparation d'un préjudice causé une fois le manquement commis¹⁵⁴⁵. Cette protection peut apparaître, à certains égards, insuffisante et inadéquate, d'où il résulte une légitimité à chercher une protection d'origine conventionnelle, de caractère préventif, du risque de concurrence anormale¹⁵⁴⁶. En effet, la stipulation d'une clause de non-concurrence permet une protection *ex ante*, car elle empêche l'ex-distributeur de commencer une activité concurrente, en évitant ainsi toute possibilité de création d'une situation qui favoriserait la réalisation de pratiques prohibées par le droit pénal¹⁵⁴⁷ et le droit de la concurrence déloyale, telles que le détournement de clientèle, la confusion ou la tromperie¹⁵⁴⁸. « Comment mieux assurer en effet que son concurrent (un ancien partenaire économique, par ex.) n'exercera pas de concurrence déloyale à votre égard qu'en lui interdisant toute activité concurrente ? »¹⁵⁴⁹. Il a ainsi été soutenu que « la prévention s'avère alors beaucoup plus utile que la répression car le préjudice subi est bien souvent irréparable, les éventuels dommages et intérêts ne couvrant pas le réel préjudice subi »¹⁵⁵⁰. En outre, la stipulation d'une telle clause évite également au fournisseur d'avoir à apporter la preuve de

¹⁵⁴⁴ Loi 256 de 1996, art. 20 « 2. Action préventive ou d'interdiction. La personne qui pense qu'elle peut être affectée par des actes de concurrence déloyale pourra intenter une action pour demander au juge d'éviter la réalisation d'une action déloyale qui n'a pas encore eu lieu ou de l'interdire même si aucun préjudice n'est encore survenu ».

¹⁵⁴⁵ V. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 1246, p. 859 : L'auteur indique que « le contrat est un acte de prévision qui intervient donc *a priori* alors que l'action en concurrence déloyale intervient *a posteriori*, en correction d'un préjudice causé ».

¹⁵⁴⁶ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 150, p. 134.

¹⁵⁴⁷ Not. l'art 306 C. pénal col. qui établit le délit d'usurpation de marques et de brevets.

¹⁵⁴⁸ La loi 256 de 1996, par laquelle sont édictées les règles relatives à la concurrence déloyale, établit une interdiction générale de la concurrence déloyale (art. 7) et des interdictions spécifiques relatives à certains types d'actes : détournement de clientèle (art. 8), désorganisation (art. 9), confusion (art. 10), tromperie (art. 11), dénigrement (art. 12), comparaison (art. 13), imitation (art. 14), exploitation induue de la réputation d'autrui (art. 15), violation de secrets commerciaux (art. 16), induction à la rupture contractuelle (art. 17) et violation de règles ou règlements (art. 18).

¹⁵⁴⁹ M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259.

¹⁵⁵⁰ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, *op. cit.*, n° 156, p. 137.

l'utilisation illicite du savoir-faire¹⁵⁵¹. À cela s'ajoute que les contours des actes de concurrence ne sont pas toujours faciles à préciser¹⁵⁵². On peut ainsi rencontrer des difficultés à prouver un détournement de clientèle ou qu'un distributeur n'a pas appliqué ou transmis à un tiers, au moins en partie, le savoir-faire appartenant à son ancien fournisseur. Si ces aspects concernent le fournisseur, il convient de s'interroger sur ses effets quant aux libertés économiques du distributeur¹⁵⁵³.

2. Le caractère non-indispensable de la clause

744. Si la clause de non-concurrence post-contractuelle était indispensable à la protection des intérêts du fournisseur, il serait plausible d'affirmer sa proportionnalité. Or, la constatation de son utilité ne conduit pas à affirmer la nécessité de sa stipulation pour la protection des intérêts du fournisseur. Pour analyser ce dernier aspect, il convient d'étudier, en premier lieu, le risque particulier contre lequel se protège le fournisseur. Il sera constaté, à cet égard, que le risque de la réalisation d'un acte de concurrence déloyale ou d'une utilisation indue du savoir-faire de la part du distributeur pour concurrencer le fournisseur n'est pas certain (a). En second lieu, les autres moyens dont dispose le fournisseur pour la protection de ses intérêts doivent être relevés, même si ceux-ci sont moins efficaces que la clause de non-concurrence post-contractuelle (b).

¹⁵⁵¹ J.-E. de Cockborne, *Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence*, RTD eur. 1989, p. 212.

¹⁵⁵² Comp. en France où l'action en concurrence déloyale, fondée sur les articles 1382 et 1384 C. civ. fr., a été développée par voie prétorienne. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016, n° 1246, p. 859 : « Le contrat serait inutile si les contours de la concurrence déloyale étaient clairement définis et leur connaissance accessible. Or, ceux-ci sont exclusivement fixés par la jurisprudence au gré des espèces à partir du standard juridique de la faute. Il est donc légitime que, recherchant une certaine sécurité juridique, les acteurs économiques contractualisent les possibilités de concurrence à l'issue de la relation. Le même raisonnement s'applique à la clause de non-réaffiliation et, plus généralement, à l'ensemble des clauses limitant la liberté professionnelle d'un distributeur à l'issue d'une relation de distribution ».

¹⁵⁵³ V., en droit français, A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 336. L'auteur expose la mutation de la vérification de la proportionnalité de la clause de non-concurrence. Consistant d'abord à vérifier que la clause était ajustée à la préservation des intérêts du créancier (approche que l'auteur qualifie d'objective), l'analyse a postérieurement consisté à vérifier la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts du débiteur au regard de ceux protégés par le créancier. L'auteur propose une approche *in concreto* qui aboutit à déplacer le moment d'appréciation de la proportionnalité de la conclusion à celui de son exécution et à tenir compte de la situation particulière du distributeur et de paramètres, tels que la durée des relations contractuelles, la modification du marché, l'évolution des techniques de commercialisation, le recentrage de l'activité du réseau (*ibid.*, n° 343, p. 188).

a. La nécessité incertaine de l'interdiction de la concurrence

745. La nécessité d'une clause de non-concurrence se mesure au regard du risque contre lequel se protège le fournisseur. Elle est donc plus ou moins nécessaire selon le risque représenté par l'activité de l'ancien distributeur à l'issue du contrat de distribution. Or, le caractère nécessaire de cette clause est difficile à mesurer. Sa nécessité n'est pas certaine et son utilité peut même être réduite dans la mesure où il est difficilement concevable que le distributeur puisse « exercer à l'égard de son ancien partenaire une concurrence à la fois licite et efficace, dès lors qu'il se trouve exclu de sa filière »¹⁵⁵⁴. La stipulation d'une clause de non-concurrence contractuelle devrait donc être écartée lorsque le risque est nul ou faible¹⁵⁵⁵.

746. Observons que la doctrine met en exergue la nécessité de la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle lorsqu'il existe un risque de détournement réel de la clientèle¹⁵⁵⁶ ou lorsqu'une concurrence par des moyens anormaux présente une dangerosité particulière¹⁵⁵⁷. Il en irait notamment ainsi s'il existait un fort risque de confusion qui permettrait à l'ex-distributeur de captiver indûment la clientèle de son ancien partenaire, notamment si celui-ci continuait son activité dans les mêmes locaux. Un auteur remarque que, dans ce cas, « le simple fait de retirer l'enseigne du franchiseur et de modifier l'apparence du magasin ne serait pas suffisant à écarter le risque de voir le franchisé conserver la plus grande

¹⁵⁵⁴ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 601, p. 348.

¹⁵⁵⁵ Ex., en droit français, Cass. com. 14 nov. 1995, n° 93-16.299 : *D.* 1997, p. 59, obs. D. Ferrier. La Cour de cassation française approuve la Cour d'appel d'avoir décidé que « la licéité de la clause de non-concurrence n'est pas manifeste dès lors que le franchiseur qui n'est pas un fournisseur ne serait pas, au cas de résiliation de la franchise, spécialement affecté par la concurrence du fonds de commerce qui, exploitant après résiliation une enseigne distincte, n'empiète pas sur la clientèle attachée à celle du franchiseur (...) que la licéité de la clause de non-concurrence n'était pas manifeste et qu'en raison de la suspension du contrat de franchisage le remplacement par le franchisé de l'enseigne du franchiseur par une autre enseigne ne constituait pas un trouble manifestement illicite ».

¹⁵⁵⁶ D. Ferrier, obs. sous Cass. com. 14 nov. 1995, *D.* 1997, p. 59.

¹⁵⁵⁷ Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 7 : « L'intérêt d'un cocontractant à prévoir une interdiction de concurrence à la charge de l'autre partie ne devrait être qualifié de légitime que si cette obligation de non-concurrence a pour but et seulement pour but d'interdire à son débiteur de développer une concurrence par des moyens anormaux, que si cette concurrence présente une dangerosité particulière ». V. égal. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000, n° 434, p. 426. L'auteur donne un exemple à l'égard du salarié : « Si le salarié a connaissance des secrets d'affaires de son employeur, il paraît nécessaire de lui interdire de concurrencer son employeur car alors, il bénéficierait d'un avantage concurrentiel particulier qui lui permettrait de rompre l'égalité dans l'exercice de la concurrence. En effet, il n'aurait pas à investir, en capital et/ou en travail, pour avoir accès à ces connaissances qui peuvent constituer un support de clientèle alors que son employeur, par hypothèse, avait consenti ses investissements ».

part de ses clients, ce qui pourrait empêcher le franchiseur d'installer avec succès un nouveau franchisé dans cette région »¹⁵⁵⁸. De même, le risque serait important si le fournisseur a transmis au distributeur un savoir-faire substantiel et consistant dont celui-ci pourrait profiter indûment, dans son propre intérêt ou celui d'un réseau concurrent¹⁵⁵⁹.

747. Mais à rebours de ces arguments, nous pensons que, bien que ces risques soient importants, ils ne sont pas suffisants pour justifier la stipulation d'une clause de non-concurrence compte tenu de l'atteinte aux libertés économiques et à l'activité du distributeur. En réalité, ils sont difficiles à apprécier de manière abstraite, sauf à retenir une vision suspicieuse de l'activité du distributeur qui reste sur le même marché¹⁵⁶⁰. Tout d'abord, le savoir-faire étant lié à la marque et à la réputation du fournisseur, « un tel savoir-faire sans la marque et l'enseigne qui le signalent aux yeux de consommateurs, est proprement inexploitable par le distributeur »¹⁵⁶¹. Empêché d'utiliser les signes distinctifs de son ancien fournisseur à l'issue du contrat, il est difficilement concevable qu'il puisse exploiter le savoir-faire acquis pour réussir à concurrencer ce dernier. Même s'il conserve certains éléments isolés du savoir-faire tombés dans le domaine public, la composante finale de sa nouvelle activité sera nécessairement différente¹⁵⁶².

748. Ensuite, le savoir-faire ne reste pas figé, mais a un caractère évolutif et dynamique. Comme l'observe un auteur, « privé de l'assistance technique de l'intégrateur pour l'actualisation de son savoir-faire, l'entrepreneur évincé se retrouvera très rapidement condamné à faire usage de méthodes soit dépassées, soit améliorées par le recours à ses propres

¹⁵⁵⁸ J.-E. de Cockborne, *Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence*, *RTD eur.* 1989, p. 212.

¹⁵⁵⁹ M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *op. cit.*, p. 259 et s.

¹⁵⁶⁰ J.J. Burst, « *Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence* », *Cah. dr. entr.*, 17 mars 1983, suppl. n° 1, p. 23 : « Il est non moins certain, ensuite, que si l'ancien franchisé est autorisé à continuer son activité, il continuera aussi à mettre en œuvre le savoir-faire qui lui a été transmis par son ancien franchiseur (...) Il serait pour le moins singulier de permettre à l'ancien franchisé de continuer à utiliser ce savoir-faire ou pire encore d'en faire profiter un autre franchiseur par hypothèse concurrent du premier (...) Enfin, permettre au licencié de continuer son activité au risque qu'il transfère le savoir-faire reçu - qui a pu être constamment amélioré au cours de l'exécution du contrat - à un autre franchiseur, concurrent du premier, est inadmissible ».

¹⁵⁶¹ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 603, p. 349.

¹⁵⁶² H. Bensoussen, « La clientèle « au » franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001, p. 2498.

idées »¹⁵⁶³. Sans l'assistance du fournisseur, le savoir-faire est difficilement applicable¹⁵⁶⁴. Il a ainsi été souligné que le meilleur moyen de protection du savoir-faire est l'innovation permanente¹⁵⁶⁵.

749. Enfin, s'il poursuit son activité à titre indépendant après avoir intégré un réseau, la stipulation d'une telle clause est difficilement justifiable, car « son offre ne peut raisonnablement être considérée comme substituable à celle de son ancien partenaire dominant »¹⁵⁶⁶. À l'opposé, si le distributeur intègre un autre réseau de distribution, ce réseau aura sa propre organisation, ses propres méthodes et son propre savoir-faire¹⁵⁶⁷. Il se peut qu'il s'agisse même d'un savoir-faire mieux éprouvé et expérimenté. Certes, il pourrait exister, dans ce cas, un risque plus important de confusion pour les consommateurs. Cependant, force est de constater qu'à l'heure actuelle, les marques sont devenues un facteur de reconnaissance important des produits. Les consommateurs peuvent notamment distinguer, parmi elles, s'il s'agit de marques ou d'enseignes renommées.

750. Cela ne veut pas dire que le risque de concurrence anormale ou d'utilisation indue du savoir-faire n'existe pas, notamment lorsque le distributeur demeure dans les mêmes locaux ou dans la même zone pour développer une activité concurrente. Ce risque existe, à divers degrés, mais il n'est ni inévitable ni généralisé au point de justifier une atteinte à la liberté du commerce

¹⁵⁶³ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 603, p. 349. V. égal. E. Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles - Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 199 : « Cela signifie aussi que l'ex-franchisé, hors de toute structure, ne disposera pas des moyens nécessaires pour maintenir compétitif le savoir-faire qui lui aura été transmis au cours de son contrat de franchise, lequel deviendra vite obsolète ».

¹⁵⁶⁴ Ch. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003, p. 2878 : « Du moins en matière de franchise de distribution, le franchiseur n'a que rarement à craindre un détournement de son savoir-faire, car celui-ci réside la plupart du temps dans une organisation interne au réseau dont le franchisé ne pourra plus bénéficier dès qu'il l'aura quitté. Autrement dit, une fois ce dernier sorti du réseau, il ne sera plus à même de disposer ni des modalités financières de paiement ni du système d'approvisionnement mis en place par le franchiseur qui font, dans de nombreux secteurs d'activités l'essentiel de son savoir-faire ».

¹⁵⁶⁵ Ph. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., 2007, Litec, n° 474, p. 223.

¹⁵⁶⁶ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 608, p. 352. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 613 : « Un commerçant isolé pourrait-il à lui seul atteindre le même degré d'attractivité que celui qui va bénéficier de l'effet « aspirant » et démultiplicateur du réseau ? La crédibilité et la légitimité de la formule du franchisage commandent de répondre par la négative ».

¹⁵⁶⁷ O. Tiquant, « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », *op. cit.*, p. 46 : « Or, le fait pour le franchisé d'intégrer un nouveau réseau le conduira inévitablement à adopter le savoir-faire du nouveau franchiseur et à abandonner l'ancien savoir-faire ».

et d'entreprendre du distributeur sans une compensation. La simple probabilité de l'occurrence de ce risque ne nous semble pas suffisante pour justifier une restriction aux libertés du distributeur sans un autre avantage en sa faveur qui puisse la contrebalancer. Un auteur a pu observer à cet égard que « le fait pour le franchiseur d'imposer au franchisé de cesser d'exploiter son entreprise, sans aucune contrepartie au seul motif que le franchisé serait susceptible d'utiliser le savoir-faire auquel il n'a plus accès, apparaît totalement déséquilibré »¹⁵⁶⁸. À cela s'ajoute l'existence d'autres mécanismes légaux qui protègent les intérêts du fournisseur.

b. L'existence de moyens moins restrictifs de la liberté du distributeur

751. La clause de non-concurrence protège exclusivement les intérêts du fournisseur au détriment de ceux du distributeur. Elle limite non seulement la liberté de concurrence, « pièce maîtresse de l'ordre public économique »¹⁵⁶⁹, mais constitue également la mesure la plus restrictive de la liberté du distributeur. Or, puisque le fournisseur choisit une protection préventive face à un risque simplement probable d'un comportement illicite de son ancien partenaire, l'encadrement de cette clause ne suffit pas à affirmer son caractère proportionnel. Cela sera faire fi de l'utilité – certes, moindre que celle de la clause de non-concurrence, mais existante – et de l'effet dissuasif des autres moyens dont le fournisseur dispose pour faire face à la divulgation ou à une utilisation indue du savoir-faire (renforcée éventuellement par une clause de confidentialité) ainsi qu'à la réalisation d'actes de concurrence déloyale. En effet, ces moyens permettent de protéger les intérêts légitimes du fournisseur sans affecter à l'excès la liberté de principe du distributeur. Le fournisseur n'est donc pas démuni pour affronter des comportements déshonnêtes de son ex-distributeur.

752. Observons notamment que lorsque le fournisseur décèle en amont, par exemple, un risque substantiel et sérieux de confusion, parce que les consommateurs ne sont pas en mesure de différencier son offre de celle de son ancien distributeur, ce dernier peut tenter une action préventive en concurrence déloyale¹⁵⁷⁰. Cette situation existe éventuellement lorsque le

¹⁵⁶⁸ O. Tiquant, « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », *op. cit.*, n° 73, p. 45.

¹⁵⁶⁹ Y. Serra, « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 7.

¹⁵⁷⁰ Loi 256 de 1996, relative à la concurrence déloyale, art. 20 : « Les actions suivantes peuvent être intentées contre des actes de concurrence déloyale : (...) 2. Action préventive ou d'interdiction. La

distributeur intègre un réseau qui occupe une position comparable à celle de l'ancien fournisseur et développe son activité au même emplacement¹⁵⁷¹. Elle n'est pas nécessairement dangereuse, car les entreprises cherchent la plupart du temps à se différencier des autres concurrents et les consommateurs seront probablement en mesure de différencier les deux enseignes ou marques, d'autant plus si elles sont de grande renommée.

753. S'agissant concrètement de la protection du savoir-faire, le risque le plus important est sa divulgation à un fournisseur concurrent. En réalité, tout en s'abstenant de continuer la même activité ou d'intégrer un réseau de distribution concurrent, le distributeur peut divulguer le savoir-faire ou d'autres informations confidentielles à un tiers. La clause de non-concurrence n'est pas utile pour se prémunir contre ce risque. Une clause de confidentialité, qui renforce le devoir de non-divulgation d'information confidentielle, est le moyen de protection pertinent. Au terme de ces développements, il apparaît que la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas indispensable à la protection des intérêts du fournisseur. Cette constatation permet de mettre en doute le caractère proportionné de la clause face à l'atteinte aux libertés économiques du distributeur.

B. La restriction disproportionnée des libertés du distributeur

754. La proportionnalité de la clause doit être analysée par rapport aux libertés du distributeur auxquelles elle porte atteinte. Il en va ainsi parce qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle limitée dans son objet, dans le temps et dans l'espace de façon proportionnée aux intérêts légitimes du fournisseur peut être disproportionnée sur le plan des effets qu'elle produit sur la situation du distributeur. En d'autres termes, le fait de circonscrire l'analyse de la proportionnalité de la clause aux intérêts du fournisseur peut conduire à admettre le caractère proportionné d'une clause qui prive le distributeur de la possibilité de toute continuation de son activité¹⁵⁷². À ce propos, un auteur a pu affirmer que « la synthèse entre les intérêts du créancier

personne qui pense qu'elle peut être affectée par des actes de concurrence déloyale pourra tenter une action pour demander au juge d'éviter la réalisation d'une action déloyale qui n'a pas encore eu lieu ou de l'interdire même si aucun préjudice n'est encore survenu ».

¹⁵⁷¹ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 606, p. 350. Pour l'auteur, cette hypothèse est la seule dans laquelle une obligation post-contractuelle de non-concurrence est pleinement justifiée.

¹⁵⁷² A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 340, p. 186.

et ceux du débiteur ne devrait donc pouvoir être garantie que par la confrontation de la protection proportionnée des intérêts du créancier avec le droit à la qualification professionnelle du débiteur »¹⁵⁷³. La pondération des intérêts concernés par la clause de non-concurrence post-contractuelle nous conduit à affirmer son défaut de proportionnalité. Il en va ainsi parce que les libertés économiques du distributeur subissent une affectation importante (A). En l'absence de compensation, la restriction ainsi subie par celui-ci doit être considérée comme disproportionnée (B).

1. L'importance de la restriction des libertés du distributeur

755. En empêchant le distributeur de continuer une activité qui lui permettrait de retrouver la clientèle qui était attachée à son exploitation avant la cessation du contrat, la clause de non-concurrence entraîne l'effondrement de la valeur de son fonds de commerce¹⁵⁷⁴. Comme il l'a été constaté, « le fait pour le franchisé de ne plus pouvoir exercer son commerce dans sa zone de chalandise équivaut, de fait, à lui faire perdre son fonds de commerce »¹⁵⁷⁵. Elle porte ainsi atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété du distributeur¹⁵⁷⁶. Force est de constater que, même à des conditions strictes encadrant son objet et son étendue temporelle et spatiale, la clause de non-concurrence post-contractuelle porte atteinte de manière immédiate et considérable à l'activité du distributeur qui sera généralement contraint de se reconvertir ou de s'installer ailleurs pour maintenir son entreprise à flot.

¹⁵⁷³ V. Y. Auguet, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », *Dr. et patr.* 2001, mars, p. 33 et s. Égal., A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence, op. cit.*, n° 340, p. 186 : « Il ne nous paraît impossible de considérer que la balance doive être faite non point entre les intérêts protégés par le créancier et ceux sacrifiés par le débiteur ».

¹⁵⁷⁴ En droit français, v. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 8^e éd., n° 734. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise, op. cit.*, n° 269, p. 210.

¹⁵⁷⁵ O. Tiquant, « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », in *La franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl. n° 73, p. 45. *Adde., ibid.* : « Le franchisé a investi de fortes sommes (droit d'entrée, redevances, agencements, fonds de commerce, etc.) pour créer son entreprise et la pérenniser. On ne peut admettre qu'il soit purement et simplement dépossédé de ses biens en fin de contrat ; sauf à décider en conséquence que le contrat de franchise ne permet pas la création d'entreprises qui ne sont pas qu'éphémères et que tous les discours sur la vertu créatrice de la franchise sont un leurre pour le franchisé ».

¹⁵⁷⁶ C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise, op. cit.*, n° 269, p. 210 : « Il serait curieux qu'on puisse porter atteinte, sans contrepartie, aux deux piliers de notre société libérale que sont la liberté d'entreprendre et la propriété ». Comp. P. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J. M. Mousseron, Litec, 2000, n° 276 : « Aucune contrepartie financière à cet engagement n'étant imposée, la prévision de la clause constitue, ainsi, un moyen légal de dépossession de la clientèle du distributeur ».

756. Objet. Tout d'abord, la clause restreint l'activité du distributeur dans la branche d'affaires qu'il connaît le mieux. Il ne peut profiter d'emblée de l'expérience et de la connaissance acquise dans ce domaine et sur ce marché. Tandis que le fournisseur peut désigner un nouveau distributeur pour tirer avantage de la part de marché conquise, le distributeur doit immédiatement s'abstenir de se réinstaller dans la zone concernée.

757. Clause de non-réaffiliation. L'objet de la clause de non-réaffiliation est plus restreint que celui d'une clause de non-concurrence¹⁵⁷⁷, car elle ne fait qu'interdire une modalité d'exercice de la concurrence : l'activité en réseau¹⁵⁷⁸. Son insertion se justifie lorsque le risque d'une concurrence anormale est plus important si le distributeur entre dans un autre réseau de distribution concurrent¹⁵⁷⁹. La doctrine remarque unanimement qu'une clause de non-réaffiliation produit les mêmes effets qu'une clause de non-concurrence lorsque la nature de l'activité contraint le distributeur à entrer dans un réseau de distribution pour assurer sa permanence sur le marché¹⁵⁸⁰. En dehors de cette hypothèse, pour la plupart des auteurs, les conditions de la clause de non-réaffiliation devraient être appréciées de manière plus souple¹⁵⁸¹. Mais, à bien y réfléchir, il est difficile de comprendre en quoi ces exigences devraient être appréciées plus favorablement. D'une part, la clause contraint le distributeur à continuer son activité à titre indépendant, ce qui lui enlève la possibilité de faire un choix économique

¹⁵⁷⁷ V., en droit français, pour une distinction entre les deux clauses, Cass. com. 28 sept. 2010, n° 09-13.888 : *D.* 2010, p. 2357, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2011, p. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *JCP E* 2010, n° 43, p. 34, note N. Dissaux ; *CCC* 2010, n° 271, note M. Malaurie-Vignal ; *RLDA* 2010, n° 55, p. 53, note C. Anadon ; *Concurrences*, 2011, n° 1, p. 117, note D. Ferrier ; *RDC* 2011, n° 1, p. 187, note M. Behar-Touchais ; *D.* 2011, p. 2961, note Y. Picod.

¹⁵⁷⁸ M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259. V. J. Raynard, « *La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution* », *Cah. dr. entr.* 2005, n° 3, p. 33, donne l'exemple suivant de rédaction : « La société d'exploitation s'interdit d'exploiter directement ou indirectement une activité commerciale concurrente sous une enseigne ayant une notoriété nationale ou régionale et à ne pas offrir à la vente des produits dont les marques sont liées à cette enseigne ».

¹⁵⁷⁹ V. E. Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles - Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 199. Le savoir-faire « pourra être plus facilement récupéré et être retiré par un réseau concurrent qui, lui, disposera des moyens de le faire évoluer et de lui conserver son caractère d'avantage concurrentiel. Ainsi, pour un ancien franchisé Jacques Dessange, le danger ne vient pas de la transformation de son ex-franchisé en « *Ginette Coiffure* », mais de l'ouverture d'un salon de coiffure *Jean Louis David* ».

¹⁵⁸⁰ V. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 8^e éd., n° 790, p. 479. N. Dissaux, note sous Cass. com. 28 sept. 2010, *JCP E* 2010, 1943. M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259. C. Grimaldi, S. Méresse et O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise, op. cit.*, n° 265, p. 205.

¹⁵⁸¹ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 8^e éd., n° 790, p. 479. C. Grimaldi, obs. sous Cass. com. 23 sept. 2014, n° 13-20454 et n° 13-22624, note de bas de page 19. M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259.

réfléchi. D'autre part, le contrôle sur l'objet est le même que pour la clause de non-concurrence. Les exigences quant aux limitations temporelles et territoriales ne devraient pas être moins strictes¹⁵⁸².

758. Durée. L'activité de toute entreprise exige de la continuité. Même si la durée de la clause est d'un an et que le distributeur dispose de la durée du préavis de cessation pour préparer sa reconversion forcée, il subira dans tous les cas des préjudices importants. Il s'engagera difficilement dans une autre branche d'affaires pour ensuite retourner à son ancienne activité couverte par la clause de non-concurrence post-contractuelle. En toute hypothèse, la suspension de l'activité de son entreprise pendant un certain temps ou la réalisation des investissements dans une autre branche d'affaires aura pour lui des répercussions économiques négatives importantes.

759. Zone géographique. L'atteinte aux intérêts du distributeur est importante même lorsque l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels il a commercialisé les produits du fournisseur¹⁵⁸³. Si le distributeur est le propriétaire des locaux ou y demeure en tant que locataire, dans l'hypothèse où il souhaiterait continuer son activité à titre indépendant ou sous une autre enseigne, l'inactivité pendant une durée d'un an lui causera des préjudices importants. Il sera donc contraint de se reconvertir. Comme nous l'avons souligné, il est difficilement concevable qu'il réalise des investissements dans une autre branche d'affaires pendant une durée d'un an en attendant l'extinction de l'obligation de non-concurrence. En outre, toute réinstallation en dehors de la zone protégée par la clause aura également des conséquences économiques importantes sur sa situation.

760. Au regard de ce qui précède, on peut relever l'atteinte importante que la clause porte aux libertés économiques du distributeur. En l'absence d'une compensation à cette atteinte, la conclusion ne peut être que celle du caractère disproportionné de l'interdiction de non-concurrence.

¹⁵⁸² Comp. l'article L341-2 C. com. fr. (modifié par la loi n° 550-990 du 6 août 2015, dite loi Macron), visant les accords conclus au sein d'un réseau (L341-1), qui pose le principe de prohibition des clauses qui restreignent la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant après la cessation du contrat, sans exclure les clauses de non-réaffiliation. Pour une approche critique de cette interdiction, v. F. Buy, « Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », *D.* 2015, p. 1902 : « À quoi bon stigmatiser une clause de non-réaffiliation quand l'exploitation peut être poursuivie dans des conditions satisfaisantes en dehors de tout réseau (...) ».

¹⁵⁸³ C'est la lettre de l'article 5, 3, b) du règlement n° 330/2010 de la Commission européenne.

2. Le caractère disproportionné de la restriction des libertés du distributeur

761. Malgré l'utilité de la clause restrictive de la liberté de concurrence du distributeur à l'issue du contrat afin de protéger les intérêts du fournisseur, on ne peut que constater son caractère disproportionné en l'absence d'avantage en faveur du distributeur qui compenserait cette atteinte. Cela tient au fait que, d'une part, mettant le distributeur dans l'impossibilité de continuer son activité dans le domaine qui lui est propre, la valeur de son fonds de commerce s'effondre. Certes, dans certaines hypothèses, la clause de non-réaffiliation peut permettre au distributeur de continuer une activité à titre indépendant. Il n'en reste pas moins qu'elle le prive de la possibilité de faire un choix économique délibéré. D'autre part, la nécessité de la clause n'est pas établie dès lors que le risque contre lequel se prémunit le fournisseur n'est pas certain et qu'il dispose d'autres moyens pour protéger ses intérêts qui sont certes moins efficaces, mais qui sont moins restrictifs des libertés économiques du distributeur à l'issue du contrat. Le risque contre lequel se protège le créancier excède donc l'atteinte des libertés économiques du distributeur.

762. Il se peut qu'il existe un risque important, notamment lorsque le fournisseur a transmis un savoir-faire substantiel, spécifique et secret et que le distributeur continue une activité similaire dans les mêmes locaux¹⁵⁸⁴. La nécessité de la clause est plus claire dans cette hypothèse et la légitimité de l'intérêt du fournisseur de se prémunir contre une atteinte à ses intérêts commerciaux ne fait aucun doute. Il nous semble que, même dans ce cas, les intérêts du débiteur ne peuvent être sacrifiés à ceux du fournisseur. Concrètement, un encadrement strict de la clause de non-concurrence n'est pas suffisant pour justifier la restriction à la liberté du distributeur¹⁵⁸⁵. À titre d'exemple, le régime instauré en droit français par l'article L341-2 C. com. fr., concernant les clauses qui ont pour effet de restreindre la liberté d'exercice de l'activité

¹⁵⁸⁴ Ces sont deux des conditions établies par l'article L. 341-2 C. com. fr. pour permettre la stipulation d'une clause qui a pour effet de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale des distributeurs en réseau à l'issue du contrat.

¹⁵⁸⁵ Comp. F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.* n° 605 et s. L'auteur admet la validité de l'obligation post-contractuelle de non-concurrence dans la seule hypothèse d'affiliation à un réseau concurrent à des conditions strictes mais sans accorder une contreprestation. V. égal., F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 613. V. égal., en droit français, l'article L. 341-2 C. com. fr. (modifié par la loi n° 550-990 du 6 août 2015, dite loi Macron), visant les accords conclus au sein d'un réseau (art. L. 341-1), qui admet la clause post-contractuelle de non-concurrence lorsque le créancier démontre la réunion de quatre conditions, mais qui ne consacre pas une contre-prestation en faveur du débiteur.

commerciale des distributeurs en réseau, nous paraît insuffisant en l'absence d'une contrepartie en faveur du distributeur.

763. Observons enfin que ces clauses défavorisent fortement le distributeur à d'autres égards. D'une part, leur admission signifierait présupposer ou considérer comme très probable la réalisation d'un comportement déloyal du distributeur¹⁵⁸⁶. D'autre part, ce dernier se trouverait dans une situation défavorable, car il lui appartiendrait de contester la validité de la clause de non-concurrence s'il considère que les conditions de sa validité ne sont pas satisfaites. Par ailleurs, il a été souligné que le « risque de dommages et intérêts en cas d'invalidation de la clause est, à cet égard, peu dissuasif car la condamnation suppose une action en justice du débiteur qui sera potentiellement découragée par son issue incertaine et tardive »¹⁵⁸⁷. Une admission générale de ces clauses pourrait également inciter le fournisseur à leur incorporation systématique même lorsqu'elles ne sont pas utiles pour protéger ses intérêts légitimes. Qui plus est, elles pourraient être utilisées comme un moyen dissimulé ayant pour objet d'éviter toute possibilité de concurrence de l'ancien partenaire¹⁵⁸⁸.

764. La constatation de la disproportion de principe de la clause de non-concurrence pourrait conduire à affirmer son interdiction¹⁵⁸⁹. Pour certains auteurs, la clause ne doit être admise que si le distributeur peut continuer une activité rentable dans le domaine qui lui est propre et l'idée d'une rémunération visant à compenser l'atteinte aux libertés du distributeur est exclue¹⁵⁹⁰. Cela

¹⁵⁸⁶ Rappr. Ch. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003, p. 2878 et s. : « Veut-on dire par là que le seul départ d'un franchisé remet en cause cette identité ou que ce franchisé est susceptible de porter atteinte à la réputation du réseau en exerçant sa nouvelle activité ? On ne peut guère l'imaginer, car ce serait, d'une part, présumer que le franchisé adopte un comportement répréhensible une fois qu'il a quitté le réseau, ce qui ne peut s'apprécier qu'au cas par cas, et, d'autre part, détourner la clause de non-concurrence de sa finalité en lui faisant, en quelque sorte, jouer le rôle d'une clause pénale ».

¹⁵⁸⁷ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 1252, p. 865.

¹⁵⁸⁸ Ex., en droit français, CA Paris, 25 févr. 2010 : *D.* 2011, pan. 551, obs. D. Ferrier. La Cour a annulé la clause de non-concurrence en la considérant disproportionnée, dès lors qu'elle « ne se justifiait pas par la protection d'un savoir-faire, le franchiseur n'établissant pas avoir transmis d'autres éléments que des prestations logistiques et des conseils de commercialisation..., mais avait pour objet de permettre [au franchiseur] de reconstituer son réseau et de freiner la pénétration du marché par des enseignes concurrentes ».

¹⁵⁸⁹ Pour rappel, les clauses de non-concurrence post-contractuelles sont interdites en droit social en Colombie, v. *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §1, A.

¹⁵⁹⁰ A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 344 et n° 387. Comp. D. Ferrier, « Concurrence – Distribution », *D.* 2013, p. 732. L'auteur affirme que l'indemnisation du franchisé tenu par un engagement de non-concurrence « semble aussi risquée en ce qu'elle brouillerait la distinction du régime applicable au distributeur et au salarié et peut-être demain celle des notions mêmes de distributeur indépendant et de salarié. Le contrôle de la portée de l'engagement de non-concurrence apparaît donc

reviendrait selon eux à privilégier les intérêts du distributeur en prenant uniquement en considération la sauvegarde de sa liberté économique¹⁵⁹¹. Il est pourtant nécessaire d'envisager d'autres alternatives qui respectent la liberté du distributeur sans négliger les intérêts du fournisseur¹⁵⁹².

765. À notre sens, une interdiction absolue de ces clauses n'est pas opportune¹⁵⁹³. Comme il l'a été souligné, celles-ci peuvent accorder une protection efficace des intérêts légitimes du fournisseur¹⁵⁹⁴. Une interdiction absolue conduirait notamment à l'impossibilité de se protéger contre un risque important de concurrence déloyale ou de détournement de savoir-faire ou d'information sensible. Or, puisque cette protection renforcée voulue par le fournisseur porte une atteinte importante à la liberté économique du distributeur, la clause de non-concurrence post-contractuelle ne doit être admise qu'en compensant cette atteinte¹⁵⁹⁵. Comme l'observe un

comme la meilleure, voire la seule, solution pour assurer l'équilibre entre les intérêts du créancier et du débiteur ».

¹⁵⁹¹ À l'opposé, les intérêts du fournisseur sont privilégiés lorsque l'existence d'un intérêt légitime suffit pour valider la clause de non-concurrence. C'est le cas de plusieurs États aux États-Unis, où la clause est admise pourvu qu'il existe un *legitimate business interest* et une limitation raisonnable quant à l'objet, la zone et la durée de la restriction. Selon cette approche, la question n'est pas celle de savoir si le distributeur peut ou non poursuivre son activité, mais d'apprécier les intérêts du fournisseur qui méritent d'être protégés. V. P. Klarfeld et M. VanderBroek, « Law on covenants against competition shift towards greater enforceability by franchisors », *Franchise Law Journal* 76, Fall, 2011, p. 31 et s. : « Most states consider similar elements in analyzing the enforceability of a franchisee's covenant not to compete. To be enforceable, the covenant must be ancillary to an otherwise lawful contract and must further the lawful goals of the contract. In addition, the covenant must be necessary to protect a legitimate business interest of the franchisor; reasonable in scope with respect to the territory, time, and activities restrained; and not offensive to public policy. The difference in the enforceability of these covenants in different states is generally a function of how narrowly the courts of a particular state interpret these general requirements and how strictly they scrutinize the parties' arguments that the requirements have been met ».

¹⁵⁹² V. N. Dissaux, « Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre », *D.* 2015, p. 496. Concernant l'interdiction des clauses qui ont pour effet de restreindre l'activité commerciale de l'ancien membre du réseau (art. 341-2 C. com. fr.), l'auteur se demande : « Au reste, la solution va plus loin que celle du droit du travail. La rémunération des clauses de non-concurrence n'aurait-elle pas été préférable ? La question valait au moins d'être posée ».

¹⁵⁹³ Il ne s'agit pas d'une question de pure technique juridique. Un dilemme se pose entre l'admission conditionnée de cette clause pour la protection renforcée des intérêts du fournisseur et son interdiction pour assurer une protection importante des libertés économiques du distributeur. Naturellement, une réponse absolue et immuable n'existe pas tant la hiérarchie des intérêts protégés peut changer au cours du temps et la question n'est pas sans lien avec l'attractivité du droit colombien pour ce qui concerne la protection des investissements des entreprises étrangères et l'encouragement de certaines modalités de distribution, notamment la franchise.

¹⁵⁹⁴ *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 1.

¹⁵⁹⁵ Comp. A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 344 et n° 387. Après avoir constaté le défaut de proportionnalité de la clause, car elle empêche le franchisé de continuer à exploiter son fonds de commerce, l'auteur indique que la clause de non-concurrence post-contractuelle est nulle. La clause de non-réaffiliation est néanmoins proportionnée lorsque le distributeur peut poursuivre une activité économiquement rentable sans affiliation à un réseau concurrent. L'auteur exclut toute idée de contrepartie financière pour la validité de la clause.

auteur, « la rémunération, au moins dans certains cas, devrait constituer un élément nécessaire à la proportionnalité de la clause »¹⁵⁹⁶. Une telle clause pourrait donc être admise si d'autres avantages sont perçus par le distributeur.

766. Conclusion de la Section 1 du Chapitre 2 du Titre 2 de la Seconde partie. Puisque le principe est celui du recouvrement de la liberté de commerce et d'entreprendre du distributeur, la restriction par une clause contractuelle de celle-ci après la cessation du contrat pose la question de son contrôle. S'il est toujours question d'équilibre, c'est un critère de proportionnalité qui doit être mis en œuvre en raison des libertés fondamentales qui sont en jeu. Bien que la légitimité des intérêts du fournisseur ainsi que l'utilité d'une clause pour leur protection ne suscitent pas de doute, il n'en reste pas moins que la nécessité de cette clause n'est pas absolue et l'atteinte aux libertés économiques du distributeur est considérable. Cette clause ne saurait dès lors être admise que si le fournisseur accorde une compensation à cette atteinte.

Section 2 : L'admission d'une compensation à l'interdiction de concurrence

767. La clause de non-concurrence pourrait être admise de deux manières qui permettent de compenser économiquement l'atteinte aux libertés économiques du distributeur (§1). En toute hypothèse, l'encadrement de la clause à des conditions strictes est cependant nécessaire (§2).

§1. Les modalités de l'admission de la clause de non-concurrence

768. Deux modalités d'admission de la clause de non-concurrence, en contrepartie d'une compensation économique, sont envisageables. En premier lieu, compte tenu des liens qui existent entre l'indemnité de clientèle examinée précédemment et la clause restrictive de concurrence à l'issue du contrat, l'attribution de la première doit être prise en considération pour admettre la stipulation d'une clause de non-réaffiliation (A). En second lieu, en l'absence d'indemnité de clientèle, le versement d'une somme d'argent est nécessaire pour contrebalancer l'atteinte aux libertés économiques du distributeur (B).

¹⁵⁹⁶ C. Grimaldi, obs. sous. Cass. com., 23 oct. 2012, *RDC* 2013, p. 641, n° 2.

A. L'interdiction d'une offre substituable en cas de versement d'une indemnité de clientèle

769. La clause de non-concurrence post-contractuelle et le fondement de l'indemnité de clientèle proposée dans le précédent titre ont une relation étroite, même si la première a un domaine plus large. Les deux concernent la clientèle développée et celle qui est susceptible d'être exploitée dans la zone concernée après la cessation du contrat. Elles considèrent également l'activité que le distributeur réalise à l'issue de la relation de distribution et la possibilité du fournisseur de continuer à profiter de la clientèle constituée. Concrètement, en interdisant au distributeur d'exercer une activité concurrente, la clause de non-concurrence post-contractuelle empêche que celui-ci puisse profiter de la clientèle constituée en collaboration avec son ancien fournisseur ainsi que d'attirer de potentiels clients présents sur le marché en cause¹⁵⁹⁷. Pour sa part, l'indemnité de fin de contrat proposée¹⁵⁹⁸ compense la valeur économique représentée par la clientèle que le distributeur a contribué à développer et que le fournisseur pourrait conserver après la cessation du contrat¹⁵⁹⁹. Or, puisque l'une des conditions de cette indemnité est que le fournisseur puisse jouir de la clientèle apportée par le distributeur¹⁶⁰⁰, son attribution a lieu lorsque le distributeur n'est pas susceptible de la conserver à l'issue du contrat¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁷ Comp. C. Grimaldi, « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution – Rapport introductif », *RDC*, 2015, p. 987 : « Pour autant, il apparaît illégitime qu'une clause du contrat de distribution puisse, sans contrepartie, empêcher le distributeur d'exercer son activité à l'expiration du contrat, *le privant ainsi de la clientèle qu'il aurait pu conserver en raison de son talent ou de son emplacement, c'est-à-dire de son fonds, et portant atteinte à son droit de prospecter d'autres clients*, c'est-à-dire, au final, à sa liberté d'entreprendre. Aussi le distributeur devrait-il pouvoir prétendre à l'octroi d'une indemnité chaque fois qu'une clause de non-concurrence – voire de non-réaffiliation – post-contractuelle s'impose à lui ».

¹⁵⁹⁸ En droit positif, l'attribution de la prestation de clientèle n'empêche pas le distributeur de se réinstaller dans la même zone pour commercialiser des produits analogues. La loi n'indiquant pas que l'attribution d'une prestation de non-concurrence fasse naître une clause de non-concurrence de plein droit, le principe de liberté de l'après-contrat permet que l'agent commercial puisse concurrencer son ancien partenaire pourvu qu'il n'emploie pas de moyens déloyaux. Cela est logique parce qu'à l'heure actuelle, la prestation de l'article 1324, al. 1^{er} C. com. col. rémunère l'activité de l'agent consistant à créer ou à maintenir un flux de clientèle au cours de l'exécution du contrat en faveur de l'entrepreneur, indépendamment d'un apport de nouveaux clients et du sort de la clientèle à l'extinction du contrat.

¹⁵⁹⁹ *Supra* Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1.

¹⁶⁰⁰ La question de savoir si l'attribution d'une indemnité de clientèle fait naître une obligation de non-concurrence post-contractuelle de plein droit ne se pose pas, car la logique est inverse: il n'y a pas d'indemnité de clientèle lorsque le distributeur peut continuer de profiter de la clientèle après l'extinction du contrat.

¹⁶⁰¹ V. en droit français, les auteurs affirment que la clause de non-concurrence s'éteint avec le contrat. V. Y. Picod, « *L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle* », *JCP E*, 1994, I, 349, n° 41, p. 206 : « Mais le devoir de loyauté étant attaché à la période

770. Il en résulte que le distributeur reçoit une compensation de clientèle lorsqu'il cesse son activité sur le marché (arrêt, reconversion) ou lorsque l'activité qu'il continue de réaliser sur le même marché ne représente pas une offre substituable à celle de son ancien fournisseur¹⁶⁰². Il en va ainsi lorsque le distributeur, qui intégrait un réseau, continue son activité à titre indépendant sans que son activité constitue une offre concurrente de celle de son ancien fournisseur. Comme le note un auteur, « pour un ancien franchisé *Jacques Dessange*, le danger ne vient pas de la transformation de son ex-franchisé en "*Ginette Coiffure*", mais de l'ouverture d'un salon de coiffure *Jean Louis David* »¹⁶⁰³. Les concurrents du fournisseur sont les autres réseaux de distribution. Dans ces hypothèses, le fournisseur est susceptible de continuer de profiter de la clientèle apportée par son ancien distributeur.

771. À partir de ces observations, il est possible d'affirmer que l'attribution de la compensation de clientèle proposée permet de contrebalancer l'atteinte portée par la clause de non-réaffiliation pourvu que le distributeur puisse poursuivre l'exécution normale de son activité. En effet, d'une part, la nature de son exploitation permet au distributeur de continuer d'exécuter son activité dans le domaine qui lui est propre. D'autre part, il reçoit un avantage économique qui compense la restriction de sa liberté de commerce et d'industrie, notamment en raison de la privation de son droit à intégrer un réseau de distribution concurrent de celui de son ancien fournisseur. En outre, la clause de non-réaffiliation est très utile, car elle permet d'éviter le risque de confusion plus évident qui survient lorsque « l'entrepreneur évincé poursuivra son activité, non en toute indépendance économique, mais au service d'un nouvel intégrateur occupant, sur le même marché que le précédent, une position comparable »¹⁶⁰⁴. En

d'exécution du contrat, seule une clause de non-concurrence pourra le faire suivre postérieurement ». V. égal. G. Virassamy, obs. sous Cass. com., 25 juin 1991, *JCP E* 1992, II, n° 303. *Contra* : J. Hérmard, « *Les agents commerciaux* », *RTD com.* 1959, n° 56, p. 607 : « En l'absence d'une clause d'ailleurs, une obligation de non-concurrence s'impose dans tous les cas à l'agent qui n'est plus lié par contrat à son mandat, sous réserve de l'en indemniser lorsque le contrat aura été rompu par le mandant et sans faute de l'agent ».

¹⁶⁰² En théorie, le distributeur reste libre d'exploiter la clientèle pour laquelle il n'a pas été compensé : celle qui est attachée à son activité personnelle ou à son emplacement et celle qui existe sur le marché qui serait susceptible d'être exploité par la poursuite de son activité. Dans la pratique, la différence entre ces groupes de clientèle est délicate, car le distributeur qui demeure sur le même marché en commercialisant des produits concurrents et présente une offre substituable à celle de son ancien fournisseur peut attirer les clients attachés à ce dernier.

¹⁶⁰³ V. E. Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles - Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 199.

¹⁶⁰⁴ F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, n° 606, p. 350.

toute hypothèse, la clause de non-réaffiliation doit également être soumise à des conditions strictes quant à son objet, sa durée et la zone d'application¹⁶⁰⁵.

772. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la nature de l'activité ne permet au distributeur de continuer son exploitation que dans le cadre d'un réseau de distribution, la clause de non-réaffiliation doit être analysée en une clause de non-concurrence¹⁶⁰⁶. En effet, en empêchant le distributeur de continuer l'activité dans le domaine qui lui est propre, la clause de non-réaffiliation entraîne la perte de la valeur de son fonds de commerce. L'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie du fournisseur n'est pas contrebalancée par l'attribution d'une compensation de clientèle. Elle est donc soumise au traitement d'une clause de non-concurrence.

B. La compensation monétaire en l'absence d'indemnité de clientèle

773. Puisqu'aucune obligation de non-concurrence de plein droit ne naît à l'issue du contrat, le distributeur peut en principe continuer son activité sur le même marché¹⁶⁰⁷. Si, ce faisant, le distributeur est susceptible d'attirer la clientèle exploitée en exécution du contrat déjà éteint, la compensation de clientèle proposée ne lui serait pas attribuée¹⁶⁰⁸. Dans ces circonstances, pour les raisons exposées précédemment qui ont permis de constater la disproportionnalité de la clause, la restriction qui empêche le distributeur de continuer son activité sur le même marché ne peut être admise qu'en contrepartie d'une compensation.

774. Autrement, sans la contrainte d'une charge corrélative pesant sur le fournisseur, ces clauses seraient imposées systématiquement afin d'interdire à l'ancien distributeur de devenir, au terme du contrat, un concurrent sur le marché. En outre, comme l'indique un auteur, elles permettent « de corriger un éventuel déséquilibre de force dans une négociation initiale et de limiter, en cours de relation, l'effet de dépendance engendré par une clause limitant l'activité professionnelle d'une partie à son issue »¹⁶⁰⁹. De même, une contrepartie permet d'atténuer

¹⁶⁰⁵ *Infra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2.

¹⁶⁰⁶ *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, B,1

¹⁶⁰⁷ Sur ce point, en droit français, v. A. Riera, *Le contrat de franchise et droit de la concurrence, op. cit.*, n° 266 et s.

¹⁶⁰⁸ *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1.

¹⁶⁰⁹ M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs, op. cit.*, n° 1252, p. 864.

l'effet dissuasif de quitter le réseau engendré par la clause, en raison de la situation délicate que le distributeur risque de subir du fait des conséquences de cette restriction pour son entreprise à l'issue du contrat¹⁶¹⁰.

775. Relevons enfin qu'une certaine objection pourrait jaillir quant au coût important de la cessation du contrat pour le fournisseur. En réalité, le versement d'une somme d'argent au distributeur à la fin du contrat ne serait pas généralisé. En effet, l'attribution de la compensation de clientèle proposée est soumise à des conditions strictes. Le fournisseur ne doit la verser que lorsqu'il peut continuer à profiter de la clientèle sensiblement augmentée par les efforts du distributeur à l'issue du contrat et que celui-ci ne poursuit pas sur le même marché une activité qui constitue une offre substituable à celle du fournisseur. Si ce n'est pas le cas et le contrat ne contient pas de clause de non-concurrence post-contractuelle, le fournisseur ne devra payer aucune somme au distributeur à l'extinction du contrat. Les frais à la charge du fournisseur à la fin du contrat ne seraient donc pas importants. À cela s'ajoute la limite imposée au montant de l'indemnité de clientèle. En toute hypothèse, indépendamment de la modalité d'admission de la clause de non-concurrence, l'encadrement légal de celle-ci est indispensable.

§2. Les conditions de validité de la clause

776. L'encadrement légal de la clause de non-concurrence est nécessaire pour éviter tout excès. Il convient d'expliquer le choix d'une consécration légale de ces conditions (A), avant d'en présenter le régime (B).

A. L'opportunité d'une concrétisation légale de la proportionnalité

777. Une fois la validité de la clause admise sous réserve du versement d'une compensation, tout n'est pas résolu. Il reste la question de l'appréciation de la nécessité et de l'intérêt poursuivi par la clause. Concrètement, il est nécessaire d'établir si l'attribution d'une compensation

¹⁶¹⁰ Cet effet dissuasif de rompre le contrat et de quitter le réseau peut se rapprocher de celui engendré par les clauses de restitution en nature des cuves imposées à une époque en France aux pompistes de marque. *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

économique exclut l'analyse de ces éléments, si son appréciation doit être laissée au pouvoir du juge ou encore si son encadrement par le législateur est opportun¹⁶¹¹.

778. Il est vrai qu'une appréciation concrète et circonstanciée de la proportionnalité de la clause par le juge est toujours plus juste et permet une meilleure adaptation au cas concret. En droit français, concernant l'introduction de l'article L. 341-2 dans le Code de commerce, certains auteurs ont regretté la fixation « des conditions abstraites et générales de validité des clauses de non-concurrence, à rebours d'une appréciation judiciaire concrète et relative »¹⁶¹². De plus, cela constitue « une forme de défiance à l'égard des juges dont les solutions en la matière résultant d'une appréciation concrète des effets de la clause, donnaient pourtant satisfaction »¹⁶¹³.

779. Nonobstant, l'instauration d'une exigence générale de proportionnalité dont l'application serait contrôlée par le juge au cas par cas ne nous semble pas la plus opportune. D'une part, la clause de non-concurrence peut facilement dissimuler l'intérêt du fournisseur d'interdire à d'autres concurrents de participer au marché par la voie de son ancien distributeur¹⁶¹⁴. De même, l'appréciation d'un risque important de détournement du savoir-faire ou de concurrence déloyale est toujours difficile à mesurer. Certes, le juge aurait la tâche d'identifier un risque élevé ; cependant, le fournisseur n'est jamais à l'abri de ces risques, ce qui pourrait conduire à une admission systématique de ces clauses¹⁶¹⁵. Plus important encore,

¹⁶¹¹ Comp. l'article L134-14 C. com. fr., relatif au contrat d'agence commerciale, qui prévoit que la clause de non-concurrence peut avoir une durée maximale de deux ans et doit être limitée à la zone ou aux clients confiés à l'agent ainsi qu'aux types de biens commercialisés. Outre ces conditions légales, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a appliqué cumulativement les critères de validité d'origine prétorienne, notamment celui de l'exercice normal d'une activité professionnelle à l'agent (Com. 4 juin 2002, n° 00-14.688) et le critère de proportionnalité (Com. 4 déc. 2007, n° 06-15.137). En revanche, à la différence du droit social, la Cour n'exige pas une contrepartie financière en matière d'agence commerciale (V. Cass. com., 4 déc. 2007 : *D.* 2008, p. 10 obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008, p. 409, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2008, n° 38, obs. N. Mathey). V. D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017, p. 121, n° 231.

¹⁶¹² D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 8^e éd., p. 477, n° 789.

¹⁶¹³ N. Ferrier, « Les clauses usuelles dans les contrats de distribution à l'aune des réformes récentes », *RJ com.* 2016, p. 703. V. égal., A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 214, n° 387. L'auteur indique dans sa thèse que « l'évolution tant prévisible que souhaitable du droit sur cette question passe par une appréciation plus circonstanciée et approfondie de la proportionnalité de la clause ».

¹⁶¹⁴ O. Tiquant, « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », *op. cit.*, p. 46 : « On comprend donc que la principale motivation du franchiseur qui instaure ce type de clause est de préserver l'avantage concurrentiel en interdisant à un concurrent de contracter avec tel ou tel partenaire ».

¹⁶¹⁵ S. Le Gac-Pech, *Le principe de proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000, p. 196, n° 507.

l'application au cas par cas serait réalisée au détriment de la prévisibilité des solutions. Comme il a été écrit, cette insécurité relative correspondrait certainement au prix à payer dans la recherche d'une juste mesure¹⁶¹⁶.

780. En outre, il a été souligné qu'« une approche *in concreto* de la proportionnalité de la clause aboutit nécessairement à déplacer le moment d'appréciation de cette condition du moment de la conclusion de la clause, à celui de son exécution »¹⁶¹⁷. Cette approche imposerait de prendre en considération des circonstances postérieures liées à la consistance de l'intérêt du fournisseur à l'issue du contrat et à l'intensité de l'atteinte portée à l'activité du distributeur. Il importerait ainsi non pas tant d'apprécier la consistance du savoir-faire lors de la conclusion du contrat que de constater ce qu'il en est à sa fin. Il sera également nécessaire de prendre en considération d'autres facteurs, tels que la durée des relations contractuelles, la modification du marché, ou encore l'évolution des techniques de commercialisation¹⁶¹⁸.

781. Partant de ces observations, nous estimons qu'une intervention du législateur qui objective, au moins partiellement, la proportionnalité de ces clauses est opportune. En d'autres termes, il s'agirait d'une concrétisation légale de la proportionnalité. Elle permettrait une plus grande sécurité juridique¹⁶¹⁹. Un exemple est l'article L. 341-2 C. com. fr. qui a objectivé en quelque sorte la nécessité de la clause en soumettant sa validité à l'existence d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis lors de l'exécution du contrat et à sa limitation aux terrains et locaux où le distributeur exerce son activité. Toute appréciation de l'intérêt légitime

¹⁶¹⁶ Y. Auguet. « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », *Dr. et patr.* 2001, mars, p. 33 et s.

¹⁶¹⁷ A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 343, p. 188.

¹⁶¹⁸ *Ibid.* V. égal, Y. Auguet, « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », *Dr. et patr.* 2001, mars, p. 33 et s. : « Pour donner à la proportionnalité une sécurité juridique acceptable, nécessaire à sa pérennité, quelques propositions peuvent être avancées pour la rédaction de clauses de non-concurrence proportionnées aux intérêts légitimes à protéger. Préventivement, les parties pourraient envisager les évolutions les plus probables dans l'exécution du contrat en rédigeant des clauses à l'intensité différente selon, notamment, la durée du contrat ou l'évolution prévisible des fonctions exercées par le débiteur. La prévision de telles clauses, « par tranches » en quelque sorte, devrait limiter les risques liés à une clause disproportionnée avec l'intérêt légitime du créancier. À titre curatif, les parties devraient prévoir une obligation de renégociation de l'intensité de la clause. Cette renégociation pourrait être liée, par exemple, à la durée d'exécution du contrat, à l'accès à de nouvelles fonctions ou encore à l'apparition d'une nouvelle technologie rendant caduque l'expérience accumulée par un salarié ».

¹⁶¹⁹ Comp. F.-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 617. L'auteur propose l'application par analogie de l'article 134-14 C. com. fr., relatif au contrat d'agence commerciale, aux contrats de distribution de franchise et de concession, car cela permettrait d'apporter une plus grande sécurité juridique.

et de la nécessité de la limitation de concurrence est en principe exclue¹⁶²⁰. En somme, la concrétisation légale de la proportionnalité présuppose la prévision de conditions objectives de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle.

B. Le régime

782. L'attribution d'une compensation économique au distributeur participe à la mesure de la proportionnalité de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Cependant, elle ne permet pas le déploiement sans retenue de la liberté contractuelle quant à sa portée. La nécessité d'une proportionnalité des éléments qui intègrent la clause demeure en raison de l'atteinte de celle-ci aux libertés économiques du distributeur. Le contrat passé détermine la mesure de l'engagement post-contractuel de non-concurrence¹⁶²¹. Il en va ainsi parce que « stipulée pour la défense d'intérêts déterminés, la clause ne paraît logiquement pas pouvoir être invoquée au-delà de ce que nécessite cette défense »¹⁶²². Compte tenu des conséquences de la clause sur les libertés du distributeur à l'issue du contrat, la loi devrait exiger sa stipulation dans un écrit annexe au contrat. Cela permettrait également de fixer clairement les conditions de son encadrement. Après avoir examiné la présomption de légitimité de l'intérêt poursuivi par la clause (1), nous aborderons le régime particulier qui concrétise sa proportionnalité (2).

1. La présomption de légitimité de la clause

783. L'existence d'un intérêt légitime est toujours indispensable à la validité de la clause¹⁶²³. Une clause qui poursuit un intérêt déraisonnable ou injustifié ne doit pas être admise. La clause ne peut ainsi avoir pour objet d'empêcher le libre jeu de la concurrence. Or, dès lors que le fournisseur doit compenser la restriction à la liberté du distributeur, il est possible de présumer

¹⁶²⁰ Comp., en droit français, l'article L134-14 Com. com. fr., relatif à la clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat d'agence commerciale, qui impose les conditions de sa validité (objet, durée et zone géographique) mais qui ne subordonne pas sa validité à une condition de proportionnalité. Malgré cela, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a ajouté, aux critères de validité, l'exigence d'une proportionnalité (Com. 4 déc. 2007, n° 06-15.137) et celle de l'exercice normal d'une activité professionnelle à l'agent (Com. 4 juin 2002, n° 00-14.688).

¹⁶²¹ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 99, p. 98.

¹⁶²² S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 564, p. 465.

¹⁶²³ Comp. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 1246 et s. Pour l'auteur, l'exigence d'une contrepartie est suffisante afin de contrôler l'existence d'un intérêt légitime à la stipulation de la clause de non-concurrence post-contractuelle. L'auteur propose de substituer aux exigences d'un intérêt légitime du créancier et de proportionnalité, l'exigence d'une contrepartie financière à toute obligation ayant pour objet ou effet de limiter la liberté d'exercice d'une activité professionnelle à l'extinction du contrat.

la légitimité de l'intérêt poursuivi et de la nécessité de la clause. En toute hypothèse, l'intérêt visé par le fournisseur devrait être identifié dans l'écrit contenant la clause de non-concurrence. Il ne semble néanmoins pas opportun que le législateur fixe les seuls intérêts pour lesquels une telle clause pourrait être stipulée. À titre d'exemple, en droit français, l'article L. 341-2 C. com. fr., relatif aux accords en réseau, ne permet la stipulation d'une clause que lorsqu'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret a été transmis dans le cadre du contrat¹⁶²⁴. Certes, le savoir-faire est un élément propre à fonder l'insertion d'une clause. Il est « le seul élément à pouvoir être identifié de façon satisfaisante comme l'objet des clauses restrictives de concurrence »¹⁶²⁵. Cependant, la rigidité consistant à ne protéger que l'intérêt résultant de la transmission d'un savoir-faire est discutable¹⁶²⁶.

784. Il a déjà été indiqué qu'il existe d'autres intérêts légitimes aptes à justifier la stipulation de cette clause¹⁶²⁷. Ceux-ci peuvent résider, notamment, dans l'existence d'un risque que l'ancien distributeur porte atteinte aux intérêts commerciaux du fournisseur s'il poursuit son activité dans des termes identiques à celle qui faisait l'objet du contrat¹⁶²⁸. Un auteur rappelle ainsi que les clauses de non-concurrence post-contractuelle sont utiles « pour la sauvegarde de l'ensemble du réseau : en préservant une stratégie d'implantation, en limitant la divulgation d'informations sensibles (conditions de vente consenties par certains fournisseurs par exemple) »¹⁶²⁹. À titre d'exemple, dans un contrat de concession, le concessionnaire peut

¹⁶²⁴ Dans le domaine de la distribution spécialisée, ces clauses sont donc principalement admises dans le contrat de franchise. Comp. R. Loir, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitaire oct. 2014-oct. 2015 », *D.* 20015, p. 2526 : « Cette généralisation des critères européens devrait, en fin de compte, conduire à éradiquer les clauses restrictives de concurrence postcontractuelles dans les contrats de distribution autres que la franchise ». D. Ferrier, « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) », *D.* 2015, p. 1904 : « L'exception vise principalement les contrats de franchise, toutefois on peut facilement prévoir son application à de nouveaux contrats, pour le moment innomés, où sera stratégiquement et peut-être artificiellement convenue la transmission d'un savoir-faire, hors qualification de franchise grâce à l'absence de référence à une expérience commerciale fructueuse ».

¹⁶²⁵ A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 260, n° 151.

¹⁶²⁶ En droit français, concernant l'article L. 341-2 C. com. fr., v. N. Ferrier, « Les clauses usuelles dans les contrats de distribution à l'aune des réformes récentes », *RJ com.*, 2016, p. 703 : « La validité de la clause post-contractuelle est soumise à des conditions qui interdisent toute approche circonstanciée, à rebours de l'appréciation concrète qu'impose le critère de la proportionnalité habituellement retenu en la matière. Est par ailleurs exclu tout argument autre que la protection du savoir-faire. Cette règle, excessivement rigide, constitue une forme de défiance à l'égard des juges dont les solutions en la matière, résultant d'une appréciation concrète des effets de la clause, donnaient pourtant satisfaction ».

¹⁶²⁷ *Supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A. 1.

¹⁶²⁸ S. Lequette, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 564, p. 465.

¹⁶²⁹ D. Ferrier, « Les réseaux de distribution commerciale », *JCP G* 2015, suppl. n° 44, p. 14.

chercher à se prémunir contre un risque sérieux de concurrence déloyale du concessionnaire qui développe une activité analogue dans les mêmes locaux¹⁶³⁰. L'encadrement de la clause à des conditions strictes est également nécessaire.

2. Les conditions

785. Outre la compensation (a), la clause doit être nécessairement limitée tant dans son champ d'application que dans son étendue temporelle et spatiale (b). Des règles particulières doivent aussi régir la possibilité de renonciation à la clause par le fournisseur et une sanction en cas de dépassement des limites légales (c).

a. La fixation du montant de la compensation par les parties

786. La contrepartie ne vise pas à réparer un préjudice du fait de la rupture. Elle a pour objet de compenser la privation au distributeur de l'exploitation de la clientèle que la continuation de l'activité dans la même zone aurait permis de réaliser¹⁶³¹. Se pose la question de savoir si le législateur doit fixer un montant forfaitaire ou si les parties peuvent le fixer librement¹⁶³². À cet égard, l'introduction d'une formule mathématique conduirait à remplacer le standard de proportionnalité par une règle objective de validité¹⁶³³. Il s'agirait d'un minimum en deçà duquel les parties ne seraient pas autorisées à aller. Certes l'objectivation complète de la

¹⁶³⁰ Rappr. N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 385, p. 195 : « En matière de concession, par exemple, la clause de non-concurrence se justifie par la nature particulière des liens que le concessionnaire entretient avec la clientèle ».

¹⁶³¹ Rappr. en droit, italien, concernant la compensation de la clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat d'agence commerciale (C. civ. it., art. 1751 bis, al. 2°). V. M. Priotti, « Diritti ed obblighi delle parti » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti sous dir.), Ipsoa, Milan, 2016, p. 332. « La natura non provvigionale dell'indennità in esame fa sì che essa non abbia carattere retributivo ma che si prospetti come indennizzo di natura risarcitoria: essa ha la funzione di compensare l'agente del pregiudizio che gli deriva dall'impossibilità di sfruttare la penetrazione nella zona in cui ha svolto per un certo tempo la sua attività. Tale carattere compensativo fa sì che l'indennità in questione spetti all'agente anche in caso di cessazione del rapporto a causa di un suo inadempimento o per suo recesso ».

¹⁶³² *Contra*, A. Riera, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 361, p. 198 : « Est-il possible, en revanche, de considérer que la liberté du commerce puisse ainsi être monnayée, à la discrétion du franchisé ? Le débat dépasse ici largement la protection des seuls intérêts du franchisé, mais touche plus largement l'ordre public économique et donc l'intérêt général. À notre sens, l'atteinte à la liberté du commerce ne peut être financièrement compensée : une telle compensation ne règle en rien les considérations d'intérêt général qu'implique l'atteinte à la liberté du commerce ».

¹⁶³³ Comp. M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, *op. cit.*, n° 1248 et s. L'auteur propose d'éliminer toute référence aux standards juridiques, tels que l'intérêt légitime du créancier, la proportionnalité ou la contrepartie non dérisoire. Ils devraient être substitués par l'exigence d'une contrepartie financière fixée objectivement (somme forfaitaire) et des limites spécifiques quant à la durée, l'objet et la zone géographique.

proportionnalité permettrait une plus grande sécurité juridique¹⁶³⁴. Cependant, il semble plus opportun que la loi laisse aux parties le soin de fixer le montant de la compensation. Elle pourrait ainsi indiquer la nécessité de stipuler une « compensation raisonnable »¹⁶³⁵. En toute hypothèse, la contrepartie pécuniaire ne saurait être dérisoire, sous peine de nullité¹⁶³⁶. À l'initiative du distributeur, un contrôle judiciaire viserait à vérifier que la compensation dépasse ce seuil minimal. En l'absence de stipulation d'une contrepartie, le distributeur pourrait demander la nullité de la clause¹⁶³⁷.

b. Les limites dans l'espace, le temps et l'objet

787. Comme souligné, la fixation légale des conditions d'encadrement qui concrétisent ce principe de proportionnalité est plus opportune. Ces conditions permettent de vérifier que la clause ne porte pas une atteinte excessive à la liberté de l'ancien distributeur à l'expiration du contrat¹⁶³⁸. Si l'objet de la clause ne présente pas de difficultés dans la mesure où il doit être restreint aux produits ou aux services contractuels, en revanche, les questions concernant la durée et la délimitation territoriale sont plus délicates.

788. Durée. Il est certain que les obligations post-contractuelles ne peuvent pas contourner la prohibition d'un engagement perpétuel¹⁶³⁹. Comme il a été observé, il y a « identité entre les clauses contractuelles et post-contractuelles, ce qui n'est guère surprenant, dans la mesure où toutes les deux sont régies par le droit commun des obligations conventionnelles »¹⁶⁴⁰. Si les conditions de validité ont pour but de contrôler que la clause ne porte pas une atteinte excessive à la liberté des parties à l'expiration du contrat, il nous semble qu'elle ne devrait pas dépasser la durée d'un an.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, n° 1268. L'auteur propose que le montant « doit être au moins égal au produit de la durée de l'obligation par le tiers du revenu moyen perçu sur une durée équivalente par le débiteur pour la diffusion des produits ou services objets de la relation lors du dernier exercice clos ».

¹⁶³⁵ V. §90a HGB.

¹⁶³⁶ Rappr. l'article 920, al. 2° C. com. col. indique qu'un prix dérisoire est réputé ne pas avoir été convenu.

¹⁶³⁷ V. F. Bortolotti et alt., *Contratti di distribuzione*, Ipsoa, Milan, 2016, p. 337. Pour ce qui concerne le rôle du juge dans la fixation de la contrepartie financière en droit du travail en France, v. Ch. Radé, « Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence », *Dr. soc.*, 2012, 784.

¹⁶³⁸ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 101, p. 98.

¹⁶³⁹ *Supra* Second Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1.

¹⁶⁴⁰ G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat*, *op. cit.*, n° 109, p. 103.

789. Limitation spatiale. Concernant la limitation spatiale, la question est celle de savoir si elle doit viser le territoire où les produits ont été distribués au titre de l'exécution du contrat de distribution ou bien si elle doit être limitée aux lieux où le distributeur a exercé son activité¹⁶⁴¹. Puisque le distributeur reçoit un avantage économique pour compenser l'interdiction d'exploiter la clientèle liée à la zone où il a développé son activité, la clause devrait pouvoir viser cette zone. Autrement, l'ancien distributeur pourrait se réinstaller à quelques mètres de son ancien emplacement pour concurrencer son ancien fournisseur en faisant émerger les risques contre lesquels ce dernier voulait se prémunir plus efficacement en versant une contrepartie en échange de la stipulation de la clause.

c. La renonciation et la sanction de la clause disproportionnée

790. Renonciation. Les parties ne peuvent se délier unilatéralement des engagements contractés par convention (art. 1602 C. civ. col.). Cependant, s'agissant de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle, le fournisseur devrait pouvoir y renoncer moyennant un préavis raisonnable. Ceci s'explique par le fait que, d'une part, la décision du fournisseur doit prévaloir, celle-ci ayant pour effet de rétablir la liberté du distributeur à l'extinction du contrat et d'autre part, que cette faculté permet d'assurer que la clause soit appliquée lorsqu'elle est indispensable à la protection des intérêts du fournisseur. Si le distributeur entend changer d'activité ou de zone géographique, les intérêts du fournisseur ne sont plus en risque et il est légitime qu'il puisse renoncer à l'application de la clause. Autrement, le distributeur bénéficierait d'une compensation alors même que sa justification est absente. Cela permettrait ainsi d'éviter les comportements opportunistes de la part du distributeur qui s'oppose à la renonciation de la clause de non-concurrence alors même qu'il ne subit aucun préjudice lié à l'atteinte à sa liberté professionnelle¹⁶⁴². En toute logique, le fournisseur doit informer le distributeur qu'il entend faire application de la clause de non-concurrence à l'issue du contrat. Il devrait le faire lorsqu'il donne le préavis de cessation. L'avertissement préalable permet au distributeur de prendre les mesures nécessaires pour mieux organiser son activité à l'avenir.

791. Sanction du dépassement des limites. Au premier abord, la réduction de la clause de non-concurrence peut paraître une mesure équilibrée pour sanctionner le dépassement des

¹⁶⁴¹ L'article 5.3 du règlement n° 330/2010 et l'art. L341-2 C. com. fr. exigent pour la validité de la clause qu'elle soit limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant a exercé son activité pendant la durée du contrat.

¹⁶⁴² M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, op. cit., n° 1265, p. 871.

bornes légales. Cependant, la sanction de la nullité est préférable du fait qu'elle constitue en même temps une mesure préventive et dissuasive contre la stipulation de clauses démesurées. Comme le note un auteur, elle « peut s'expliquer par la mise en balance de l'avantage d'une remise en cause radicale de la clause de non-concurrence qui est de prévenir la stipulation systématique de clauses excessives dans le confort de la seule sanction de leur réfaction, et de son inconvénient qui est d'assurer l'impunité du franchisé poursuivant, grâce à l'annulation, l'activité dans les mêmes locaux »¹⁶⁴³.

792. Conclusion du Chapitre 2 du Titre 2 de la Seconde partie. Le principe étant celui du recouvrement de l'indépendance des parties à la fin du contrat, la clause qui empêche le distributeur de réaliser une activité concurrente après la cessation du contrat ne peut être admise qu'exceptionnellement. En effet, l'application d'un critère de proportionnalité a permis de conclure que l'atteinte portée à la liberté du commerce et d'entreprendre du distributeur par une telle clause ne saurait être admise que si elle est compensée. Une clause qui interdit au distributeur de réaliser une activité constituant une offre concurrente à celle du fournisseur peut être ainsi admise lorsque le fournisseur verse une indemnité de clientèle. En dehors de cette hypothèse, elle doit être compensée par le versement d'une compensation monétaire. En toute hypothèse, elle doit être limitée dans son objet, bornée à la zone d'influence du distributeur et ne devrait pas dépasser une durée d'un an.

793. Conclusion du Titre 2 de la Seconde partie. L'exécution du contrat de distribution transforme la réalité contractuelle. Tout d'abord, par la constitution, consolidation ou accroissement d'une clientèle. À cet égard, si l'existence d'un fondement pour l'attribution d'une indemnité de clientèle est toujours discutée, nous estimons qu'il existe bel et bien. Il est cependant circonscrit à l'hypothèse dans laquelle le distributeur a accru de manière sensible la clientèle pendant l'exécution du contrat et le fournisseur, à l'origine de la cessation, peut continuer à en profiter. La consécration de ce fondement dans un régime commun spécial devrait conduire les parties à se prononcer sur celle-ci. Elles ne pourraient cependant l'exclure dès la conclusion du contrat. En revanche, le recouvrement de l'indépendance des parties étant le principe, une interdiction de non-concurrence post-contractuelle ne peut être admise que si l'atteinte importante aux libertés d'entreprendre du distributeur qu'une telle interdiction impliquerait, était compensée. En tout état de cause, cette clause devrait être circonscrite à la

¹⁶⁴³ D. Ferrier, obs. Sous Cass. com. 30 mars 2016, n° 14-23.261, D. 2017, p. 881.

zone où le distributeur a développé son activité et ne pas dépasser une durée d'un an. Enfin, la restriction directe ou indirecte de la liberté du distributeur à l'égard des stocks destinés à être commercialisés, pendant l'étape antérieure à la cessation du contrat, justifie l'existence d'une obligation de rachat des stocks invendus en fin de contrat.

794. Conclusion de la Seconde partie. Le régime commun spécial envisagé n'impliquerait qu'une intervention limitée du législateur. En effet, la liberté contractuelle des parties d'aménager la cessation du contrat demeure le principe. De même, le droit commun des contrats constitue toujours la principale source du régime de la cessation de ces contrats. Ainsi, dans la cessation ordinaire, les libertés de résilier unilatéralement le contrat et de ne pas le renouveler doivent être pleinement appliquées. Ce droit commun a également lieu à s'appliquer pour la protection des attentes légitimes du distributeur qui se forment du fait de la réalisation d'investissements spécifiques au début de l'exécution d'un contrat à durée indéterminée ou en cours d'exécution d'un contrat à durée déterminée. En réalité, le régime commun spécial envisagé n'a pour objet que les aspects de la cessation des contrats de distribution pour lesquels l'application du droit commun n'offre pas à ce jour de réponse satisfaisante. Ainsi, d'une part, la nécessité d'une discussion autour de certaines règles du droit commun des contrats a été posée. Il en va ainsi de la reconnaissance de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution et d'un droit de rupture unilatérale à défaut d'accord dans le régime de l'imprévision. D'autre part, certaines règles spéciales peuvent tempérer la liberté contractuelle des parties. Elles ne sont que la concrétisation des exigences de loyauté et de préservation de l'équilibre contractuel qui régissent la cessation de ces contrats. Il en va ainsi de la fixation de préavis légaux de cessation et du devoir de stipuler un terme adapté selon le type d'investissements réalisés par le distributeur. Il en va de même de l'attribution d'une indemnité de clientèle et de la compensation de l'interdiction de non-concurrence dans la période post-contractuelle en faveur du distributeur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

795. Le régime de la cessation des contrats de distribution en droit colombien soulève des questions qui sont au cœur de l'évolution du droit des contrats. En premier lieu, ces contrats se trouvent au centre de la question de l'aptitude du droit commun des contrats, fondé sur le modèle du contrat-échange à durée instantanée, à appréhender les spécificités des contrats interentreprises de longue durée développés par la pratique au cours du XX^e siècle. Nous avons ainsi pu relever les aspects relatifs à la cessation des contrats de distribution à l'égard desquels le droit commun des contrats montre certaines limites. En second lieu, à l'approche volontariste et libérale du contrat, fondée sur une supposée égalité des parties, fait aujourd'hui contrepoids la reconnaissance de rapports fréquemment inégalitaires entre professionnels. La recherche d'un équilibre objectif et le renforcement du devoir de loyauté tempèrent désormais cette approche. Elle conduit par ailleurs à une intervention accrue du juge ou du législateur. Naturellement, la question la plus délicate a toujours été celle de la pondération de ces principes pour leur application en matière de contrats de distribution. À cet égard, nous avons pu constater l'existence d'un contraste entre une approche protectrice du Code de commerce colombien de 1971 en faveur de l'agent commercial et une approche libérale du législateur, qui ne s'est pas soucié des autres contrats de distribution qui se sont développés en pratique, tels que les contrats de concession commerciale et de franchise. Ce contraste dans l'activité du législateur a donné lieu à l'existence de différents régimes de cessation des contrats de distribution dont la justification a ici été remise en cause. Plus récemment, une tendance de la jurisprudence colombienne à désactiver les mesures protectrices instaurées par le Code de commerce en faveur de l'agent commercial a été constatée.

796. L'instauration d'un régime commun spécial portant sur la cessation des contrats de distribution - qui reposerait sur l'unité de leurs prestations caractéristiques ainsi que sur des éléments structurels communs - peut constituer une réponse à ces difficultés. Ce régime aurait pour vocation à régir les contrats par lesquels une partie, qui agit pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur, ordonne tout ou une partie de son activité à la diffusion stable et continue des produits fournis ou conçus par ce dernier, qui met à sa disposition ses signes distinctifs et fixe, au moins en partie, les conditions de commercialisation des biens ou services offerts. Régime commun, il permettrait de dépasser les inégalités injustifiées à l'égard des

régimes de cessation de ces contrats constatées en droit positif. Régime spécial, il serait composé de règles spéciales qui permettraient de pallier l'inaptitude du droit commun à appréhender certains aspects relatifs à la cessation de ces contrats.

797. Loin de partir d'une approche de protection à outrance du distributeur, ce régime doit prendre en considération les caractères juridiques de ces contrats qui influent sur la période de leur cessation. De même, la liberté contractuelle et la responsabilité des parties restant les principes dans notre matière, l'instauration d'un régime pointilleux est inopportune. Cette liberté peut cependant être tempérée par l'instauration de règles visant la préservation d'un équilibre minimum, ainsi que le renforcement de la loyauté à l'égard des aspects relatifs à leur cessation. En effet, même si dans ces contrats il n'existe pas de déséquilibre consubstantiel, les intérêts opposés concernant les aspects relatifs au moment de leur cessation, ainsi que la fréquente asymétrie des parties en raison notamment de la spécificité de la prestation du fournisseur, font émerger un risque de déséquilibre important. Certes, l'introduction de règles spéciales est discutable lorsque les mécanismes de droit commun ou d'un droit spécial¹⁶⁴⁴, de source législative ou jurisprudentielle, permettent de préserver un certain équilibre contractuel. Cependant, la loi colombienne manque de mécanismes adaptés et la jurisprudence fait preuve de circonspection à cet égard. En outre, la sécurité juridique devant être un atout de ce régime spécial, il est préférable de consacrer des règles dont le contenu est précis au prix d'une certaine rigidité. Nous avons ainsi proposé une intervention limitée du législateur, passant par l'introduction de certaines règles destinées à régir la cessation de ces contrats de distribution - lesquelles ne sont que la concrétisation des devoirs de loyauté et d'équilibre minimum -. Le droit commun des contrats doit rester la base de notre matière (V. liste de propositions).

798. Notre travail reste cependant limité tant une réflexion d'ensemble et sur d'autres aspects doit être menée en droit colombien. Dans le domaine de la distribution, l'étape de formation des contrats de distribution mérite également d'être étudiée, en particulier quant à l'opportunité d'introduire une obligation précontractuelle d'information qui permettrait de faire face à une

¹⁶⁴⁴ P. ex., en droit français, après la réforme des droits des contrats, la doctrine discute l'articulation de l'article 1171 C. civ. fr. avec l'L442-6-I, 2°, voire la possibilité d'éliminer ce dernier. En faveur de l'application cumulative de ces articles D. Fenouillet, *Le juge et les clauses abusives*, *RDC* 2016, p. 358, spéc. n° 53, p. 370 ; X. Lagarde, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174. *Contra* : M. Béhar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le code civil », *JCP* 2016, p. 391. plus nuancé, O. Deshayes, *La formation des contrats*, *RDC* 2016. 28, Hors-série. K. Lafaurie, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453.

asymétrie informationnelle qui peut exister lorsque le distributeur cherche à s'insérer dans un réseau de distribution. De manière plus générale, il conviendrait de réaliser une réflexion sur la nécessité de réformer certains aspects du droit commun des contrats, à l'instar de ce qui a été réalisé en droit français récemment, ou de rédiger un code unifiant le Code civil et le Code de commerce, tel que cela a été fait au Brésil en 2002 ou en Argentine en 2015. Ce serait l'opportunité d'introduire un chapitre portant sur la cessation des contrats de distribution. De même, il est permis de s'interroger sur la question relative à la nécessité d'instaurer des mécanismes légaux qui assurent la préservation de l'équilibre contractuel dans les relations entre professionnels. L'une des interrogations alors posées serait celle de savoir si ces règles doivent être placées dans le droit commun des contrats ou dans un droit transversal relatif, par exemple, aux pratiques déloyales entre professionnels. C'est qui est certain, c'est qu'une règle ainsi instaurée ne serait pas suffisante pour répondre à la question posée. D'autres dispositifs sont toutefois nécessaires qui, au-delà des relations individuelles, permettraient d'atteindre plus facilement cet objectif sur le plan de l'ensemble des relations de distribution. En effet, le « facteur crainte »¹⁶⁴⁵ qui empêche un contractant de déclencher une action contre son cocontractant, au risque de voir son rapport terminer, doit conduire à la recherche de mécanismes dissuasifs et préventifs. D'autres mesures doivent être envisagées, telles que des actions collectives ou à l'initiative d'une autorité publique, voire la création d'une commission des pratiques commerciales comme en France, ou encore la sanction par la voie d'amendes ou de la mise en œuvre de la responsabilité civile.

799. De plus, nous devrions nous interroger sur l'instauration de règles spéciales relatives aux distributeurs-personnes physiques (ou personnes morales caractérisée par l'activité d'une personne physique prédominante) qui exercent leurs activités en étant placées dans une situation de dépendance économique à l'égard du fournisseur. Enfin, certainement l'influence du droit des restrictions verticales sur le régime des contrats de distribution devrait être plus

¹⁶⁴⁵ C'est le terme utilisé par la Commission européenne pour exprimer la situation d'une partie plus faible dans une relation commerciale dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire qui redoute que le fait d'entamer une procédure judiciaire amène la partie plus forte à mettre un terme à la relation commerciale V. « Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises COM/2014/0472 final).

importante à l'avenir¹⁶⁴⁶. En effet, si depuis 2012 les décisions de l'autorité de la concurrence colombienne montrent une tendance vers l'application de la règle de raison, elle en est encore à ses débuts. D'autre part, tel que cela a été dénoncé par la doctrine, les indications sur les méthodes d'analyse de marché et les données économiques utilisées ne sont pas claires¹⁶⁴⁷. Le développement du droit des restrictions verticales devrait ouvrir la voie à une étude sur ce sujet.

800. Sous tous ces rapports, le droit français sera toujours un référent qui permettra d'enrichir les discussions en droit colombien.

¹⁶⁴⁶ D'autant plus en raison de l'entrée prochaine de la Colombie à l'OCDE, organisme qui a adopté un certain nombre de recommandations et de bonnes pratiques, non contraignantes, sur le droit et la politique de la concurrence.

¹⁶⁴⁷ A. Miranda Londoño, « La regla de la razón y la regla *per se* en el derecho colombiano », in *¿Regla per se y regla de la razón ? Interpretación de las normas de la competencia*, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 185.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

FRANCE

ANCEL (M.-E), DEUMIER (P.) et LAAZOUZI (M.), *Droits des contrats internationaux*, Sirey, 2017.

ANDRÉ (M.-E.), DUMONT (M.-P.), GRIGNON (Ph.), *L'après-contrat*, Éditions Francis Lefebvre, 2005.

AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 11^e éd., LGDJ, 2017.

BÉNABENT (A.)

- *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, 2016.

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e, LGDJ, 2017.

BLAISE (J.-B.) et DEGORGES (R.), *Droit des affaires*, 9^e éd., LGDJ, 2017.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)

- *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. I. 13^e éd., Dalloz, 2015.

- *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II. 13^e éd., Dalloz, 2015.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2017.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et JAMIN (Ch.), *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2011.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat, Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LGDJ, 2017.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017.

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, 5^e éd., Francis Lefebvre, 2017.

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2017.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. II., LGDJ, 1957.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., LGDJ, 2015.

COLOMBIE

ALPINIANO (J.), *Derecho económico de los contratos*, Editorial ABC, Bogotá, 2001.

ARRUBLA PAUCAR (J.)

- *Contratos mercantiles, contratos típicos*, 13^e éd., Legis, Bogotá, 2012.

- *Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil*, 3^e éd., Legis, Bogotá, 2013.

BONIVENTO FERNÁNDEZ (J.), *Los principales contratos civiles y mercantiles*, T. II, 8^e éd., Librería del Profesional, Bogotá, 2009.

ESCOBAR SANÍN (G.), *Negocios civiles y comerciales I, Negocios de sustitución*, 2^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

GARCÍA MUÑOZ (J.), *Derecho económico de los contratos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.

GÓMEZ MEJÍA (J.), *Contratos comerciales*, Ediciones Ananké, Bogotá, 1980.

GUTIÉRREZ GAVIRIA (E.)

- *Lecciones de derecho comercial*, 3^e éd., Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 1989.

- *Derecho comercial*, Editorial Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1981.

HINESTROSA (F.)

- *La representación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

- *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : El negocio jurídico II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

NARVÁEZ (J.), *Introducción al derecho mercantil*, 3^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1979.

OSPINA FERNÁNDEZ (G.) et OSPINA ACOSTA (E.), *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^e éd., Temis, Bogotá, 2014.

OSPINA FERNÁNDEZ (G.), *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, Bogotá, 2008.

PEÑA (L.), *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 4^e éd., Temis, Bogotá, 2012.

PÉREZ (A.), *Teoría general de las obligaciones, mise à jour par A. Tamayo*, V. III, T. II, Doctrina y Ley, Bogotá, 2012.

REYES VILLAMIZAR (F.)

- *Transformación, fusión y escisión de sociedades*, Temis, Bogotá, 2000.

- *Derecho societario*, reimpr. 2^e éd., Temis, Bogotá, 2011.

TAMAYO LOMBANA (A.), *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7^e éd., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2008.

URIBE HOLGUÍN (R.), *De las obligaciones y de los contratos en general*, 2^e éd., Temis, Bogotá, 1982.

VALENCIA ZEA (A.) et ORTIZ MONSALVE (A.), *Derecho civil, De las obligaciones*, T. III, 9^e éd., Temis, Bogotá, 2004.

AUTRES PAYS

BIANCA (M.), *Derecho civil, El contrato*, (trad. F. Hinestrosa et E. Cortés), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CENDON (P.) (sous dir.), *Commentario al codice civile, artt. 1703-1765*, Giuffrè Editore, Milan, 2009.

COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, LGDJ, 2013.

DE NOVA (G.), LEO (C.) et VENEZIA (A.), *Il franchising*, IPSOA, Milan, 2004.

RESCIGNO (P.) (sous dir.), *Codice civile, T. I (art. 1-1753)*, 7^e éd., Giuffrè Editore, Milan, 2008.

ROPPO (V.), *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milan, 2001.

OUVRAGES SPÉCIAUX

FRANCE

BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996.

- BUY (F.), LAMOUREUX (M.) et RODA (J.-Ch.), *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.
- COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd. Dalloz, 2015.
- DISSAUX (N.) et LOIR (R.), *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.
- FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 8^e éd., LexisNexis, 2017.
- GRIMALDI (C.), MÉRESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, LexisNexis, 2017.
- LE TOURNEAU (Ph.)
- *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Coll. Droit et Professionnels, Litec, 2007.
 - *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010.
- LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 3^e éd., Delmas, 2004.
- MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2016.
- MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3^e éd., 2015.
- MOUSSERON (J.-M.) et al., *Droit de la distribution*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1975.
- SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991.
- VIRASSAMY (G.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Traité des contrats, Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999.

COLOMBIE

- BONIVENTO JIMÉNEZ (A.), *Los contratos de intermediación*, 2^e éd., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999.
- CÁRDENAS (J.P.), *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1984.
- CARDOZO (J.), *La agencia mercantil en el derecho mercantil colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973.
- LÓPEZ GUZMÁN (F.), *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*, 2^e éd. Temis, 2008.
- VALLEJO GARCÍA (F.), *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999.

AUTRES PAYS

- BALDI (R.) et VENEZIA (A.), *Il contratto di agenzia : la concessione di vendita, il franchising*, 8^e éd., Giuffrè, Milan, 2008.

- BORTOLOTTI (F.) (sous dir.), *Contratti di distribuzione*, Wolters Kluwer, Milan, 2016.
- DE THEUX (A.), *Le statut européen de l'agent commercial, Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992.
- GHEZZI (G.), *Del contratto di agenzia (art. 1742-1753), Commentario del codice civile*, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna.
- GONZÁLEZ-ORÚS (M.), *Los contratos de distribución. Extinción : problemática y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- MIRFAKHRAEI (K.), *Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive*, Université de Genève, Schulthess, 2014.
- NERVI (A.), *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Coll. Studi di diritto privato, Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- PARDOLESSI (R.), *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979.
- SANZ (F.), *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2^e éd., Civitas, Madrid, 1998.

THÈSES

- AMIÉL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995.
- ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002.
- AUGUET (Y.), *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000.
- AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. Alain Ghazi, PUAM, 2002.
- AYNÈS (A.), *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005.
- AYNÈS (L.), *La cession du contrat*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984.
- BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, Panthéon-Assas, 2014.
- BLANC-JOUVAN (G.), *L'après-contrat*, préf. P.-Y. Gautier, PUAM, 2003.
- BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. Gautier, PUAM, 2003.
- BRES (A.), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, préf. J. Raynard, Litec, 2009.

- CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990.
- CASEAU-ROCHE (C.), *Les obligations post-contractuelles*, thèse dactyl., Paris 1, 2001.
- CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat*, préf. X. Lagarde, PUAM, 2006.
- CATONI (J.) *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, préf. J. Gauthier, Sirey, 1970.
- CHÉNEDÉ (Fr.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.
- CHONÉ (A.-S.), *Les abus de domination essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010.
- DE BOÛARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. Viney, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007.
- DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. F. Collart Dutilleul et G. Martin, Harmattan, 1997.
- DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, préf. I. Urbain-Parléani, T. I., PUAM, 2014.
- DILOY (C.), *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, préf. L. Peyrefitte, LGDJ, 2000.
- DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. Ch. Jamin, LGDJ, 2007.
- ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, préf. D. Ferrier, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.
- ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, préf. Th. Revet, LGDJ, 2008.
- FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.
- FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002.
- FOURNIER (F.), *L'agence commerciale, Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, préf. D. Ferrier, 2^e éd., Litec, 2005.
- GALBOIS (D.), *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, thèse, Panthéon-Assas, 2018.
- GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, LGDJ, 1996.

- GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.
- GRIGNON (Ph.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, préf. D. Ferrier et J.M. Mousseron, Litec, 2000.
- HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Economica, 2012.
- HEINICH (J.), *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2015.
- HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012.
- JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016.
- L'HÔTE (D.), *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse, Nancy 2, 2002.
- LE BESCOND DE COATPONT (M.), *La dépendance des distributeurs*, préf. G. Chantepie, Institut Universitaire Varenne, 2016.
- LE GAC-PECH (S.), *Le principe de proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000.
- LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.
- LICARI (F.-X) , *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, Litec, 2002.
- LUCAS-PUGET (A.S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005.
- MAYER (H.), *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968.
- MEGNIN (S.), *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, préf. E. Jayme, Litec, 2003.
- NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Paris, 1967.
- OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1968,
- PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996.
- PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.
- RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, préf. Y. Picod, Institut Universitaire Varenne, 2014.
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- ROJAS (D.), *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, Étude comparée, critique et prospective*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017.
- SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997.
- SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, préf. J.-M. Mousseron, Sirey, 1970.
- SEYSEN-GUÈRIN (D.), *Le contrat de distribution international*, thèse dactyl., Paris 11, 2001.
- SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, préf. F. Bussy, PUAM, 2003.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.
- THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.
- TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012.
- TRUONG (C.), *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, préf. Ph. Fouchard, Litec, 2002.
- VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986.

MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- CASTRO DE CIFUENTES (M.), *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004.
- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- DESHAYES (O.), GENICON (Th.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016.

HESSELINK (M.), RUTGERS (J.), BUENO DÍAZ (O.), SCOTTON (M.) et VELDMAN (M.), *Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts*, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, Berna, 2006.

JOSSERAND (V. L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939.

LÓPEZ MEDINA (D.), *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 2004.

RENGIFO (E.), *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Legis, Bogotá, 2014.

VOGEL (L.) (sous dir.), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Droit Global Law, Éd. Panthéon-Assas, 2011.

RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES

BUCHER (C.-E.), J.-Cl. concurrence-consommation-, fasc. 110 : Clause de non-concurrence. – Notion – Généralités », LexisNexis, 2017.

ETIENNEY (A.), J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 176, 2012.

LE TOURNEAU (Ph.) et Krajewski (D), « Contrat “ Intuitu personae ” », J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 200 : LexisNexis, 2016.

LE TOURNEAU (Ph.), « Concession exclusive », J.-Cl. Contrats-distribution, fas. 1025, LexisNexis, 2015.

LE TOURNEAU (Ph.), « Mandat », *Rép. Civ.* Dalloz, 2017.

ARTICLES

FRANCE

ALMEIDA (M.), « Regards croisés sur les projets de règles relatives à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC* 2010, n° 29, p. 863 et s.

AMIEL-DONAT (J.), « La légitimité de la clause de non-concurrence », *CCC* 1992, juill., p. 2 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2003, p. 369 et s.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s.

ANDRÉ (M.-E.), « *L'intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 23 et s.

AUBRY (H.), « La franchise et les modèles concurrents », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., n° 9 et s.

AUGUET (Y.). « Au nom de la cause ; vive la généralisation du critère de proportionnalité », *Dr. et patr.* 2001, mars, p. 33 et s.

AUQUE (F.), « La commission-affiliation », *AJDI* 2001, p. 1059 et s.

AYNÈS (L.)

- « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, p. 25 et s.

- « Le devoir de négocier », *RJ. com.* 1999, p. 17 et s.

- « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (D. Mazeaud et Ch. Jamin sous dir.), Economica, 1999, p. 3 et s.

- « La circulation du contrat », *LPA*, 4 mai 2000, p. 62 et s.

- « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit* 44 (2000), p. 195 et s.

- « Motivation et justification », *RDC* avril 2004, p. 555 et s.

- « L'imprévision en droit privé », *RJ. com.* 2005, p. 397 et s.

- « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, Hors-Serie, p. 14 et s.

- « Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge », *Revue de jurisprudence commerciale* 2017, mars-avril, p. 1 et s.

- « La question de la détermination du prix », in *Le contrat-cadre de distribution : enjeux et perspectives*, *Cah. dr. entr.*, 1997, Suppl. 3/4, p. 17 e s.

BEAUCHARD (J.)

- « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 5 janv. 1998, p. 14 et s.

- « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 37 et s.

- « Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ? », in *La protection du franchisé au début du XXIe siècle* [N. Dissaux et R. Loir sous dir.], L'harmattan, 2009, p. 261 et s.

BECQUE (Ph.), « Les clauses de quota dans les contrats de concession exclusive », *Cah. Dr. entr.* 1985/4, p. 21 et s.

BÉNABENT (A.)

- « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117 et s.
- « Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire », *LPA* 7 décembre 1990, n° 147, p. 21 et s.
- « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245 et s.

BENSOUSSEN (M.), « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., p. 14 et s.

BENSOUSSEN (H.), « La clientèle « au » franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001, p. 2498 et s.

BLAISE (J.-B.), « Comment configurer un réseau de distribution aujourd'hui », in *Colloque, Réseau de distribution et droit de la concurrence, Concurrences*, n° 1, 2012.

BLANC (N.), « Les juges et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394 et s.

BOURGEN (C.), « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, p. 109 et s.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Rev. int. dr. écon.*, n° 3, 2001, p. 339 et s.

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 et s.

BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron., p. 1 et s.

BUHAGIAR (T.), « Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive », *JCP CI*, 1975, II, 11636.

BUREAU (D.) et Molfessis (N.), « Les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 25 déc. 1995, p. 11 et s.

BURST (J.J.), « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.*, 17 mars 1983, suppl. n° 1, p. 23 et s.

BUY (F.), « Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », *D.* 2015, p. 1902 et s.

CABRILLAC (M.)

- « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », *D.* 1964, chron., p. 181 et s.
- « Remarques sur la théorie général du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

CABRILLAC (R.)

- « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 235 et s.
- « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 771 et s.

CATALA (P.)

- « À propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 512 et s.
- « La renégociation des contrats », in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 91 et s.

CEDRAS (J.), « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265 et s.

CELAYA (M.), « Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoisement » in *La franchise : questions sensibles*, *RLDA* 2012, suppl. n° 73, p. 40 et s.

CHAGNY (M.), « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.* 2011, p. 392 et s.

CHAMPAUD (Cl.)

- « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451 et s.
- « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD com.* 1967, p. 1003 et s.

CHAUVIRÉ (Ph.), « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, p. 29 et s.

CHÉNEDÉ (F.), « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 215 et s.

CLAUDEL (E.), « La protection du contractant vulnérable en droit de la concurrence : une approche pragmatique », in *Les droits du contractant vulnérable* (S. Le Gac-Pech), Larcier, 2016, p. 83 et s.

COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 517 et s.

CONSTANTIN (A.)

- « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (1^{re} partie) », *LPA*, 14 sept. 1998, p. 9 et s.

- « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (suite et fin) », *LPA*, 16 sept. 1998, p. 17 et s.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 211 et s.

DE BROSSES (A.), « Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies », *Dr. et Patr.*, juin 2003, p. 116 et s.

DE COCKBORNE (J.-E.), *Les accords de franchise au regard du droit communautaire de la concurrence*, *RTD eur.* 1989, p. 181 et s.

DEPINCÉ (M.), « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259 et s.

DIDIER (P.), « À propos du contrat de concession : la station-service », *D.* 1966, chron., p. 13 et s.

DISSAUX (N.)

- « La commission-affiliation : un monstre juridique », *RTD com.* 2011, p. 33 et s.

- « Propos orthodoxes sur l'indemnité de clientèle du distributeur évincé », *D.* 2012, p. 2862 et s.

- « Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre », *D.* 2015, p. 496 et s.

DUBERTRET (M.), « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. soc.* 2006, p. 721 et s.

DUBISSON (M.), « Les caractéristiques juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », *DPCI* 1984, p. 298 et s.

FABRE-MAGNAN (M.)

- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « Le changement des circonstances », *RDC* 2004, p. 67 et s.
- « L'ordre public », in « 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473 et s.

FERRIER (D.)

- « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence », *Cah. dr. entr.* 1983/1 (supplément), p. 21 et s.
- « Les apports au droit commun des obligations », *RTD com.* 1997, p. 49 et s.
- « La considération juridique du réseau » in *Mélanges Christian Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 95 et s.
- « Une obligation de motiver », *RDC* 2004, p. 558 et s.
- « L'achat pour revendre : un contrat méconnu », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presse Universitaires de Nancy, 2009, p. 179 et s.
- « L'information du candidat à la franchise la loi Doubin : bilan et perspectives », in *La protection du franchisé au début du XXI siècle* (N. Dissaux et R. Loir sous dir.), Harmattan, 2009, p. 77 et s.
- « Requalification d'un commissionnaire affilié en agent commercial : épilogue » *D.* 2009. p. 1942 et s.
- « La consécration du contrat-cadre : de la reconnaissance à la méconnaissance », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 459 et s.

FERRIER (N.)

- « Évolution de la politique du réseau et intangibilité contractuelle », *Journal des sociétés*, n° 99, juin 2012, p. 40 et s.
- « Les clauses usuelles dans les contrats de distribution à l'aune des réformes récentes », *RJ com.* 2016, p. 682 et s.
- « La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ? », *Revue de l'Institut de droit des affaires internationales*, n° 3, janv. 2016, p. 16 et s.
- « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé, 6^e journées franco-allemandes* (G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeaud sous dir.), Société de Législation Comparée, 2016, p. 173 et s.
- « Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires du commerce », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 471 et s.

- « La prévention du grief de rupture brutale d'une relation commerciale établie par le contenu du contrat », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5o du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, T. 35, Collection actualités de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2018, p. 45 et s.

FLOUR (J.), Aubert (J.-L.), Flour (Y.) et Savaux (E.), « La cession de contrat », *Deffrénois*, 15 juillet 2000, p. 811 et s.

FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long-terme », in *Études offertes à Roger Houin*. Dalloz-Sirey, 1985, p. 263 et s.

FOURGOUX (J.-L.), « Le préavis au vu des risques du marché : Quel délai ? Quelles répercussions sur le marché ? », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5o du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, T. 35, Collection actualités de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2018, p. 65 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *RJDA* 1996, p. 3 et s.

GASTINEL (E.), « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles - Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 197 et s.

GAUTIER (P.-Y.)

- « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 130 et s.

- « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2006, p. 610 et s.

- « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 nov. 2012, p. 49 et s.

GENICON (Th.)

- « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales Association Henry Capitant, T. XVI, 2012, Dalloz, p. 85 et s.

- « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010, p. 2485 et s.

GHESTIN (J.), « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly et Litec, Paris, 1991, p. 105 et s.

- GHOZI (V. A.) et Lequette (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609 et s.
- GOLDIE-GENICON (Ch.), « *Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?* » *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 51 et s.
- GOMY (M.), « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 1999 et s.
- GRIGNON (Ph.), « *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution* », in *Mélanges offerts à Michel Cabrillac*, Litec, 1999, Paris, p. 127 et s.
- GRIMALDI (C.), « L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution – Rapport introductif », *RDC* 2015, p. 986 et s.
- « Le pacte de préférence et le notaire après la réforme du droit des contrats », *Défrenois*, 30 oct. 2016, p. 1067 et s.
- HASSLER (Th.), « L'intérêt commun », *RTD civ.* 1984, p. 581 et s.
- HÉRMARD (J.), « *Les agents commerciaux* », *RTD com.* 1959, p. 573 et s.
- HOVASSE (H.), « Fusion et contrats conclus intuitu personae », *JCP E* 2006, p. 1669 et s.
- HUET (J.), « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Mélanges Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311 et s.
- HUHTAMAKI (M.), « Protection contractuelle des distributeurs - Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil », *RDC* 2008, p. 949 et s.
- JAMIN (Ch.)
- « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996. I., 3959.
- « Nouvelles précisions sur le régime juridique de la résiliation des contrats de concession commerciale », *D.* 1998, p. 413 et s.
- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 C. civ. », *Dr. et Patr.*, 1998, p. 55 et s.
- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (Ch. Jamin et D. Mazeaud sous dir.), Economica, 1999, p. 71 et s.
- « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé* (M. Fontaine et G. Viney), Bruylant, LGDJ, 2001, p. 451 et s.

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.
- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003, chron., p. 2878 et s.
- JARROSSON (Ch.), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s.
- LAGARDE (X.), « La motivation des actes juridiques », in *Travaux de l'Association Capitant, La motivation*, 2000, p. 73 et s.
- LAITHIER (Y.-M.), « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, chron. p. 1003 et s.
- LAUDE (A.), « La non-continuation des contrats dans les procédures collectives », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 109 et s.
- LAURENT (P.), « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* 8 mars 2000, p. 6 et s.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Ouverture », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 153 et s.
- LEGAC-PECH (S.), « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005, p. 223 et s.
- LELOUP (J.-M.)
 - « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 52 et s.
 - « Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup », *Colloque la franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl., p. 17 et s.
 - « La place de la clientèle aujourd'hui », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, p. 74 et s.
- LEQUETTE (Y.)
 - « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de Droit privé*, Economica, 2008, p. 247 et s.
 - « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 271 et s.
 - « Ouverture », *Colloque sur les mutations de l'ordre public contractuel, RDC* 2012, p. 262 et s.

- « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 877 et s.

LEQUETTE (S.), « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148 et s.

LEVENEUR (L.), « Table Ronde, Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? » *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 54 et s.

LIBCHABER (R.)

- « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437 et s.

- « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s.

LICARI (F.-X)

- « La notion d'agent commercial et l'indemnité de fin de contrat dans la jurisprudence récente de la CJCE », *RLDC*, juillet-août 2006, p. 5 et s.

- « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDA* 2007, n° 785, p. 93 et s.

MAINGUY (D.) RESPAUD (J.-L.), « À propos du contrat de "commission-affiliation" », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 761 et s.

MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165 et s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), « La cessation des contrats de distribution automobile », *DPCI* 1992, n° 4, p. 569 et s.

MANTILLA (F.), « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien », *RDC*, 2010, p. 1047 et s.

MARARAIS (A.), « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 2 oct. 2002, p. 7 et s.

MATHEY (N.), « Le distributeur d'abonnements téléphoniques n'est pas un mandataire d'intérêt commun », *CCC* 2011, comm. 190.

MAYMON-GOUTALLOY (M.), « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.* 1982, p. 532 et s.

MAZEAUD (D.)

- « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1991, p. 15 et s.
- « La protection par le droit commun des contrats », in *Les clauses abusives entre professionnels, Études juridiques*, sous la dir. de Ch. Jamin et de D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 35 et s.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603 et s.
- « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile », *D.* 2002, p. 2841 et s.
- « Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière ! », *D.* 2002, p. 2842 et s.
- « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129 et s.
- « La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005, p. 4 et s.
- « Le juge et le contrat (Variations optimistes sur un couple illégitime) », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 et s.
- « Rupture abusive et maintien du contrat » *RDC* 2005, p. 99 et s.
- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de Droit privé*, Economica, 2008, p. 325 et s.
- « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178 et s.
- « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905 et s.
- « Sur les standards », *Revue d'Assas*, févr. 2014, n° 9, p. 35 et s.

MEKKI (M.), « Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G* 2010, doct. 1257, p. 2350 et s.

MESTRE (J.)

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100 et s.
- « Des relations post-contractuelles », *RTD Civ.* 1987, p. 311 et s.

- « Les clauses d'avenir », in *Les principales clauses de contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101 et s.
- « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 99 et s.
- MOLFESSIS (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, 1415.
- NÉRON (S.), « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 19 sept. 2011, doct. p. 1663 et s.
- OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Journal du droit international (Clunet)*, 101, 1974, p. 794 et s.
- OUDIN (M.), « La transmission des contrats de distribution », *RTD com.* 2011, p. 447 et s.
- PAILLUSSEAU (J.), « Les groupes de sociétés », *RTD com.* 1972, p. 813 et s.
- PARLEANI (G.), « Les clauses d'exclusivité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 55 et s.
- PELLETIER (C.), « Article 1126 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », in *Dossier projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC 2015, p. 788 et s.
- PENIN (O.), « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, étude 9, août 2017, p. 11 et s.
- PÉRÈS (C.), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, p. 454 et s.
- PÉROCHON (Fr.), « L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987 », *Cah. dr. entr.* 1987/6, p. 4 et s.
- PETIT (S.), « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 18 septembre 2008, p. 33 et s.
- PICHONNAZ (P.), « Le contrat de franchise : état de son évolution », *La pratique contractuelle* (P. Pichonnaz et F. Werro sous dir.), n° 3, 2012, Shulthess, Zurich, p. 48 et s.
- PICOD (Y.)
 - « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1987, 1, 3318.
 - « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 57 et s.

- « *L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle* », *JCP E*, 1994, I, 349.

PIGASSOU (P.), « La distribution intégrée », *RTD com.* 1980, p. 478, p. 473 et s.

PIMBERT (A.), « Le mandat d'intérêt commun », in *Le mandat en question* (B. Remy sous dir.), Bruylant, 2013, p. 192 et s.

PLANTAMP (D.), « L'intérêt commun dans les contrats de distribution », *Actualité législative Dalloz* 1990, p. 177 et s.

PRIETO (C.), « Évènements affectant la personne de la société contractante », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1996, p. 81 et s.

PUIG (P.)

- « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le monde du droit, écrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 834 et s.

- « Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?, Rapport de synthèse », in *Colloque existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ? LPA*, 28 novembre 2012, n° 238, p. 56 et s.

RAYNARD (J.)

- « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles de distribution* », PUAM, 1997, p. 179 et s.

- « *La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution* », *Cah. dr. entr.* 2005, n° 3, p. 30 et s.

- « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ; des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597 et s.

RESPAUD (J.-L.), « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé ». *Cah. dr. entr.* 2002, n° 5, p. 19 et s.

RENET (Th.)

- « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, p. 37 et s.

- « Clientèle civile », *RTD civ.* 2001, p. 167 et s.

- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 579 et s.

- « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *RDC* 2015, p. 1005 et s.

RIPERT (G.), « Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce », *Dalloz recueil hebdomadaire*, 1939, p. 1 et s.

Roche-Dahan (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255 et s.

ROCHFELD (J.)

- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 753 et s.

- « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (P. Remy-Corlay et D. Fenouillet), Dalloz, 2003, p. 213 et s.

- « Les modes temporels d'exécution du contrat », in *Durée et contrat*, *RDC*, 2004, p. 47 et s.

- « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, n° 21, p. 113.

ROLAND (H.), « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 737 et s.

ROUBIER (P.), « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.* 1948, p. 578 et s.

ROUHETTE (G.), « Préface », Colloque sur la réforme du droit français des contrats en droit positif, *RDC* 2009, p. 265 et s.

SAVAUX (E.)

- « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1057 et s.

- « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 4 et s.

SERRA (Y.)

- « La validité de la clause de non-concurrence », *D.* 1987, chr., p. 114 et s.

- « La clientèle », *Dr. et patr.* 1996, juill.-août, p. 64 et s.

- « Droit du marché et droit commun des obligations - Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.* 1998, p. 7 et s.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- « Les clauses abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français* (C. Prieto sous dir.), PUAM, 2003, p. 273 et s.

- « L'après-contrat », *RDC* 2004, p. 159 et s.

- « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in *Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, LGDJ, 2005, p. 177 et s.

- « La réforme en pratique – La résiliation pour imprévision », *AJCA* 2015, p. 262 et s.

TALLON (D.), « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 403 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

THRÉARD (J.), « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », *RTD com.* 1972, p. 537 et s.

TIQUANT (O.), « Les obstacles à la sortie du réseau : réflexions autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle », in *La franchise : questions sensibles, RLDA*, juillet-août 2012, suppl. n° 73, p. 45 et s.

TRICOT (D.), « Réformer ? Propos conclusif », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale, Application de l'article L. 442-6, I, 5o du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, T. 35, Collection actualités de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2018, p. 161 et s.

VABRES (R.), « La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation », *RTD com.* 2011, p. 215 et s.

VIANDIER (A.), « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, T. II, Litec, 1998, p. 193 et s.

VIDAL (D.), « Les clauses de non-concurrence » in *Les principales clauses de contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 83 et s.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.), « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *CCC* 1991, août-septembre, p. 2 et s.

VOGEL (L.), « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 855 et s.

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat » in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151 et s.

WITZ (C.), « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet sous dir.), 2003, Dalloz, p. 175 et s.

ZENATI (F.), « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.* 1991, p. 560 et s.

COLOMBIE

ANGULO MARTÍNEZ (J.), « La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia: barrera para el comercio transfronterizo », in *Estudios de derecho privado, Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, T. I. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 15 et s.

ARRUBLA PAUCAR (J.), « Propuesta para la regulación de la agencia comercial », in *Derecho comercial colombiano*, Colegio de Abogados de Medellín, Medellín, 1985, p. 311 et s.

BERNAL SANÍN (I.) , « El suministro : un contrato y también una realidad comercial », *Revista Foro del Jurista*, n° 16, Cámara de comercio de Medellín, Medellín, 1995, p. 119 et s.

BONIVENTO JÍMENEZ (J.), « Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano », in *Estudios de derecho privado, Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* [A. Venegas, J. P. Cárdenas. F. Mantilla sous dir.], T. I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 108 et s.

BOTERO (L.), « Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano », in *La terminación del contrato* (J. Gaitán et F. Mantilla sous dir.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 365 et s.

CAMACHO (A.) et TERNERA (F.), « La terminación unilateral extraordinaria del contrato: muertes especiales de los contratos », *Revista de Derecho*, n° 40, juill.-déc., Universidad del Norte, 2013, p. 30 et s.

CAMACHO LÓPEZ (M.), « El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia » *Revista E-mercatoria*, n° 7 (2), dic. 2008, Universidad Externado de Colombia, p. 54 et s.

CÁRDENAS (J.P.), « Contratos de intermediación 2012, contrato de agencia comercial » in *Conmemoración de los 40 años del Código de comercio*, T. II, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2013, p. 55 et s.

CASTRO DE CIFUENTES (M.)

- « Derecho de retención » in *Derecho de las obligaciones*, T. II., V. I., Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 568 et s.

- « Imposibilidad de ejecución », in *Derecho de las obligaciones* (M. Castro de Cifuentes sous dir.), T. II., V. II., Universidad de los Andes, 2010, p. 487 et s.

CORCHUELO (C.), « Teoría de la imprevisión », in *Derecho de las obligaciones* (M. Castro de Cifuentes sous dir.), T. I., Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 439 et s.

CORTÉS (E.) « La rupture du contrat - Rapport colombien », in *Le contrat*, Trav. Ass. Henri Capitant, Journées brésiliennes, T. LV, Société de Législation comparée, 2008, p. 781 et s.

DE GREIFF (G.), « Reflexiones sobre el contrato de agencia mercantil », *Derecho colombiano*, T. XLVIII, nov. 1983, p. 403 et s.

FRANCO ZARATE (J.), « La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil », *Revista de Derecho Privado*, n° 23, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 245 et s.

GARCÍA (A.), « Contrato de agencia mercantil », *Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia*, Vol. XXXII, n° 83, mars 1973, p. 55 et s.

GUTIÉRREZ GAVIRIA (E.), « El contrato de agencia mercantil », *Foro del jurista*, n° 1, sept. 1986, p. 3 et s.

HINESTROSA (F.), « Función, límites y cargas de la autonomía privada », *Revista de Derecho Privado*, n° 26, janvier – juin, 2014, p. 5 et s.

HURTADO (J.), « La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolución del concepto de orden público. La renunciabilidad de la mal llamada cesantía comercial », *Revista Dikaion*, vol. 21, juin 2012, p. 266 et s.

LÓPEZ ÁLVAREZ (A.L.), « El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos », *Revista E-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, v. 10, n° 1, 2011, p. 1 et s.

MANTILLA (F.) et TERNERA (F.)

- « Las normas jurídicas de resolución de los contratos en el ordenamiento colombiano », *Revista Foro Derecho Mercantil*, n° 8, jull-sept, 2005, p. 87 et s.

- « Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato », in *Los contratos en el derecho privado* (F. Mantilla et F. Ternera sous dir.), Universidad del Rosario, 2007, Bogotá, p. 322 et s.

MANTILLA (F.), « La cesión de contrato », in *Los contratos en el derecho privado* (F. Mantilla et F. Ternera sous dir.), 2^e réimpr., Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 435 et s.

MARTÍNEZ NEIRA (N.) , « Su majestad : la autonomía de la voluntad », *Ambito jurídico*, 17 nov. 2011

MARTÍNEZ NEIRA (N.) et RESTREPO (J.C.) « Agencia comercial : una renovada visión de la corte », *Ámbito jurídico*, n° 19, 6 juin 2005, p. 7B.

MENDIETA (J.), « Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial » *Revista E-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, v. 5, n. 1, 26 jun. 2006, p. 120 et s.

MOLINA (R.)

- « La terminación unilateral del contrato *ad nutum* », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 10, 2006, p. 125 et s.

- « La terminación unilateral del contrato por incumplimiento », *Revista de Derecho Privado*, n° 17, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 77 et s.

MOYA SUÁREZ (J.), « Agencia internacional : armonización de los regímenes nacionales como condición para la competencia », in *Derecho internacional de los negocios, Alcances, Homenaje a Fernando Hinestrosa 1963-2003* (A. Zapata sous dir.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 131 et s.

NAVIA ARROYO (F.), « La terminación unilateral del contrato en derecho privado », *Revista de Derecho Privado*, n° 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 35 et s.

NEME VILLAREAL (M.), « El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano », *Revista de Derecho Privado*, n° 11, 2006, Universidad Externado de Colombia, p. 79 et s.

ORTEGA JARAMILLO (M.), « Algunas reflexiones sobre el contrato de agencia comercial », in *La distribución comercial en un mercado global*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2013, p. 15 et s.

ORTIZ (I.), « Los pactos de exclusividad en derecho colombiano », *Revista Derecho Competencia*, n° 11, Bogotá, 2015, p. 19 et s.

OVIDEO ALBÁN (J.), « La ley aplicable a los contratos internacionales », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 10, n° 21, 2012, p. 117 et s.

PADILLA (J.), RUEDA (N.) et ZAFRA (M.), « Labor creadora de la jurisprudencia de la Corte de Oro. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas », *Revista de Derecho Privado*, n° 26, 2014, Universidad Externado de Colombia, p. 105 et s.

PÉREZ VIVES (A.), « Intermediación o contratos comerciales », *Comentarios al código de comercio* (D. Guzmán sous dir.), V. I., Colegio Antioqueño de Abogados, 1980, p. 227 et s.

POSADA (C.), « Las cláusulas abusivas en los contratos d'adhésion en el derecho colombiano », *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 29, juill.-déc., 20015, p. 141 et s.

RENGIFO (E.), « El contrato de concesión comercial », *Derecho de la distribución comercial, Homenaje a Hernán Vallejo Mejía* », El navegante editores, Bogotá, 1995, p. 85 et s.

ROCHA ALVIRA (A.), « El derecho de retención ante las legislaciones colombiana y francesa », *Revista Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, n° 241-242 (sept.-oct. 1936), p. 528 et s.

SANABRIA GÓMEZ (A.), « La resolución en el derecho colombiano », in *La terminación del contrato* (F. Mantilla et J. Gaitán sous dir.), 2007, Legis, p. 139 et s.

SUESCÚN MELO (J.)

- « Comentarios sobre el contrato de agencia comercial », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. II. 2^e éd., Legis, Bogotá, 2003, p. 415 et s.

- « La nulidad por indeterminación del objeto. Medio de protección del más débil », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. I., 2^e éd. Legis, 2003, p. 107 et s.

- « Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial y de algunos de sus efectos », in *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T. 2, Legis, 1996, 2003, p. 447 et s.

TORRES JIMÉNEZ (A. M.), « Inexistencia de la agencia mercantil en la comercialización de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones entregados en concesión por el Estado », *Revista de Derecho Privado*, n° 43, 2010, Universidad de los Andes, Bogotá, p. 3 et s.

UMAÑA TRUJILLO (C.), « El arbitraje y la agencia mercantil : los efectos de los laudos arbitrales frente a las normas sobre agencia mercantil », in *El contrato de arbitraje* (E. Silva Romero y F. Mantilla), Legis, Bogotá, 2005, p. 453 et s.

ZAPATA (A.)

- « El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia », in *Derecho Internacional de los Negocios* (A. Zapata sous dir.) , T. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 33 et s.

- « Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia », *Ámbito jurídico*, 17 janvier 2012.

- « La ley aplicable al contrato internacional », in *Teoría general del derecho internacional privado* (L. García et A. Aljure sous dir.), Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 189 et s.

ZULETA JARAMILLO (E.), « El contrato de agencia mercantil : ¿Hay una nueva tendencia en la jurisprudencia », *Revista Foro Derecho Mercantil*, n° 2, janv.-mars, 2004, p. 150 et s.

AUTRES PAYS

BENOLIEL (U.), « The expectation of continuity effect and franchise termination laws: a behavioral perspective », *American Business Law Journal Spring*, V. 46, n° 1, 2009, p. 139 et s.

BORTOLOTTI (F.), « Le contrat de distribution en Italie », *Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives*, Cah. dr. entr. 1997, Suppl. 3/4, p. 26 et s.

BORTOLOTTI (S.) et FLORIDIA (G.), « I contratti con i rivenditori » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti s. dir.), Wolters Kluwer, 2016, p. 738 et s.

BURDA (J.), « Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession de vente exclusive », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, 2009, p. 455 et s.

CHERPILLOD (I.), « Partie VI : La fin des contrats de distribution », in *Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans*, Cedidac, Lausanne, 1998, p. 429 et s.

EMERSON (R.)

- « Franchise contract clauses and the franchisor's duty of care toward its franchisees », *North Carolina Law Review*, V. 72, n°4, 1994, p. 905 et s.

- « Franchise goodwill: take a sad song and make it better », *Journal of Law Reform*, V. 46, n°2, 2013, p. 349 et s.

FERN M. et KLEIN (Ph.), « Restrictions on termination and Nonrenewal of franchises: A policy Analysis », *The Business Lawyer*, V. 36, n° 3, 1981, p. 1041 et s.

FRICK (J.), « Restrictions on the termination of franchise agreements-a foreigner's view », *Commercial Law Journal*, 101, 1996, p. 31 et s.

GONZÁLEZ-ORÚS (M.), « Obligación de compra y venta mínima. Información sobre disminución de necesidades del distribuidor » in *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo* (F. Carbajo sous dir.), Tirant lo Blach, Valencia, 2015, p. 300 et s.

HUECK (A.), « La Riforma del diritto del rappresentante di commercio in Germania », *Rivista del diritto commerciale*, T. 39, I, Band, 1941, p. 143 et s.

KLARFLED (P.) et VANDERBROEK (M.), « Law on covenants against competition shift towards greater enforceability by franchisors », *Franchise Law Journal* V. 31, Fall, 2011, p. 76 et s.

MARTÍ MIRAVALLS (J.), « Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas », *Revista de Derecho Mercantil*, n° 285, 2012, p. 95 et s.

MARTÍNEZ SANZ (F.), « indemnización por clientela de los distribuidores », in *Los contratos de distribución* (A. Alonso et al. sous dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 102 et s.

PAZ-ARES (C.), « La indemnización por clientela en el contrato de concesión », in *Estudios de derecho mercantil, homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, 1998, p. 1287 et s.

PRIOTTI (M.), « Diritti ed obblighi delle parti » in *Contratti di distribuzione* (F. Bortolotti sous dir.), Ipsoa, Milan, 2016, p. 244 et s.

VAQUERO PINTO (M.J.), « Compensación por clientela », in *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo* (F. Carbajo Cascón sous dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 487 et s.

NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

AMIEL-COSME (L.), note sous Cass. com., 19 mars 2013, *Rev. soc.* 2013, p. 618.

AYNÈS (L.)

- note sous Cass. 3^e civ. 14 sept., n° 04-10.856 et Cass. com., n° 03-19.732, *Dr. et Patr.*, janvier 2004, p. 88.

- note sous Cass. com. 10 juill. 2007, *RDC* 2007, p. 1107.

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

- note sous Cass. com., 2 juillet 2002, *RDC* 2003, p. 152.

- note sous Cass. com., 5 oct. 2005, *RDC* 2005, p. 384.

BROS (S.), note sous 4 nov. 2014, n° 11-14.026, *AJCA* 2015, p. 78.

DISSAUX (N.), note sous Cass. com. 28 sept. 2010, *JCP E* 2010, 1943.

ERÉSÉO (N.), note sous CA Versailles 8 mars 2016, RG n° 14104091, *Concurrences*, n° 3, 2016, p. 94.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et AMRANI-MEKKI (S.), obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004, *D.* 2005, p. 2836.

FERRIER (D.)

- obs. sous Cass. com. 14 nov. 1995, *D.* 1997, p. 59.

- note sous Cass. com. 9 oct. 2007, *D.* 2008, p. 390.

- note sous Cass. com. 23 oct. 2012, *D.* 2013, p. 732.

GRIMALDI (C.)

- note sous Cass. com. 23 oct. 2012, *RDC* 2013, p. 641

- note sous CA Paris, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/22836, *JCP G*, 14 mars 2016, p. 288.

- GUYÉNOT (J.), sous Amiens, 29 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974, p. 192.
- HÉMARD (J.), note sous Cass. com., 22 janv. 1969, *JCP G*, II, 16066.
- LAMBERT (J.), note sous Cass. com., 8 octobre 1969, *D.* 1970, p. 143.
- LE GALLOU (C.), obs. sous Cass. civ. 1^{re} 15 nov. 2005, *Deffrénois* 2006, p. 828
- LOISEAU (G.), note sous Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005, *JCP G* 2005, II, 10173.
- MALAURIE-VIGNAL (M.), obs. sous CA Paris, 6 mars 2013, *CCC*, mai 2013, comm. 113.
- MESTRE (J.) et (B.) FAGES, note sous Com. 29 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 295.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.), obs. sous Cass. com., 5 oct. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 127.
- SAYAG (A.), note sous Cass. com., 13 mai 1970, *JCP G* 1971, I, 16891, n° 15.
- SERRA (Y.), note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *D.* 2001, p. 2295.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.)
- note sous Cass. com. 2 juillet 2002 et CA Paris, 5^e ch. B, 2 mai 2002, *RDC* 2003, p. 50.
 - obs. sous Cass. com. 5 oct. 2004 et 3 nov. 2004, *RDC* 2005, p. 288.
- VIDAL (J.), note sous Cass. com., 17 et 26 février 1958, *D.* 1958, p. 544.
- VIRASSAMY (G.), obs. sous Cass. com., 25 juin 1991, *JCP E* 1992, II, 303.

ARRÊTS, DÉCISIONS DE JUSTICE

ARRÊT COLOMBIENS

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, CHAMBRE DE CASSATION CIVILE

- 26 août 1936, M.R. Antonio Rocha, *G.J.*, t. XLIV, p. 54.
- 7 oct. 1938, M. R. Furgencio Lequerica.
- 28 mars 1955, M.R. Alberto Zuleta Angel, *G.J.* LXXIX, p. 814.
- 6 mai 1969, M.R. Enrique López de la Pava, *G.J.*, t. CXXX, p. 82.
- 11 sept. 1984, M.R. Humberto Murcia Ballén, *G.J.*, CLXXVI, p. 237.
- 30 oct. 1987, M.R. Eduardo García Sarmiento, n° 423, non-publié.
- 19 oct. 1994, M.R. Carlos Esteban Jaramillo, n° 3972.
- 12 sept. 1995, M.R. Nicolas Bechara Simacas, n° 3939.
- 31 oct. 1995, M.R. Pedro Lafont Pianetta, n° 4701.
- 8 mars 2000, M.R. Jorge Ballesteros, n° 6270.

- 23 juin 2000, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 5475.
- 20 oct. 2000, M.R. José Ramirez Gómez, n° 5497.
- 22 oct. 2001, M.R. Jorge Antonio Rugeles, n° 5817.
- 2 févr. 2002, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 5670.
- 4 juill. 2002, M.R. José Fernando Ramírez, n° 6461.
- 4 juin 2004, M.R. Manuel Ardila, n° 7748.
- 28 févr. 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 7504.
- 29 avril 2005, M.R. Carlos Ignacio Jaramillo, n° 829.
- 30 juin 2005, M.R. Edgardo Villamil Portilla, n° 11001-3103-030-1989-5028-01.
- 6 juill. 2006, M.R. Silvio Fernando Trejos, n° 0243-01.
- 15 déc. 2006, M.R., Pedro Octavio Munar, n° 76001 3103 009 1992 09211 01.
- 4 avr. 2008, M.R. Ruth Marina Díaz, n° 0800131030061998-00171-01.
- 18 déc. 2009, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 41001-3103-004-1996-09616-01.
- 2 juill. 2010, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01
- 22 juin 2011, M.R. Edgardo Villamil Portilla, n° 11001-3103-010-2000-00155-01.
- 30 août 2011, M.R. William Namén, n° 11001-3103-012-1999-01957-01.
- 19 oct. 2011, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-032-2001-00847-01.
- 1^{er} déc. 2011, M.R. Pedro Octavio Munar, n° 11001 3103 016 1999 01889 01.
- 14 déc. 2011, M.R. Jaime Arrubla Paucar, n° 1100131030142001-01489-01.
- 21 févr. 2012, M.R. William Namén Vargas, n° 11001-3103-040-2006-00537-01.
- 27 mars 2012, M.R. Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1100131030032006-00535-01.
- 4 févr. 2013, M.R. Jesús Vall de Rutén Ruíz, n° 11001-3103-042-2006-00453-01.
- 23 août 2013, M.R., Arturo Solarte Rodríguez, n° 47001-3103-005-2007-00285-01.
- 10 sept. 2013, M.R. Fernando Giraldo Gutiérrez, n° 1100131030222005-00333-01.
- 13 sept. 2013, M.R. Arturo Solarte Rodríguez, n° 47001-3103-005-2007-00285-01. 1.
- 13 mai 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° SC5851-2014.
- 31 juillet 2014, M.R. Margarita Cabello Blanco, n° 68001-31-03-005-2003-00366-01.
- 30 sept. 2015, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC13208-2015.
- 24 juin 2016, M.R. Ariel Salazar Ramírez, n° SC8453-2016.
- 26 juill. 2016, M.R. Álvaro Fernando García, n° SC10198-2016.
- 19 août 2016, M.R. Ariel Salazar, n° SC1287-2016.
- 15 nov. 2017, M.R. Álvaro Fernando García, SC18476-2017.

- 18 avr. 2018, M.R. Luis Armando Tolosa, n° SC1121-2018.
- 25 juin 2018, M.R. Aroldo Quiroz, n° SC2307-2018.

COUR SUPRÊME DE JUSTICE, CHAMBRE SOCIALE

- 19 juillet 2016, M.R. Clara Cecilia Dueñas, SL10159-2016.
- 1^{er} sept. 1998, M.R. Fernando Vásquez Botero, n° 10696. 1.
- 6 sept. 2001, M.R. Carlos Isaac Nader, n° 16062.

SENTENCES ARBITRALES COLOMBIENS

CHAMBRE DE COMMERCE DE BOGOTÁ

- 1er juill. 1992, Roberto Cavalier & CIA c/ Flota Mercante Grancolombiana, Arbitres : José Enrique Arboleda, Fernando Hineyrosa et Jorge Suescún Melo.
- 19 mars 1993, Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c/ Vecol S.A., Arbitres : Guillermo Gamba Posada, Necty Gutiérrez Sandoval et Carlos Bejarano Rubiano.
- 19 févr. 1997, Daniel J. Fernández c/ Fiberglass Colombia S.A., Arbitres : Ernesto Gamboa Morales, Carlos Enrique Marín Vélez et María Clara Michelsen Soto.
- 23 mai 1997, Preparaciones de Belleza S.A. (Prebel) c/ L'Oreal, Arbitres : Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján et Francisco Zuleta Holguín.
- 31 mars 1998, Supercar Ltda. c/ Sofasa S.A, Arbitres : Carlos Holguín Holguín, Beatriz Leyva de Cheer et Carlos Enrique Marín Vélez.
- 30 juin 2000, Maquinaria Pesada del Tolima LTDA c/ Tracey& CIA. S.A., Arbitres : Ramiro Bejarano, Carlos Botero Borda et Saúl Flores Enciso.
- 31 août 2000, Compañía Central de Seguros S.A. et Compañía central de seguros de vida S.A. c/ Maalula Ltda, Arbitres : Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas et Antonio José de Irisarri Restrepo.
- 18 mars 2002, Cellular Trading de Colombia Ltda., Cellpoint c/ Comunicación celular S.A., Arbitres: Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer et Gustavo Cuberos Gómez.

21 mars 2002, Oscar Mario Trujillo y Cia. S. en C. Insucampo et Insucampo E.A.T. c/ Aventis Croposcience Colombia S.A., Arbitres : Enrique Cala Botero, José Alejandro Bonivento et Jorge Suescún Melo.

24 juin 2003, Avantel comunicaciones LTDA c/ Avantel S.A., Arbitres : Gilberto Peña Castrillón, Luis Helo Kattah et Hernán Fabio López Blanco.

1 déc. 2006, Comcelulares F.M LTDA c/ Comcel S.A, Arbitres : Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía et Gabriel Jaime Arango Restrepo.

14 déc. 2006, Comcelulares F.M LTDA c/ Comcel S.A, Arbitres : Marcela Monroy, Juan Pablo Cardénas, et Jorge Eduardo Narváez.

26 mars 2007, Distribuidora Marwill Ltda. c/ Comestibles Ricos Ltda., Arbitres : Martha Clemencia Cediél Peña, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

23 juill. 2009, Maria Emilce Saldaña c/ Heel Colombia S.A., Arbitres : Carlos Eduardo Linares, Camila Ortiz de Fernández de Soto et Harold Penagos Barreto.

25 févr. 2010, Emtelco S.A. c/ Colombia Móvil S.A. Arbitres : Carmenza Mejía Martínez, Carlos Gustavo Arrieta Padilla et Alier Hernández Enríquez.

CHAMBRE DE COMMERCE DE CALI

26 mai 2006, Colombina S.A. c/ Nestlé Purina Pet Care de Colombia Ltda., Arbitres : José Ricardo Caicedo Peña, Jaime Valenzuela Cobo et Jorge Restrepo Potes.

20 sept. 2006, Technoquímicas S.A. c/ Smithkline Beecham Corporation, Arbitres : José Ricardo Caicedo Peña, Ramón Madriñan la Torre et Francisco Chaves Cajiao.

CHAMBRE DE COMMERCE DE MEDELLÍN

1^{er} sept. 1999, Faro Publicidad c/ El Colombiano, Arbitres : Ignacio Sanín Bernal, Beatriz María Arango et Fernando Ossa Arbeláez.

DIVERS

Le Petit Robert de la langue française, Dictionnaires Le Robert, 2018.

Le Petit Larousse, Éditions Larousse, 2017.

G. Cornu (sous dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^e éd., PUF, 2018

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » (JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

Principes de droit européen des contrat (PEDC) .

Projet de Code civil européen (Projet Von Bar).

Décision 486 de la Communauté andine des Nations (CAN).

Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01.

ANNEXES

Définition du contrat de mandat

ARTICLE 1262 C. com. col. Le mandat commercial est un contrat par lequel une partie s'oblige à conclure ou à exécuter un ou plusieurs actes de commerce pour le compte d'autrui.

Définition du contrat de fourniture

Article 968. C. com. col. Le contrat de fourniture est le contrat par lequel « une partie s'oblige, en échange d'une contreprestation, à réaliser, en faveur d'une autre, de façon indépendante, des prestations périodiques ou continues de choses ou de services.

CODE DE COMMERCE

TITRE XIII DU MANDAT

CHAPITRE V : AGENCE COMMERCIALE

Article 1317 C. com. col. Par le contrat d'agence commerciale, un commerçant assume de manière indépendante et stable la charge de promouvoir ou d'exploiter des affaires dans une branche d'activité spécifique et dans une zone préfixée du territoire national, en tant que représentant ou agent d'un entrepreneur national ou étranger ou en tant que fabricant ou distributeur d'un ou de plusieurs de ses produits. La personne qui a assumé cette obligation est génériquement dénommée agent.

Article 1318, C. com. col. Sauf clause contraire, le mandant ne peut utiliser plusieurs agents dans la même zone et pour la même branche d'activités ou de produits.

Article 1319 C. com. col. Dans les contrats d'agence commerciale peut être convenue l'interdiction pour l'agent de promouvoir ou d'exploiter, dans la même zone et dans la même branche, les affaires de deux ou de plusieurs entreprises concurrentes.

Article 1320. Le contrat d'agence commerciale précisera les pouvoirs ou les facultés de l'agent, la branche d'affaires de leurs activités, leur durée et le territoire sur lequel elles sont exercées, et il serait inscrit au registre du commerce.
L'absence de certaines de ces exigences n'est pas opposable aux tiers de bonne foi sans faute.

Article 1321 C. com. col. L'agent exécute la charge qui lui est confiée selon les instructions reçues et fournit à l'entrepreneur les informations relatives aux

conditions du marché dans la zone assignée et les autres informations qui sont utiles à celui-ci pour apprécier l'opportunité de chaque opération.

Article 1322 C. com. col. L'agent aura droit à sa rémunération même dans le cas où l'opération n'est pas effectuée pour des causes imputables à l'entrepreneur, ou lorsque ce dernier l'effectue directement et qu'elle doit être exécutée sur le territoire assigné à l'agent, ou lorsque cet entrepreneur se met d'accord avec l'autre partie afin de ne pas la conclure.

Article 1323 C. com. col. Sauf stipulation contraire, l'entrepreneur n'est pas tenu de rembourser à l'agent les frais d'agence ; mais ceux-ci sont déductibles en tant que frais généraux de l'opération conclue lorsque la rémunération de l'agent correspond à un pourcentage de l'utilité de celle-ci.

Article 1324 C. com. col. Le contrat d'agence commerciale prend fin pour les mêmes causes que le mandat, et à sa cessation l'agent a droit au paiement par le mandant d'une somme équivalente à un douzième de la moyenne de la commission, des redevances ou de l'utilité reçue au cours des trois dernières années, pour chaque année de durée du contrat, ou de la moyenne de tout ce qu'il a reçu si la durée est inférieure [à trois années].

Outre la prestation indiquée à l'alinéa antérieur, lorsque le mandant révoque ou met fin unilatéralement au contrat, sans juste cause prouvée, il doit payer à l'agent une indemnisation équitable comme rétribution aux efforts réalisés pour accroître la réputation de la marque, la gamme des produits ou des services qui font l'objet du contrat.

La même règle s'applique lorsque l'agent met fin au contrat pour une juste cause imputable au mandant.

Article 1325 C. com. col. Sont de justes causes pour mettre fin unilatéralement au contrat d'agence commerciale :

- 1) De la part de l'entrepreneur :
 - a) L'inexécution grave de l'agent de ses obligations légales ou contractuelles.
 - b) Toute action ou omission de l'agent qui porte gravement atteinte aux intérêts de l'entrepreneur.
 - c) La faillite ou l'insolvabilité de l'agent.
 - d) La liquidation ou la cessation d'activités.
- 2) De la part de l'agent :
 - a) L'inexécution par l'entrepreneur de ses obligations contractuelles ou légales.
 - b) Toute action ou omission de l'entrepreneur qui porte gravement atteinte aux intérêts de l'agent.
 - c) La faillite ou l'insolvabilité de l'entrepreneur.
 - d) La cessation d'activités.

Article 1326 C. com. col. L'agent aura un droit de rétention et de privilège sur les biens de l'entrepreneur qui sont en sa possession ou à sa disposition jusqu'à ce que la valeur de l'indemnité soit payée et à concurrence du montant de cette indemnité.

Article 1327 C. com. col. Lorsque l'agent met fin au contrat pour un juste motif imputable à l'entrepreneur, celui-ci doit verser l'indemnité prévue à l'article 1324.

Article 1328 C. com. col. À toutes fins, les contrats d'agence commerciale qui s'exécutent sur le territoire national sont assujettis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Article 1329 C. com. col. Les actions qui résultent du contrat du contrat d'agence commerciale expirent dans cinq ans.

Article 1330 C. com. col. À l'agence sont applicables, lorsque cela est pertinent, les règles du Titre III [contrat de fourniture] et des chapitres I à IV de ce Titre [contrats de commission et de mandat]

Article 1331 C. com. col. À l'agence de fait s'appliquent les règles de ce Chapitre.

LISTE DE PROPOSITIONS

A. RÉGIME COMMUN SPÉCIAL DE LA CESSATION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

- **Champ d'application.** Les règles s'appliquent aux contrats par lesquels une partie, qui agit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui et qui exerce son activité de façon indépendante et en assumant les risques de son activité, spécialise ou ordonne tout ou une partie importante de son activité à la diffusion stable et continue des produits fournis ou conçus par une autre partie, qui met à sa disposition ses signes distinctifs et fixe, au moins en partie, les conditions de commercialisation des produits ou services offerts.

- **Préavis légaux de cessation.** La partie qui résilie unilatéralement un contrat à durée déterminée ou qui ne renouvèle pas un contrat à durée déterminée, doit donner un préavis à l'autre partie d'un mois pour chaque année de durée du contrat ou de la somme de la durée des contrats exécutés successivement. Après la dixième année, le préavis sera d'au minimum dix mois.

- **Investissements.** Le contrat de distribution conclu à durée déterminée doit contenir un terme adapté au type d'investissement réalisé par le distributeur.

- **Stocks invendus.** Lorsque le distributeur, lors de la période antérieure à la cessation du contrat, en raison d'une clause ou de la nature de l'activité, ne peut décider librement la quantité des produits acquis ou maintenus en stock en vue de leur diminution graduelle, le fournisseur doit racheter le stock et les pièces de rechange restants en fin de contrat.

- **Droit de rétention.** Un droit de rétention peut être reconnu au distributeur sur les biens mis à disposition par le fournisseur qui sont en sa possession afin de garantir le paiement de sa rémunération et de l'indemnité de clientèle.

- **Clause d'agrément.** Le contractant qui refuse l'agrément du cessionnaire au contrat de distribution doit motiver sa décision.

- **Indemnité de clientèle.** Les parties doivent négocier le versement d'une indemnité de clientèle pour le cas dans lequel le distributeur aurait augmenté de manière

significative la clientèle par rapport à la situation qui existait au début de l'exécution du contrat et que le fournisseur, à l'origine de la cessation du contrat, pourrait effectivement continuer à profiter de celle-ci. Cette dernière condition est réputée accomplie lorsque l'activité que le distributeur continue à réaliser sur le marché ne constitue pas une offre substituable à celle de son ancien fournisseur. L'indemnité de clientèle ne peut excéder la moyenne annuelle des utilités nettes perçues par le distributeur pendant les trois dernières années d'exécution du contrat ou pendant toute la durée du contrat si elle est de moins de trois ans. Toute clause excluant l'attribution de l'indemnité de clientèle ou qui conduit à accorder une indemnité dérisoire au distributeur est réputée non-écrite.

- **Clause non-concurrence post-contractuelle.** Le versement d'une indemnité de clientèle permet la stipulation d'une obligation à la charge du distributeur de ne pas réaliser sur le même marché une activité qui constitue une offre substituable de celle de son ancien fournisseur, limitée au secteur géographique où le distributeur a exercé son activité et n'excédant pas un an. En dehors de ce cas, aucune clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut être stipulée qu'en contrepartie d'une compensation monétaire et en respectant les conditions précédemment mentionnées.

B. EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

- **Résiliation unilatérale et non-renouvellement du contrat.** Les libertés de résilier unilatéralement le contrat à durée indéterminée et de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée sont applicables à l'égard des contrats de distribution, la conséquence étant la suppression de l'article 1325 C. com. col. qui restreint le droit de résiliation unilatérale du mandant dans les contrats à durée indéterminée.

- **Investissements spécifiques réalisés au début d'un contrat à durée indéterminée ou en cours d'un contrat à durée déterminée.** S'agissant des investissements spécifiques déterminés, incités ou consentis par le fournisseur, qui ont été réalisés par le distributeur au début d'un contrat à durée indéterminée ou en cours d'un contrat à durée déterminée, la jurisprudence par l'application du droit commun des contrats peut assurer la protection des attentes légitimes du distributeur lorsque la résiliation du contrat à durée indéterminée ou le renouvellement du contrat à durée

déterminée intervient avant l'écoulement d'une durée raisonnable qui permet leur amortissement par le distributeur.

- **Imprévision. Modification de l'article 868 C. com. col.** Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, celle-ci peut demander par une lettre motivée la renégociation du contrat à son cocontractant. En cas de **refus de la renégociation**, le contractant peut demander au juge, après vérification des conditions de l'imprévision, de mettre fin au contrat. L'autre partie ne peut éviter la résiliation que par l'acceptation de l'autre partie d'une proposition de modification du contrat. En cas **d'échec de la renégociation** ou après un délai raisonnable, les parties peuvent mettre fin au contrat aux conditions qu'elles fixent. Si les parties ne parviennent à un accord, chacune des parties peut demander au juge la fixation des conditions de la cessation du contrat. Les deux parties peuvent demander, d'un commun accord, l'adaptation judiciaire du contrat.

- **L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution.** L'introduction en droit commun des contrats d'une règle qui permet la résolution unilatérale du contrat pour inexécution doit prévoir une procédure qui impose une obligation de motivation de l'acte de résolution et l'obligation d'une mise en demeure. L'article 226 C. civ. fr. constitue un modèle à suivre.

- **Clauses résolutoires.** Concernant les clauses résolutoires, la jurisprudence ou le législateur doivent fixer une procédure qui exige la précision des obligations dont l'inexécution peut donner lieu à leur mise en œuvre ainsi que la nécessité d'une mise en demeure. L'article 1225 C. civ. fr. constitue un modèle à suivre.

- **Loi applicable au contrat.** Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. L'admission probable de la loi de l'autonomie en droit colombien entraînerait la reconnaissance de dispositifs, tels que celui des lois de police, qui permettent d'assurer l'application des règles impératives contenues dans le régime de cessation des contrats de distribution exécutés en Colombie.

- **Fixation unilatérale du prix.** La fixation unilatérale du prix des contrats de vente qui constituent l'exécution du contrat-cadre peut être admise lorsqu'elle résulte d'une clause qui renvoie à la liste de prix du fournisseur (clause de prix catalogue).

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus

- du droit 437
- fixation unilatérale du prix 374
- restitution de biens 705

Action, agissement

- pour le compte d'autrui, notion 163
- pour son propre compte, notion 163

Agence commerciale, contrat de

- antécédents 36
- approche protectrice 37
- approche protectrice, critique 196
- approche protectrice, désactivation 194
- conception étroite 67
- conception large 56
- contrat d'intérêt commun 121
- définition 48
- droit de rétention 139
- indemnité de clientèle 125
- loi applicable 145
- mandat d'intérêt commun 101
- pouvoir de conclure des contrats 353
- pouvoir de négociation 352
- représentation, pouvoir de 356
- résiliation unilatérale 87
- résolution unilatérale pour inexécution 282

Après-contrat, L'

- recouvrement de la liberté des parties 442
- survie de clauses à la résolution du contrat 450

B

Bonne foi

- et devoir de loyauté 435
- exécution du contrat 430
- formation du contrat 430
- intensification modérée 390

C

Cause du contrat

- définition 304

Cessation du contrat 17

- devoir d'aide à la reconversion 431

Cession du contrat 476

- contrôle du refus d'agrément 478
- des contrats *intuitu personae* 476

Clause abusive

- contrôle 719, 501
- relative aux stocks invendus 719

Clause d'objectif 412, 315

Clause de non-concurrence contractuelle 412

Clause de non-concurrence postcontractuelle

- caractère disproportionné 761
- compensation monétaire 786, 774, 773
- conditions de validité 776
- durée 788
- et indemnité de clientèle 769
- intérêts légitimes 738
- limitation spatiale 789
- modalités d'admission 768
- nécessité incertaine 745
- renonciation 790
- restriction des libertés du distributeur 755
- sanction du dépassement des limites 791
- utilité 742

Clause de non-réaffiliation 757

	D
Clause de prix catalogue	
validité 373	
Clause de quota 315	
Clause résolutoire 609	
Clientèle	
cession de fonds de commerce 343	
création commune 337	
critères de rattachement 213	
rattachement 346	
valeur économique 341	
Commission, contrat de	
définition 330	
Commission-affiliation, contrat de 358, 331	
Concession commerciale, contrat de	
définition 7	
loi applicable 148	
Concurrence déloyale 445	
actes de 446	
interdiction 445	
Contrat à durée déterminée	
extinction de plein droit 585	
non-renouvellement 588	
préavis (non) 224	
Contrat à durée indéterminée	
préavis 221	
résiliation unilatérale, absence de contrôle de motifs 593	
résiliation unilatérale, fondement 590	
Contrat d'intérêt commun 121	
Contrat-cadre	
définition 364	
emprise sur les contrats d'application 368	
obligation de conclure des contrats d'application 367	
obligations de négociation des contrats d'application 369	
Courtage, contrat de	
définition 332	
Dépendance économique 411	
Devoir d'aide à la reconversion 431	
Devoir de coopération 433	
Devoir de loyauté 436	
critères d'application 438	
définition 435	
et bonne foi 435	
Distributeur	
absence de subordination juridique 416	
dépendance économique 411	
indépendance juridique 415, 400	
Distribution agréée 9	
Distribution intégrée 11	
Distribution, contrat de	
acception large 10	
différence avec la vente 324	
différence avec le contrat de vente 325	
différence avec le mandat 319	
grande distribution 13	
intérêt commun 384	
intérêts convergents 384	
intérêts particuliers des parties 386	
objectif commun 382	
partenariat 404	
typologie 4	
Droit argentin 535	
Droit colombien	
Code civil 20	
doctrine 23	
jurisprudence 22	
Droit commun des contrats	
insuffisance 500	
Droit de rétention	
agence commerciale 139	

- E**
- Efficacité économique 508
 - critique 513
 - Exclusivité, quasi-exclusivité 410
 - Exemption d'inexécution 291
- F**
- Fixation unilatérale du prix
 - abus 374
 - Fournisseur
 - spécificité de sa prestation 407
 - Fourniture, contrat de
 - différence avec le contrat de distribution 325
 - différence avec le contrat-cadre de distribution 361
 - résolution unilatérale 282
 - Franchise, contrat de
 - définition 8
 - loi applicable 148
 - partenariat 404
- I**
- Imprévision
 - caractère imprévisible 251
 - conditions d'admission 249
 - critique du pouvoir de réadaptation judiciaire 263
 - excessive onérosité 253
 - obligation de renégocier le contrat 612
 - pouvoir d'adaptation du juge (droit positif) 257
 - pouvoir du juge de mettre fin au contrat 260
 - refus de renégocier 619
 - résiliation unilatérale en cas d'échec de la renégotiation 621
 - Indemnité de clientèle
 - agence commerciale, contrat 125
 - caractère impératif 187
- J**
- fondement, contrat d'agence commerciale 132
 - mode de calcul, contrat d'agence commerciale 135
 - ordre public international 192
 - régime commun spécial 678
 - régime, contrat d'agence commerciale 134
 - Inexécution
 - appréciation de la gravité 278
 - principe de résolution judiciaire 274
 - Intermediation, contrat d' 10
 - Intuitu personae*
 - appréciation 464
 - cession de contrat 476
 - contrats 455
 - droit des procédures collectives 460
 - maintien forcé 457
 - transmission du contrat 472
 - Investissements
 - équilibre cyclique 493
 - protection des attentes légitimes 641
 - rôle du fournisseur 487
 - spécifiques 484
- J**
- Jurisprudence
 - fonctions 503
 - limites 503
- M**
- Mandat, contrat de
 - d'intérêt commun 106, 101
 - définition 330
 - In rem propriam* 103
 - Motivation, obligation de 607
 - cessation du contrat 569
 - refus à la cessation du contrat 579
 - refus d'agrément 480

N	
Non-renouvellement du contrat 588	indemnité de clientèle, fondement 656 indemnité de clientèle, montant maximale 678 indemnité de clientèle, régime 669 intégration du contrat d'agence commerciale 537 investissements 645 préavis de cessation 632 principes directeurs 515 rachat des stocks invendus 712 règles de droit 544 règles impératives 548 standards 544
O	
Objectif commun exigence de ne pas porter une atteinte manifeste 375, 374	
Obligation de diffusion des produits 315	
P	
Pacte de préférence 721	Représentation, pouvoir de 356
Pratiques anticoncurrentielles, droit des fixation des prix de revente 422 <i>quick look rule of reason</i> 422 règle de raison 423	Réseaux de distribution 12 réorganisation 396, 394
Préavis contrat à durée indéterminée 221 exclusion des contrats à durée déterminée 224 intangibilité du préavis convenu 228 prise en compte de la durée du contrat 632	Résiliation unilatérale contrat à durée indéterminée 590 imprévision, échec de la renégociation 621
Prérogative unilatérale contrôle 395	Résolution du contrat appréciation de la gravité de l'inexécution 278 critique principe de résolution judiciaire 289 exception d'inexécution 291 judiciaire, inadéquation aux contrats de distribution 295 principe de résolution judiciaire 274
Prestation caractéristique définition 305 immédiate 308 médiante 327	Résolution unilatérale pour inexécution admission, contrats de distribution 600 contrat d'agence commerciale 282 contrat de fourniture 282 mise en œuvre 605
R	
Régime commun spécial 738 conditions d'attribution 683 contenu 539 domaine d'application 528 droit de rétention 709 efficacité économique 508 indemnité de clientèle, exclusion 690 indemnité de clientèle, fixation par les parties 680	Restitutions biens mis à la disposition du distributeur 703, 699 cause anticipée de cessation 703 cause ordinaire de cessation 699 exercice abusif du droit 705
S	
	Solidarisme contractuel 25

devoir d'aide à la reconversion 431		T
Stocks		
absence d'obligation de reprise (droit positif)	Transmission du contrat	
241	fusion, scission 471	
clauses d'aménagement 236		V
invendus à la fin du contrat, obligation de rachat		
712	Vente, contrat de	
	différence avec le contrat de distribution 324	

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
PREMIÈRE PARTIE : UNE CONCEPTION À RENOUVELER	39
TITRE I : DES RÉGIMES INADÉQUATS DE CESSATION EN DROIT POSITIF	41
CHAPITRE 1 : LA CRITIQUE DE LA DIVERSITÉ DE RÉGIMES	43
Section 1 : L'existence de règles spéciales propres à l'agence commerciale distinguée d'autres formes de distribution	44
§1. La genèse de la distinction	44
A. La consécration d'un régime légal protecteur de l'agent commercial	44
1. L'origine de l'approche protectrice	45
a. Les raisons du contexte politico-économique	45
b. L'influence des législations étrangères	48
2. L'incidence de l'approche protectrice sur la définition de l'agence commerciale	51
a. La définition du contrat d'agence commerciale	51
b. Les incertitudes de la définition de l'agence commerciale	54
B. L'inaptitude de l'agence commerciale à appréhender les contrats de distribution pour compte d'autrui	56
1. Le rejet d'une conception large de l'agence commerciale	57
a. Les arguments	57
b. Le rejet	62
2. L'accueil d'une conception étroite de l'agence commerciale	64
a. La doctrine	64
b. La Cour de cassation	65
i. L'exigence de l'action pour le compte de l'entrepreneur	65
ii. L'admission exceptionnelle du distributeur pour compte propre-agent commercial	68
iii. L'appréciation critique de la jurisprudence	70
c. La justice arbitrale	73
§2. Les manifestations de l'approche protectrice	74
A. La restriction du droit de résiliation unilatérale dans le contrat d'agence commerciale à durée indéterminée	74

1. La restriction en raison de l'existence de justes causes de rupture	75
a. La portée incertaine de l'article 1325 C. com. col.	77
i. L'interprétation dominante : le refus du droit de résiliation unilatérale	78
ii. La critique de l'interprétation dominante	79
b. L'interprétation retenue	80
2. La restriction en raison du caractère de mandat d'intérêt commun de l'agence commerciale	81
a. La qualification de mandat d'intérêt commun de l'agence commerciale	82
i. Le dédoublement du mandat d'intérêt commun en droit français	82
α. Le sens originaire : le mandat <i>in rem propriam</i>	83
β. Le sens postérieur tiré de son application au mandataire chargé de développer une clientèle	84
ii. La consécration du mandat <i>in rem propriam</i> dans le Code de commerce colombien	87
iii. La confusion : la qualification du contrat d'agence commerciale de mandat d'intérêt commun	89
b. Une distinction nécessaire	92
i. L'agence commerciale n'est pas un mandat <i>in rem propriam</i>	93
ii. Le contrat d'agence commerciale est un contrat d'intérêt commun	95
B. Les mesures de protection de l'agent commercial à la fin du contrat	97
1. L'attribution d'une indemnité de clientèle au seul agent commercial	97
a. Le fondement de l'indemnité de fin de contrat	97
i. Les fondements écartés	98
ii. Le fondement retenu : une prestation rémunératoire du flux de clientèle constituée ou maintenue au cours du contrat	101
b. Le régime de l'indemnité de fin de contrat	102
2. Le droit de rétention accordé à l'agent commercial	104
a. Le droit de rétention en faveur du seul agent commercial	104
b. La portée du droit de rétention	105
3. L'interdiction de choisir la loi applicable à l'agence commerciale	107
a. Le refus de la liberté de choix de la loi applicable à l'agence commerciale	107
b. La liberté de choix de la loi applicable aux autres contrats de distribution	109
Section 2 : La remise en cause de la légitimité de la diversité de régimes	112
§1. La légitimation des différences de régime	112
A. La légitimation par l'admission du <i>statu quo</i>	113

1. Le désintérêt du législateur	113
2. L'approbation de la jurisprudence	114
B. La légitimation par la distinction de la distribution pour compte propre et pour le compte d'autrui	117
1. La portée de la distinction	117
2. L'utilisation pour justifier les différences de régime	119
§2. La contestation des différences de régime	121
A. Les tentatives d'élimination des différences de régime	122
1. Les tentatives échouées qui favorisaient les distributeurs pour compte propre	122
a. Le refus par les tribunaux	122
b. L'essai manqué devant le Parlement	125
2. La tentative réussie au détriment des agents commerciaux	126
a. La levée du caractère impératif de l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial	127
i. La controverse doctrinale	127
ii. L'évolution jurisprudentielle	131
α. La position initiale : la reconnaissance du caractère impératif	131
β. Le revirement : la levée du caractère impératif	133
b. Le corollaire : l'exclusion de l'indemnité de clientèle de l'ordre public interne colombien	135
B. La contestation de la justification de la diversité de régimes	138
1. Le fondement discutable de l'approche protectrice à l'égard de l'agent commercial	138
2. Les limites de la distinction entre la distribution pour compte propre et la distribution pour compte d'autrui	140
a. La relativité de la distinction	140
i. La dépendance de l'attribution aux risques économiques	140
ii. Les troubles quant à la qualification du contrat	141
b. Les insuffisances de la distinction	142
i. L'absence de la considération de tous les aspects du contrat de distribution	143
ii. L'inaptitude à justifier toutes les différences de régimes	144
iii. L'inutilité en tant que critère de rattachement de la clientèle	145
CHAPITRE 2 : L'INADAPTATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS	149
Section 1 : Les insuffisances du droit commun des contrats	150

§1. La protection insatisfaisante contre la rupture brusque du contrat de distribution	150
A. L'exigence de préavis limitée aux contrats à durée indéterminée	150
1. L'obligation d'un préavis dans les contrats à durée indéterminée	151
2. L'exclusion discutable du préavis dans les contrats à durée déterminée	152
B. L'absence de contrôle du délai de préavis	154
1. L'intangibilité du délai de préavis convenu	154
2. Le contrôle exceptionnel du délai de préavis fixé par une partie	155
§2. L'absence de réponse spécifique à la question des stocks invendus à la fin du contrat de distribution	156
A. La liberté d'aménager le sort des stocks invendus	158
B. L'inexistence d'une obligation de reprise résultant du silence de la loi	161
Section 2 : Le rôle discutable du juge en droit commun des contrats	162
§1. La contestation de l'adaptation du contrat par le juge en cas d'imprévision	163
A. Le régime de la révision judiciaire	164
1. Les circonstances de l'admission de la révision du contrat pour imprévision	164
a. Le caractère imprévisible	165
b. L'exécution devenue excessivement onéreuse	166
2. Le rôle prépondérant du juge	168
a. Le pouvoir du juge de réviser le contrat	168
b. Le pouvoir du juge de mettre fin au contrat	170
A. L'appréciation critique de la révision judiciaire pour imprévision	171
1. Les critiques des conditions de l'admission de la révision du contrat	171
2. Les critiques du pouvoir du juge de modifier le contrat	174
§2. La critique de la nécessité de recourir au juge en cas d'inexécution	176
A. Le principe de la résolution du contrat pour inexécution	177
1. L'obligation de solliciter l'intervention du juge	177
a. La nécessité de l'intervention du juge	177
b. L'appréciation de la gravité de l'inexécution	179
2. L'exception : la résolution unilatérale pour inexécution dans les contrats d'agence commerciale et de fourniture	181
a. Une rupture sans nécessité de recourir au juge	181
b. Une rupture dérogatoire du droit commun	183
B. L'appréciation critique du principe de résolution judiciaire à l'égard des contrats de distribution	185
1. L'insuffisance du binôme résolution judiciaire-exception d'inexécution	186

2. L'inadéquation du principe de résolution judiciaire aux contrats de distribution	189
TITRE II : UN RÉGIME COMMUN ADAPTÉ À INSTAURER	195
CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS D'UN RÉGIME COMMUN	197
Section 1 : L'unité des prestations caractéristiques	198
§1. La dualité des prestations caractéristiques	202
A. La prestation immédiate : la diffusion stable de produits	203
1. Une prestation commune	204
a. L'indifférence du statut du distributeur, pour son propre compte ou pour le compte du fournisseur	204
b. L'intensité de la prestation selon le degré de spécialisation du distributeur	206
2. Une prestation prépondérante	207
a. Le rejet de la qualification du contrat de mandat	208
b. L'exclusion de la qualification de contrat de vente ou de fourniture	210
B. La prestation médiate : la conquête et l'exploitation d'une clientèle	212
1. La stabilité nécessaire à la création d'une clientèle	213
a. L'inaptitude des contrats d'intermédiation occasionnels à la création d'une clientèle	214
b. L'absence d'objectif de constitution d'une clientèle dans les contrats successifs de vente	217
2. Les caractères de la clientèle constituée	218
a. Une clientèle constituée en commun	219
i. L'apport conjoint des parties à la création d'une clientèle	219
ii. L'appréciation économique de la clientèle	222
b. Le sort non-prédéterminable de la clientèle à la cessation du contrat	226
§2. Les modalités d'exécution des prestations caractéristiques	227
A. La conclusion des contrats pour le compte du fournisseur	228
1. La participation à la conclusion des contrats conclus par le fournisseur	228
a. L'activité minimale de prise de contact avec les clients en vue de les inciter à contracter	228
b. L'éventuel pouvoir de conclure des contrats	230
2. L'inopportunité d'une distinction fondée sur l'existence d'un pouvoir de représentation	232
B. La conclusion des contrats pour son propre compte	235

1. La nature du contrat-cadre de distribution	235
a. La différence avec le contrat de fourniture	236
b. Le critère distinctif : l'obligation de conclure des contrats ultérieurs de vente	237
2. L'emprise du contrat-cadre sur les contrats d'application	240
a. L'obligation de négocier les contrats ultérieurs de vente en l'absence d'un prix déterminable	240
b. L'application de la clause de prix catalogue aux contrats ultérieurs de vente	242
c. Le contrôle du prix fixé unilatéralement à l'égard des contrats d'application	244
Section 2 : Les caractères structurels communs	248
§1. La relation entre intérêts partiellement convergents	249
A. L'atténuation des intérêts particuliers par l'existence d'un objectif commun	249
1. La convergence d'intérêts autour d'un objectif commun	250
2. La poursuite légitime des intérêts particuliers des parties	253
B. La prise en compte de l'objectif commun	254
1. L'intensification tempérée de la bonne foi	254
2. Le critère négatif de contrôle dans l'exercice des prérogatives unilatérales	257
§2. Un lien personnel inégalitaire	259
A. La relation inégalitaire des parties	260
1. L'existence d'un rapport de pouvoir inégalitaire	261
a. La restriction à divers degrés de l'autonomie juridique du distributeur	262
b. L'exception des contrats de distribution de partenariat	265
2. Les causes de l'inégalité	266
a. La spécificité de la prestation du fournisseur	267
b. Le lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité	269
B. Les limites à la restriction de l'autonomie juridique du distributeur	271
1. L'inexistence d'un rapport de subordination juridique	272
2. L'autonomie assurée par le droit des pratiques anticoncurrentielles	275
CHAPITRE 2 : L'INSTAURATION D'UN RÉGIME DE CESSATION ADAPTÉ	279
Section 1 : L'adéquation aux caractères qui influent sur la cessation	279
§1. Les caractères propres à la cessation	280
A. L'absence d'intérêt commun	280
1. Le refus de l'exigence d'un devoir de coopération	280

a. La proposition d'un devoir de coopération lors de la cessation du contrat	281
b. Le cantonnement du devoir de coopération à l'exécution du contrat	282
2. Le devoir contractuel de loyauté régissant la période de cessation	284
a. La nature du devoir de loyauté	284
b. Les critères d'application du devoir de loyauté à la cessation du contrat	285
B. La disparition de la force obligatoire du contrat	287
1. Le recouvrement de principe de la liberté d'entreprendre des parties	287
a. La liberté de réaliser une activité concurrente	288
b. L'exigence d'une concurrence loyale	289
2. La survie exceptionnelle des clauses post-contractuelles	291
§2. Les caractères généraux des contrats de distribution	294
A. Le caractère <i>intuitu personae</i> des contrats de distribution	295
1. Le refus de principe du maintien forcé du contrat	296
a. L'hostilité au maintien forcé du contrat	296
b. L'exception du droit des procédures collectives	298
2. La cessation provoquée par l'altération de l' <i>intuitu personae</i>	300
a. L'approche concrète du caractère <i>intuitu personae</i>	300
b. Les hypothèses de cessation	303
i. L'opposition à la transmission du contrat	304
ii. Le refus d'agrément à la cession du contrat	307
α. La nécessité de solliciter le consentement à la cession	307
β. Le contrôle de la prérogative d'agrément du cédé	308
B. L'équilibre particulier déterminé par les investissements réalisés par le distributeur	311
1. Les caractères des investissements	311
a. La spécificité des investissements	312
b. Le rôle du fournisseur dans sa réalisation	313
2. L'influence des investissements spécifiques sur l'équilibre contractuel	315
a. L'insuffisance des classifications traditionnelles	315
b. L'identification d'un équilibre cyclique	316
Section 2 : Les moyens d'instauration d'un régime spécial	319
§1. Le recours au législateur	320
A. La nécessité d'un droit spécial	320
1. L'insuffisance des mécanismes du droit commun des contrats	321
2. Le rôle limité de la jurisprudence	324

B. Les principes directeurs du régime légal	326
1. Le refus d'une approche exclusive en termes d'efficacité économique	327
a. La primauté possible d'une approche fondée sur l'efficacité économique	328
b. L'appréciation critique	331
2. La nécessité d'une pondération de principes	333
§2. Les éléments du régime spécial	336
A. Le domaine d'application du régime	337
1. La délimitation du domaine d'application	337
a. Les exemples d'autres législations	338
b. Le domaine d'application retenu	339
2. Les corollaires du domaine d'application retenu	342
a. Le rejet d'une typologie légale des contrats de distribution	342
i. La justification du rejet	342
ii. L'appréciation critique de la législation argentine	344
b. L'intégration du contrat d'agence commerciale au régime commun	346
B. Le contenu du régime	346
1. Règles communes et règles particulières aux modalités de distribution	346
2. Règles impératives	348
a. La prédominance des règles de droit sur les standards	348
b. Le caractère impératif des règles	350
SECONDE PARTIE : ESSAI D'UN RÉGIME COMMUN DE CESSATION	357
TITRE I : LA LIBERTÉ CONTRÔLÉE DE LA SORTIE DU CONTRAT	359
CHAPITRE 1 : LA LIBERTÉ DE SORTIR DU CONTRAT	361
Section 1 : La cessation ordinaire : la primauté de la liberté de sortir du contrat	361
§1. Le rejet de la restriction à la liberté de rupture	362
A. Les propositions de restriction à la liberté de rupture	362
1. Les essais d'intervention du législateur	363
2. L'exigence d'une obligation de motivation	367
B. L'appréciation critique des propositions	369
a. L'inopportunité d'une restriction générale à la liberté de rupture	369
b. La difficulté de l'appréciation des motifs de la rupture	371
§2. La solution retenue : l'application du droit commun des contrats	374
A. Le non-renouvellement à l'échéance du terme convenu	374

1. L'extinction de plein droit du contrat de distribution	375
2. L'absence d'un droit à exiger la continuation du contrat	376
B. La résiliation du contrat à durée indéterminée	377
1. Le fondement de la liberté de résilier unilatéralement le contrat	377
2. L'absence de contrôle des motifs de la résiliation	379
Section 2 : La cessation extraordinaire : l'admission de la rupture unilatérale	381
§1. La généralisation du droit de rupture unilatérale pour inexécution	382
A. L'adéquation aux contrats de distribution	383
B. La mise en œuvre du droit de rupture	387
§2. L'admission de la rupture unilatérale en cas d'imprévision	389
A. La primauté de l'obligation de renégocier le contrat	390
1. Le fondement	390
2. La portée	392
B. La résiliation du contrat à défaut de renégociation	393
CHAPITRE 2 : LE CONTRÔLE DE LA LIBERTÉ DE SORTIR DU CONTRAT	399
Section 1 : La fixation de délais légaux de préavis	399
§1. Le refus d'une exigence légale d'un préavis raisonnable	400
§2. L'opportunité d'établir des délais légaux	402
A. La prise en compte de l'ancienneté de la relation	402
B. La mesure du délai de préavis selon la durée de la relation contractuelle	403
Section 2 : La prise en compte des investissements spécifiques	405
§1. Le refus d'une durée minimale légale	405
§2. Les mécanismes de protection retenus	406
A. La sanction de la frustration des attentes légitimes du distributeur	407
B. Le devoir légal de prévoir un terme adapté au type d'investissement	410
TITRE II : LES EFFETS DU CONTRAT À LA SORTIE	413
CHAPITRE 1 : LA LIQUIDATION DE L'OPÉRATION DE DISTRIBUTION	415
Section 1 : La reconnaissance d'une indemnité de clientèle	415
§1. Le fondement : la conservation de la clientèle apportée par le distributeur	418
A. La conservation de la clientèle par le fournisseur	418
1. La continuation de l'activité du fournisseur	419
2. La cessation par le distributeur de son activité	420
B. L'absence de cause juridique de conservation de la clientèle par le fournisseur	422
§2. Le régime de l'indemnité de clientèle	425

A. La fixation de l'indemnité	425
1. L'introduction d'une indemnité légale	426
a. L'introduction d'une règle générale	426
b. Le respect des critères fixés par le législateur	427
2. La procédure de fixation	429
a. La détermination de l'indemnité par les parties	430
b. L'intervention exceptionnelle du juge	430
B. Une esquisse des conditions d'attribution de l'indemnité	431
1. Les conditions de son attribution	431
a. L'augmentation sensible de la clientèle ou des opérations avec la clientèle préexistante	432
b. L'exploitation de la clientèle par le fournisseur à l'extinction du contrat	433
2. L'exclusion exceptionnelle de l'indemnité de clientèle	435
Section 2 : Le sort des biens remis au distributeur	437
§1. L'obligation de restitution des biens mise à la disposition du distributeur	437
A. La restitution indépendamment de la cause de cessation	439
1. Cessation ordinaire	439
2. Cessation anticipée	441
B. Les éventuelles exceptions à la restitution	442
1. L'exercice abusif du droit du fournisseur	442
2. Le droit de rétention du distributeur	444
§2. L'introduction d'une obligation exceptionnelle de rachat de stocks	445
A. Les contours d'une obligation de reprise des stocks	446
B. Le contrôle des clauses relatives aux stocks invendus	450
CHAPITRE 2 : L'APPLICATION D'UNE INTERDICTION POST-CONTRACTUELLE DE CONCURRENCE	453
Section 1 : Le rejet de l'interdiction de non-concurrence en l'absence de compensation	455
§1. Le fondement du contrôle de proportionnalité de la clause	456
A. L'opportunité d'un contrôle de l'interdiction de concurrence	456
B. La nécessité d'une pondération des libertés affectées par l'interdiction de concurrence	459
§2. Le caractère disproportionné d'une interdiction de concurrence en l'absence de compensation	461
A. L'insuffisance de la protection des intérêts légitimes du fournisseur	462
1. L'utilité de la clause afin de protéger les intérêts du fournisseur	462

a. La légitimité certaine des intérêts du fournisseur	462
b. L'utilité certaine de la protection des intérêts du fournisseur	464
2. Le caractère non-indispensable de la clause	466
a. La nécessité incertaine de l'interdiction de la concurrence	467
b. L'existence de moyens moins restrictifs de la liberté du distributeur	470
B. La restriction disproportionnée des libertés du distributeur	471
1. L'importance de la restriction des libertés du distributeur	472
2. Le caractère disproportionné de la restriction des libertés du distributeur	475
Section 2 : L'admission d'une compensation à l'interdiction de concurrence	478
§1. Les modalités de l'admission de la clause de non-concurrence	478
A. L'interdiction d'une offre substituable en cas de versement d'une indemnité de clientèle	479
B. La compensation monétaire en l'absence d'indemnité de clientèle	481
§2. Les conditions de validité de la clause	482
A. L'opportunité d'une concrétisation légale de la proportionnalité	482
B. Le régime	485
1. La présomption de légitimité de la clause	485
2. Les conditions	487
a. La fixation du montant de la compensation par les parties	487
b. Les limites dans l'espace, le temps et l'objet	488
c. La renonciation et la sanction de la clause disproportionnée	489
CONCLUSION GÉNÉRALE	493
BIBLIOGRAPHIE	497
ANNEXES	533
LISTE DE PROPOSITIONS	537
INDEX ALPHABÉTIQUE	541

La cessation du contrat de distribution en droit colombien – L’apport du droit français

Résumé

En droit colombien, il existe différents régimes qui régissent la cessation des contrats de distribution. En particulier, le régime de cessation du contrat d’agence commerciale se distingue du régime des autres contrats de distribution, tels que le contrat de concession et de franchise. Cette différence tire son origine de la consécration, par le législateur, de règles de protection en faveur de l’agent commercial dans un contexte politico-économique particulier, alors qu’il ne s’est pas soucié jusqu’à ce jour du régime de cessation des autres contrats de distribution. Ce traitement différencié est cependant fort contestable. En outre, l’application du droit commun des contrats se révèle inadaptée, à plusieurs égards, aux particularités de la cessation des contrats de distribution. Afin de pallier ces défauts, un régime commun spécial de cessation des contrats de distribution est envisageable, lequel prend assise sur l’unité de leurs prestations caractéristiques et leurs caractères structurels communs. Spécial, il permet d’appréhender la nature particulière de ces contrats. Commun, il permet de remédier aux différences injustifiées de régime. Une proposition de règles qui composent ce régime commun est nécessaire.

Descripteurs : contrat de distribution ; agence commerciale ; droit colombien ; concession commerciale ; non-concurrence post-contractuelle ; franchise ; extinction du contrat ; indemnité de clientèle

Termination of distribution contract in Colombian law - The contribution of French law

Abstract

Under Colombian law, there are different legal regimes governing the termination of distribution contracts. In particular, the rules of the termination of the commercial agency contract differs from the rules of other distribution contracts, such as the concession and franchise contracts. This difference stems the fact that the legislator established rules of protection in favor of the commercial agent in a particular political-economic context whereas he did not worry until now about the regime of termination of the other distribution contracts. This differentiated treatment is, however, highly questionable. In addition, the application of the general contract law is revealed to be unsuited in many respects to the peculiarities of the termination of distribution contracts. In order to overcome these issues, a special common regime for the termination of distribution contracts is possible, which is based on the unity of their characteristic performance and on their common structural characteristics. Special regime, it allows to understand the special nature of these contracts. Common regime, it allows to remedy unjustified differences in legal regime. A proposal of the rules which make up this common regime is necessary.

Keywords: distribution contract ; commercial agency ; colombian law ; client compensation ; contract termination ; franchising ; post-contractual non-competition