



**FAUT-IL CONCLURE DES CONTRATS
DE DISTRIBUTION ÉCRITS ?**

Joseph VOGEL

INTRODUCTION

Introduction

On rencontre en pratique des situations variées:

- Des contrats écrits;
- Des relations fonctionnant sur la base de CGV(Conditions Générales de vente);
- Des relations commerciales totalement informelles.

Introduction

Chaque solution comporte des avantages et des inconvénients en termes de :

- Souplesse ;
- Gestion ;
- Sécurité juridique ;

avec la difficulté que l'on ne se rende compte des avantages et des inconvénients de la solution retenue qu'en cas de problème (et notamment de contentieux).

Introduction

La conclusion d'un contrat de distribution écrit présente néanmoins plus d'avantages que des relations informelles ou basées sur de simples CGV en termes :

- De légalité ;
- D'opposabilité des clauses ;
- D'opportunités commerciales et stratégiques pour le fournisseur.

I. Les avantages du contrat écrit en termes de légalité

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas
2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs
3. L'annexe annuelle au contrat de distribution peut servir de convention unique
4. Exception : si les relations se font uniquement sur la base de CGV
5. Les risques en cas de remises différenciées différentes ou de coopération commerciale
6. Les sanctions potentielles : des amendes cumulables

I. Les avantages du contrat écrit en termes de légalité

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs
2. La soumission à des obligations déséquilibrées
3. La problématique des prix imposés

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

B. Quelques exemples de difficultés pratiques

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

A. La gestion du réseau

1. L'exclusivité territoriale
2. L'exclusivité partagée
3. La définition des ventes actives et passives
4. Le pass-on
5. La clause d'intuitu personae

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

A. La gestion du réseau (suite)

6. La clause de juridiction et de loi applicable
7. La clause d'évolution des tarifs
8. Les clauses résolutoires
9. Les autres clauses intéressantes

B. Les avantages du contrat en cas de cession de l'entreprise

I. Les avantages du contrat écrit en termes de légalité

I. Les avantages du contrat écrit en termes de légalité

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas
2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs
3. L'annexe annuelle au contrat de distribution peut servir de convention unique
4. Exception: si les relations se font uniquement sur la base de CGV
5. Les risques en cas de remises différenciées ou de services de coopération commerciale
6. Les sanctions potentielles: des amendes cumulables

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

- Le droit français impose dans certains cas aux **fournisseurs et distributeurs de produits** d'établir par écrit chaque année, ou tous les 2 ou 3 ans, un document récapitulatif des termes de leur négociation commerciale.
- On parle de « **Convention écrite** » lorsque les fournisseurs et distributeurs ne se contentent pas de conclure sur la base des CGV du vendeur, mais négocient (Ex : rabais, remises, ristournes) ou prévoient des services de coopération commerciale ou d'autres obligations destinées à faciliter la commercialisation.
- L'absence de conclusion de ce document récapitulatif au plus tard le 1^{er} mars, ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier, ou son caractère incomplet ou irrégulier peuvent être lourdement sanctionnés.

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

- L'article L. 441-3 du Code de commerce enferme la négociation dans un document unique ou un contrat-cadre annuel.
- La CEPC (*Commission d'examen des pratiques commerciales*) a indiqué que:

"La convention indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.

Ceci implique d'une part, **une certaine permanence de la relation commerciale dont les flux puissent être canalisés dans des engagements annuels et, d'autre part, qu'il soit d'usage de négocier dans ce type de relation.** (CEPC, avis n° 10-07, 1er avr. 2010).

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ Champ d'application de l'obligation de rédaction d'une convention unique

La conclusion d'une convention écrite **s'impose** aux parties (constituant des fournisseurs et distributeurs selon la loi), chaque fois qu'elles conviennent de **conditions dérogatoires aux conditions générales, qui nécessitent une négociation, et prévoient des services de coopération commerciale ou d'autres obligations destinées à faciliter la commercialisation**. Si, en revanche, les parties n'ont négocié que des conditions qui ne sont pas visées par l'ancien article L. 441-7, I du Code de commerce, alors il n'est pas nécessaire d'établir une convention écrite (CEPC, avis n° 10-07, 1^{er} avr. 2010).

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

Cependant, les textes relatifs à la convention unique n'obligent à consigner par écrit des accords **que pour autant qu'ils existent.**

"Il [*l'article 441-7 c.com*] ne se substitue pas à la volonté des parties et n'impose pas de convenir de services de coopération commerciale là où les parties ne souhaitent pas y recourir" (Avis CEPC, n° 10-07, 1^{er} avril 2010).

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

La question de savoir si l'on est soumis ou non à l'obligation d'établir une convention écrite soulève cependant des **difficultés d'interprétation**.

Il convient de prendre en compte différents paramètres:

- Nature du produit
- Objet de l'activité
- Rôle joué dans la chaîne de distribution.

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ L'existence de nombreux cas particuliers – Illustration

- Les **produits de grande consommation**, ou les **produits agricoles** mentionnés à l'article L443-2 du Code de commerce ont leur propre convention.
- Les **purs prestataires de services** comme les régies publicitaires y échappent, alors que ceux dont les prestations sont étroitement liées à l'achat-revente de produits (centrales d'achats qui rendent des services de coopération commerciale par exemple), tombent dans le champ de la convention écrite.
- Les **centrales de référencement agissant en tant que courtier**, se contentant de mettre en relations leurs adhérents avec les fournisseurs référencés ne relèvent pas de la convention écrite.

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ Champ d'application de l'obligation de rédaction d'une convention unique -

Notion de relation fournisseur/distributeur :

« Une convention écrite conclue **entre le fournisseur [...] et le distributeur ou le prestataire de services** mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale ».

= **article L. 441-3, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce**, convention de droit commun.

+ Renvoi à la convention de l'**article L. 441-4, I, du Code de commerce** pour les PGC

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ Sur la qualité de distributeur

Il est à noter que la place du distributeur dans la chaîne de distribution, ainsi que la nature de son activité, ne sont plus comme par le passé, déterminantes. **Ils seront soumis à la convention écrite de droit commun, qu'ils soient grossistes ou non.**

Pour rappel, les **grossistes** ont été intégrés dans la convention écrite de droit commun par l'ordonnance du 24 avril 2019. Il s'agit de : « *toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité.* » (Ex: les centrales d'achat ou de référencement de grossistes)

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ Sur la qualité de fournisseur

Un fournisseur qui vend ses produits à un distributeur sur le marché français doit être très attentif à la **formalisation de la négociation commerciale** dans de multiples situations:

- S'il vend des produits ou des services, il devra fournir ses CGV; **s'il en a établi**, à tout acheteur potentiel en faisant la demande.
- S'il vend des produits de grande consommation, ou des produits agricoles, il devra respecter un certain formalisme.
- S'il vend ses produits à un acheteur les utilisant pour ses propres besoins ou à un transformateur, il ne sera pas soumis à la convention unique, ses partenaires n'étant pas des distributeurs au sens de la loi.
- S'il vend ses produits à un distributeur sur la seule base de ses CGV, sans négociation, il ne sera pas astreint à la rédaction d'une convention unique.

A. Les contraintes de la convention unique

1. Les obligations de contractualisation des relations par écrit dans certains cas

❖ Sur la qualité de fournisseur (suite)

- S'il vend ses produits à un distributeur ou à un grossiste au sens de la loi, il sera tenu de conclure avec lui une convention unique.
- S'il fabrique des produits à la demande d'un acheteur qui les intégrera dans sa propre production, il devra respecter les exigences formelles allégées de la convention propre aux sous-traitants.
- S'il fabrique des produits de marque de distributeur (MDD) sur la base d'un cahier des charges précis et non des produits sur catalogue, il devra rédiger une convention écrite, dans la mesure où le contrat de MDD constitue un contrat d'entreprise.

A. Les contraintes de la convention unique

2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs

- Annuelle jusqu'à la loi Sapin II, **la convention peut être pluriannuelle** depuis le 1^{er} janvier 2017.

Article 441-3, IV du code de commerce:

*« La convention mentionnée au I est conclue **pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.** Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle fixe les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indicateurs disponibles reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.»*

A. Les contraintes de la convention unique

2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs

- Cette convention unique « *est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans* ». La CEPC a eu l'occasion de préciser que cette formulation **exclut toute possibilité de prévoir une durée plus longue, quelles que soient les circonstances.** (Avis CEPC n° 21-2,18 mars 2021)
- Le caractère impératif du formalisme **exclut toute possibilité de conclure une convention à durée indéterminée**, à partir du moment où l'exigence d'une convention unique est applicable en vertu de l'article L. 441-3 du code de commerce. (Avis CEPC n° 21-2,18 mars 2021)
- Cette limite maximale de 3 ans est applicable aussi bien lorsque les parties ont fait le choix d'établir la convention dans un document unique ou dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application.

A. Les contraintes de la convention unique

2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs

- La convention de droit commun doit être rédigée au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet, ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.
- Le 1^{er} mars constitue une **date butoir**. Une partie ne commet donc pas de faute en exigeant que la convention soit signée avant cette échéance.
- Le fournisseur peut imposer à son distributeur de signer la convention écrite avant le 1^{er} décembre, le 1^{er} mars ne constituant qu'une date butoir. (CA, Paris, 6 nov. 2019, n° 18-03352).

A. Les contraintes de la convention unique

2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs

Selon la CEPC, l'exception permettant de différer de deux mois la rédaction de la convention ne concerne que: « *des produits ou services dont les caractéristiques intrinsèques contraignent [...] à une saisonnalité de la commercialisation* » (Avis CEPC, n° 17-7, 27 avril 2017)



En dehors de cette exception, il n'est pas possible pour les entreprises de signer la convention unique hors des délais légaux.

Ils ne pourront se prévaloir du rythme fiscal et comptable de l'entreprise.

A. Les contraintes de la convention unique

2. Les obligations de validation d'une convention unique annuelle ou pluriannuelle entre fournisseurs et distributeurs

Communication spontanée des CGV :

- Dans un délai raisonnable avant le 1^{er} mars.

(article L. 441-3, V du Code de commerce)

Signature de la convention unique :

- Date butoir fixée au 1^{er} mars

(article L. 441-3, IV du Code de commerce)

Convention pluriannuelle :

- La convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.
- La convention peut prendre en compte un ou plusieurs indices reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

(article L. 441-3, IV du Code de commerce)

Régime des avenants :

- Tout avenant doit faire l'objet d'un « écrit ».
- Cet écrit doit mentionner « l'élément nouveau le justifiant ».

(article L. 441-3, II du Code de commerce)

A. Les contraintes de la convention unique

3. L'annexe annuelle au contrat de distribution peut servir de convention unique

Certaines relations économiques semblent **mal adaptées à la conclusion d'une convention unique annuelle.**

- Cela peut être le cas des **contrats de longue durée**. Les contrats de distribution sont par exemple très généralement conclus pour une durée indéterminée ou déterminée avec une tacite reconduction.

*"A l'inverse, lorsque l'économie de la relation commerciale appelle des contrats de longue durée tels que certains contrats de distribution (contrats de concession exclusive, par exemple) ou certains contrats de sous-traitance industrielle), **il paraît artificiel d'en réduire la durée à un an**". (CEPC, Avis n° 10-07, 1er avril 2010)*

- C'est également le cas des **contrats portant sur des produits à marque distributeur (dits « MDD »)**.

*« la réalisation d'un produit vendu sous marque de distributeur implique la mise en place d'un partenariat et, pour les deux parties, des investissements (corporels et incorporels) dont la période d'amortissement est souvent supérieure à un an. **De ce fait la convention annuelle ne constitue pas toujours une modalité adaptée à la négociation d'un tel contrat.** » (CEPC, recomm., n° 10-01, 3 juin 2010).*

A. Les contraintes de la convention unique

3. L'annexe annuelle au contrat de distribution peut servir de convention unique

Il est possible de prévoir une annexe annuelle au sein du contrat de distribution qui servira de convention unique.

Cette annexe au contrat de distribution pourra être signée tous les ans et inclura les prévisions contenues dans les conventions uniques:

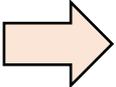
- tarifs
- réduction de prix
- rabais,
- remises
- ristournes ...

A. Les contraintes de la convention unique

4. Exception à l'impératif de convention unique: si les relations se font uniquement sur la base de CGV uniformes

Il est possible d'échapper à la convention unique si :

- les conditions de vente ne sont pas négociées,
- les rabais et remises sont appliqués uniformément à l'ensemble du réseau.

 Lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base de CGV générales ou catégorielles du vendeur, il n'est pas requis d'établir une convention unique conforme à l'article L.441-7 du code de commerce. (**Avis CEPC n° 10-07, 1^{er} avril 2010**).

A. Les contraintes de la convention unique

4. Exception à l'impératif de convention unique: si les relations se font uniquement sur la base de CGV uniformes

A l'inverse, à chaque fois que :

- des conditions dérogeant aux CGV sont conclues, ce qui implique une négociation,
- Que des membres bénéficient de remises différentes ou
- Que des services de coopération commerciale ou d'autres obligations sont convenus,

Il sera **alors obligatoire d'établir une convention unique.**

A. Les contraintes de la convention unique

4. Exception à l'impératif de convention unique: si les relations se font uniquement sur la base de CGV uniformes avec des remises uniformes et sans risques.

❖ Convention obligatoire / facultative :

Jurisprudence récente :

➤ **CA Lyon, 7 avril 2022, n° 18/07221**

La rédaction d'une convention écrite ne s'impose pas lorsque les relations entre les parties sont constituées par **une succession de commandes sur le fondement de CGV auxquelles il n'est pas dérogé.**

A. Les contraintes de la convention unique

4. Exception à l'impératif de convention unique: si les relations se font uniquement sur la base de CGV uniformes avec des remises uniformes et sans risques.

❖ Convention obligatoire / facultative :

Jurisprudence récente :

➤ **CEPC, avis n° 20-6, 17 déc. 2020**

Une centrale d'achat, s'approvisionnant auprès de fournisseurs pour revendre à des distributeurs indépendants, est soumise au formalisme prescrit par le nouvel article L. 441-3 du Code de commerce tant dans ses relations avec ses propres fournisseurs qu'avec ses clients qui achètent pour revendre. **Il n'y est fait exception que dans le cas où la relation d'approvisionnement est établie sur la seule base des conditions générales ou catégorielles de ses propres fournisseurs, ou de ses conditions générales ou catégorielles lorsqu'elle est fournisseur des distributeurs indépendants.**

A. Les contraintes de la convention unique

5. Les risques en cas de remises négociées différenciées ou de services de coopération commerciale sans établissement d'une convention unique ?

Il existe différents risques en cas d'organisation de remises négociées différenciées ou en cas de prévision de services de coopération commerciale.

A. Les contraintes de la convention unique

6. Les sanctions applicables en cas de non respect des règles de la convention unique

Article L. 441-6 du Code de commerce

- ⇒ Article unique de sanctions administratives.
- ⇒ Tout manquement aux dispositions des articles L. 441-3 à L. 441-5 du code de commerce est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder :
- **75.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **375.000 €** pour une **personne morale**.

A. Les contraintes de la convention unique

6. Les sanctions applicables en cas de non respect des règles de la convention unique

- ❖ Le **montant de ces amendes est doublé en cas de réitération de l'infraction** dans un délai de 2 ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

L'amende administrative est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L470-2 du code de commerce.

- ❖ La loi Sapin II a renforcé la rigueur du régime des sanctions de l'article L470-2 du code de commerce en supprimant la règle traditionnelle du non-cumul.

Dorénavant, **lorsqu'à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement.**



A. Les contraintes de la convention unique

6. Les sanctions applicables en cas de non respect des règles de la convention unique

Le déplafonnement des amendes autorise théoriquement l'infliction de sanctions colossales.

Pour illustration:

Trois enseignes de la grande distribution se sont vu infliger, au titre du non-respect du délai butoir du 1^{er} mars pour la signature de la convention écrite, des **amendes de 2,931 millions d'euro (pour 157 retards), 1,140 million d'euro (pour 140 retards) et 211 000 euros (pour 31 retards)**. Le montant des amendes a été proportionné au nombre et à l'importance des retards, ainsi qu'au chiffre d'affaires prévisionnel concerné. **(Communiqué de presse du ministère de l'Economie, 11 fév. 2020).**

I. Les avantages du contrat écrit en termes de légalité

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs
2. La soumission à des obligations déséquilibrées
3. La problématique des prix imposés

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs

❖ Prévision de l'article L.330-3 du code de commerce

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties **de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.**

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs

Ce document doit contenir notamment :

- l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise,
- l'état et les perspectives du développement du marché concerné,
- l'importance du réseau d'exploitants,
- la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat,
- le champ des exclusivités. (Article L. 330-3 al.2 du Code de commerce).

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs

- Ce document, ainsi que le projet de contrat doivent être communiqués **vingt jours au minimum avant la signature du contrat**, pour permettre au candidat concessionnaire de réfléchir avant de s'engager.
- Le fournisseur doit justifier qu'il a fourni l'information précontractuelle, et que son contenu est conforme aux articles L.330-3 et R.330-1 du code de commerce.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs

❖ Les conséquences du non respect de ces règles :

- **Nullité du contrat**, sur le fondement du vice du consentement (Dol ou erreur – Article 1130 du code civil), ou de l'information précontractuelle d'information si les informations transmises sont erronées (Article 1112-1 du code civil).
- **Dommages et intérêts** en réparation du préjudice éventuellement subi, sous réserve de démontrer le préjudice, la faute, et le lien causal avec la faute.
- **Amende** (du 5° de l'article 131-13 du code pénal):
 - **1 500 euros** au plus pour les contraventions de la 5e classe,
 - **montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive** lorsque le règlement le prévoit, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

1. Loi Doubin en cas d'obligation d'exclusivité avec fourniture de signes distinctifs

- Le défaut d'information, ou une information faite en dehors du délai légal **ne suffisent pas à caractériser un vice du consentement, et demander la nullité du contrat.**
(CA, Paris, 24 janvier 2018, n° 15/15812)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Le déséquilibre significatif – Notion

Article L. 442-1, I, 2° Code de commerce

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Le déséquilibre significatif – Notion

 Les conditions :

- L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce pose **deux conditions** :

① Un résultat : **des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.**

② Un comportement : **soumettre ou tenter de soumettre.**

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Le déséquilibre significatif – Appréciation



En pratique, la condition tenant à l'existence **d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** peut se déduire d'une:

- absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation,
- disproportion importante entre les obligations respectives des parties.



Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto. (CA, Paris, 25 nov. 2020, n° 19/00558)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Le déséquilibre significatif – Appréciation



En pratique, le critère de « comportement » du déséquilibre significatif est celui de la **soumission**, se traduisant par **une absence de négociation effective** (Com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823), et plus précisément lorsque :

- Le partenaire se trouve dans l'impossibilité de négocier effectivement les clauses.
- Le partenaire prouve avoir tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées

Peut notamment être pris en compte dans l'appréciation du pouvoir effectif de négociation: **le rapport de force entre les parties** compte tenu de leur taille, de leur poids économique et de leur présence sur le marché. (Cass. Com, 7 juillet 2021, n°19-22.807 et 19-22.956).

Il ne peut y avoir de soumission si l'entreprise l'alléguant peut facilement sortir du contrat ou adapter son activité.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Les avantages du contrat de distribution – L'appréciation globale du déséquilibre au regard de l'économie du contrat.

Les juges procèdent à une appréciation globale du déséquilibre, au regard de l'économie du contrat.

Ainsi, le déséquilibre est analysé **de manière concrète et globale**, sur la base des contrats conclus entre les parties, et non clause par clause. (Cass, 3 mars 2015 n° 13-27.525).

Il ressort de ce même arrêt que le déséquilibre significatif est apprécié en tenant compte du **contexte** dans lequel le contrat a été conclu ou proposé à la négociation.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

- ❖ **Les avantages du contrat de distribution – L'appréciation globale du déséquilibre au regard de l'économie du contrat.**

Par exemple:

- **T. Com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655 (« *Google c. Ministre de l'Economie* ») :**

Le déséquilibre significatif s'apprécie au regard de l'économie du contrat et du contexte de sa conclusion, et non clause par clause, à charge pour l'entreprise de démontrer que les stipulations litigieuses sont rééquilibrées par d'autres. Il n'est pas nécessaire de démontrer que des clauses déséquilibrées ont effectivement été mises en œuvre.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

- ❖ **Les avantages du contrat de distribution – Illustration**
- ❖ **Exemple : T.com de Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123 (Affaire Subway)**

Dans cette affaire, le tribunal de commerce de Paris a procédé à une illustration de ce que serait une clause déséquilibrée. Il s'agirait de celle qui est:

*« à la fois », « en faveur du franchiseur », « n'apporte au franchisé aucune contrepartie, ni découlant d'une autre clause, ni induite de son caractère nécessaire à la cohérence et à l'homogénéité du réseau, gage du succès de son propre investissement », et « **n'est pas compensée par un rééquilibrage global du contrat** ».*

=Le déséquilibre est à nouveau apprécié à l'échelle de l'économie du contrat.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Les avantages du contrat de distribution – L'appréciation globale du déséquilibre au regard de l'économie du contrat

Aussi, les obligations mises à la charge du distributeur peuvent être perçues comme une **contrepartie de l'avantage concurrentiel** dont jouit ce distributeur grâce à:

- Son usage d'une marque notoire
- L'exploitation d'un savoir faire
- Le bénéfice d'une exclusivité
- L'aide du réseau...

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

❖ Les avantages du contrat de distribution

Enfin, il importe peu que les accords de réseaux soient des contrats pré-rédigés, et que seules quelques clauses puissent être complétées par le destinataire du contrat. En effet, ce critère pris individuellement ne caractérise pas le critère de la soumission.

La jurisprudence récente indique à cet égard que:

*« L'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la preuve de l'absence de **pouvoir réel de négociation** de celui qui se prétend victime d'une soumission ou d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif mais il doit le prouver, par exemple en démontrant l'exclusion de toute possibilité de négociation.*

*Le déséquilibre significatif, doit être examiné au regard de l'analyse des clauses imposées dans la **convention en tenant compte des contreparties accordées, et de l'équilibre économique de l'opération.***

Le déséquilibre significatif est le plus souvent caractérisé par une absence de réciprocité des prérogatives contractuelles ou par une disproportion entre les droits et obligations des parties. »

(CA, Paris, 1^{er} juillet 2021, n° 19/04035)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées

Dès lors, l'absence de contrat écrit est un inconvénient majeur en ce qu'elle ne permet pas aux juges de procéder à une appréciation de ce déséquilibre au regard de « *l'économie du contrat* ».

En cas de relations basées sur les CGV, le risque est accru que l'on considère que le distributeur a été soumis à des obligations déséquilibrées.

Ainsi, le contrat de distribution écrit s'avère plus protecteur pour les parties en cas de grief de déséquilibre significatif.

Cela n'est pas sans conséquences, au regard des sanctions qui peuvent être infligées en cas de caractérisation d'un déséquilibre significatif.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

2. La soumission à des obligations déséquilibrées – Sanction

❖ Sanctions du déséquilibre significatif

Si la pratique restrictive de concurrence que constitue le déséquilibre significatif se trouve avérée, la société qui en est à l'origine encourt:

- Sa responsabilité (**Article L.442-1, I, 2° du code de commerce**).
- Une amende civile pouvant aller jusqu'au plus élevé des 3 montants suivants (**Article L.442-4 du code de commerce**):
 - 5 millions d'euros,
 - 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par l'entreprise
 - Le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus.
- La nullité de la clause ou des conditions générales (**L.442-4 du code de commerce**).

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

L'article L.442-6 du code de commerce interdit la pratique dite des « ***prix imposés*** »

= Le fait pour toute personne **d'imposer, directement ou indirectement**, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

- L'interdiction des prix minima imposés est prohibée *per se*. Il s'agit d'une pratique restrictive de concurrence.
- La sanction de cette pratique est celle d'une amende de 15.000 € et la nullité potentielle de la clause.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

La CEPC a notamment précisé ([Avis CEPC n° 21-4, 15 avr. 2021](#)) au regard de la jurisprudence, que le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives de concurrence considèrent que les prix de revente sont imposés lorsque trois conditions cumulatives sont remplies:

1. le fournisseur a communiqué à son distributeur des **prix de revente au détail**.
2. **une police des prix a été mise en place** par le fournisseur pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement de l'entente.
3. **Les prix communiqués** par le fournisseur sont **significativement appliqués** par une forte majorité des distributeurs du réseau.

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés – Illustrations

- « *Le franchisé s'engage à **respecter et ne pas modifier** (sauf modification de pure forme) les tarifs clientèles, ainsi que les modèles de contrats clients qui lui seront communiqués par le franchiseur* ». Les juges ont considéré que cette clause était illicite en ce qu'elle a: « *pour effet **d'imposer au franchisé d'appliquer à la clientèle le tarif déterminé et transmis par le franchiseur*** » (CA, Paris, 9 janv. 2019, n° 16/21425).
- Dans cette même décision, les juges ont considéré qu'une clause de fixation des prix illicite ne justifie pas le prononcé de la résolution aux torts du franchiseur dès lors que le manquement prêté à ce dernier n'a pas empêché l'exécution du contrat, que le franchisé n'a pas émis la moindre contestation sur ce point avant le litige et que fait défaut le degré de gravité exigé pour le prononcé de la résolution judiciaire (CA, Paris, 9 janv. 2019 précité)
- Le franchiseur qui **impose des prix de revente sous peine de sanctions ou de mesures dissuasives à l'encontre des membres du réseau se rend coupable de la pratique de prix imposés.** (TGI Brest, 21 févr. 1995, n° 519/95)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

L'article L.442-6 du code de commerce n'interdit pas les prix conseillés, ou recommandés, dès lors qu'ils ne sont pas contraignants.

Les opérateurs restent libres de pratiquer des prix simplement conseillés, ne revêtant aucun caractère contraignant pour le distributeur.

- Ainsi, la pratique de prix imposés n'est pas constatée lorsque le distributeur diffuse auprès des revendeurs, des brochures indiquant des prix conseillés ou promotionnels, **dès lors que ces brochures ne sont pas communiquées au client final et que le revendeur demeure maître de fixer son prix de vente** (CA Paris, 5 mai 1994, n° 92-023468)
- **Un prix « conseillé » peut dissimuler un prix imposé.** La Cour de cassation a ainsi sanctionné l'animateur d'un réseau de distribution sélective qui imposait le respect de prix prétendument conseillés par la menace de mesures de rétorsion d'ordre commercial, tels des refus de vente, ou l'exclusion du bénéfice de primes. (Cass. crim., 25 nov. 1991, n° 91-80.159)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

La pratique de prix imposés peut également être constitutive:

- d'une **entente** (Article L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE)
- d'un **abus de position dominante** (Article L.420-2 al.1 du code de commerce et 102 du TFUE)

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

La CEPC (**Avis n° 21-4, 15 avr. 2021**) a rappelé un **tempérament à l'interdiction des prix de revente (fixes, ou minima) imposés**:

« Alors même que la pratique serait constitutive d'une entente sur les prix, une exemption individuelle fondée sur l'article 101, §3 du TFUE, ou l'article L.420-4 du code de commerce pourrait toutefois être accordée lorsque l'entreprise est en mesure de faire la démonstration des 4 conditions requises pour l'octroi d'une exemption individuelle à savoir: la preuve des gains d'efficience, celle du caractère nécessaire et proportionné de la restriction de concurrence induite par la pratique de prix imposés, une répercussion de ces profits sur les utilisateurs finaux et l'absence d'élimination de toute concurrence sur le marché.

Les Lignes directrices sur les restrictions verticales citent 3 situations dans lesquelles **le fournisseur pourrait imposer au distributeur ses prix de revente**:

- Lancement d'un nouveau produit, afin de permettre sa promotion.
- Campagne de prix bas coordonnée de courte durée dans un réseau de franchise ou autre réseau de distribution appliquant un format de distribution similaire (2 à 6 semaines le plus souvent)
- Distribution de produits d'expérience ou complexe (notamment lorsque la marge supplémentaire offerte par le prix de revente imposés permet la fourniture de services de prévente additionnels. »

B. D'autres risques accrus en l'absence de contrat écrit

3. La problématique des prix imposés

En pratique:

- Le contrat de distribution peut permettre de mieux protéger le fournisseur contre le grief d'un prix imposé en rappelant la liberté de prix du distributeur.

Par exemple:

Un distributeur est mal fondé à demander la nullité du contrat de franchise en raison de la présence dans le contrat d'une clause de prix de revente conseillés, associée à une clause d'approvisionnement exclusif. En effet, **la clause litigieuse n'est assortie d'aucune sanction, d'aucune clause pénale, ni même d'aucune contrainte ou menace de rétorsion directe ou indirecte, ce qui l'exclut de la catégorie des clauses de prix minimum imposés contraires aux dispositions de l'article L.442-5 du code de commerce (ancien).** (CA Riom, 20 juin 2007, n° 06/01272)

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

❖ Le rôle des CGV et la forme de leur communication

Article L. 441-1, II du Code de commerce

Est concernée « **Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services** »

Article L. 441-1, III, alinéa 1er du Code de commerce

Les conditions générales de vente « **constituent le socle unique de la négociation commerciale** »

- Autrefois, l'objectif était de lutter contre le refus de vente et les pratiques discriminatoires. Aujourd'hui, l'objectif est de protéger les fournisseurs pour que la négociation commerciale s'engage sur la base des CGV.
- Cette communication s'effectue par « **tout moyen constituant un support durable** ». (Article L. 441-1, II, alinéa 1^{er} du Code de commerce). En pratique, il convient de privilégier l'envoi par e-mail.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

❖ Le contenu des CGV

Article L. 441-1, I du Code de commerce :

« Les conditions générales de vente comprennent notamment les **conditions de règlement**, les **éléments de détermination du prix** tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix ».

- ➡ Focus sur les **éléments tarifaires**
- ➡ Les conditions de vente ne sont plus mentionnées.
- ➡ MAIS le texte n'est **pas exhaustif** (« *notamment* »).

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

❖ Le contenu des CGV

Les conditions de règlement visent :

- Les **conditions d'escompte** (taux d'escompte accordé et le paiement comptant qui déclenche l'escompte ou l'absence d'escompte) ;
- Les **pénalités de retard** (taux minimum de trois fois le taux légal ; à défaut de mention, taux d'intérêt appliqué par la BCE majoré à 10 points) ;
- Les **délais de paiement** ; et
- L'**indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement** (fixée à 40 euros).

Les éléments de détermination du prix visent :

- Le **barème de prix unitaire** ; et
- Toutes les **réductions de prix** (notamment les remises promotionnelles ponctuelles et les ristournes différées de fin d'année).

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

A. Le sempiternel problème de l'opposabilité des CGV

❖ L'opposabilité des CGV

Article 1119 du Code civil :

« Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre **que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées** ».

- ➡ La charge de la preuve revient **au vendeur**.
- ➡ Les CGV doivent avoir été **connues et acceptées** par l'autre partie, **au plus tard au moment de la formation du contrat**. A défaut, elles ne sont pas opposables. (Cass, 1^{ère} civ. 24 avr. 2013, n°12-14.929 et 12-15.323)
- ➡ Cette connaissance et cette acceptation des CGV entre professionnels se déduisent principalement de la signature d'un document y faisant expressément référence (billets, reçus, factures, lettres de confirmation de commande...)
- ➡ Les relations d'affaires entre les deux professionnels ont pu être prises en compte par les juges pour appréciation. (Cass. Com. 11 oct. 2005, n°97-14.072)

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

B. Quelques exemples de difficultés pratiques

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique

- Cass.com, 14 sept. 2022, n° 20-20.736 : Une clause limitative de responsabilité insérée dans les conditions générales d'un contrat établi par un professionnel doit avoir été **connue et acceptée** par l'autre professionnel pour lui être opposable.
- CA, Paris, 25 nov. 2021, n° 18/04749 : le vendeur **ne rapporte pas la preuve** que dans le cadre d'un courant d'affaires, les clients auraient eu connaissance des CGV, de sorte **qu'elles ne lui sont pas opposables**.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique

- CA, Versailles, 3 mai 2016, n° 15/02478

« Mais force est de constater que ces conditions générales, qui ne sont ni signées, ni paraphées par la société [...], ne sont évoquées que de manière tout à fait accessoire dans le contrat, qui ne précise à aucun moment qu'elles lui ont été remises, qu'elle en a pris connaissance, qu'elle les a acceptées et qu'elles font ainsi partie intégrante de la relation contractuelle, peu important à cet égard la prétendue qualité de professionnelle avertie de cette société. »

⇒ Les CGV ont alors été déclarées inopposables par la Cour d'appel.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique

- CA, Paris, 8 déc. 2021, n° 19/17905

Le fournisseur qui n'a pas intégré ses conditions générales de vente à la convention annuelle conclue avec le distributeur ne peut invoquer leurs dispositions à l'appui d'une demande de remboursement des remises versées en cours de contrat.

⇒ L'opportunité d'intégrer les CGV à la convention unique doit être appréciée au cas par cas.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique (suite)

Une difficulté en pratique porte également sur l'**appréciation du silence gardé par le destinataire du document comportant les conditions générales.**

Ainsi, la continuité des relations commerciales, sans contestation, constitue une illustration d'une **acceptation implicite** par l'acheteur.

Exemple:

- *"la poursuite des relations commerciales [...] pendant plus de trois années sans la moindre difficulté, permet de retenir, avec l'évidence requise en référé, l'existence d'une acceptation implicite [...] de ces conditions générales de vente figurant en troisième page des devis et au verso de toutes les factures". (CA, Paris, 1^{er} fév. 2019, n° 18/04526).*

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique (suite)

Ou encore:

- **CEPC, Avis n° 20-5, 24 sept. 2020.** Le prestataire avait transmis les nouvelles CGV à son client par courrier en indiquant que ces dernières s'appliqueront à la relation commerciale lors du renouvellement du contrat en cours, à moins que le client indique par écrit qu'il ne souhaitait pas bénéficier des nouvelles conditions contractuelles. Le client n'a pas fait usage de sa possibilité de refuser l'application des nouvelles conditions. La commission a donc considéré que **le client avait accepté implicitement les nouvelles conditions générales de vente.**

Cet avis est conforme à l'article 1120 du code civil prévoyant que:

« le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique (suite)

- En pratique, les CGV figurent fréquemment au verso des factures. Or, elles doivent avoir été communiquées au préalable au destinataire pour faire partie du champ contractuel et être opposables.

Par exemple:

*«Considérant qu'en n'ayant porté ses conditions générales de vente à la connaissance de BOUYGUES ENERGIES qu'au moment de l'envoi de sa facture, celles-ci n'étaient pas connues de son co-contractant au moment tant de la passation de la commande, que de son acceptation et/ou de la livraison des marchandises, de sorte que **c'est à juste titre que l'appelante soutient qu'elles étaient hors du champ contractuel des parties ;** » (CA, Paris, 26 juin 2020, n° 18/02491)*

⇒ Les CGV ont été considérées comme n'étant pas opposables par la Cour d'appel.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique (suite)

Ou encore:

- « Outre que les photocopies de factures produites laissent apparaître un verso vierge donc dépourvu des conditions générales de vente, il y a lieu de préciser que **le client doit avoir connaissance de celles-ci au moment où il contracte soit lorsqu'il passe commande et non lors de la réception des factures.** Il n'est pas démontré l'existence entre les deux sociétés, d'un courant d'affaires antérieur à la présente commande et de la réception de factures justifiant de la connaissance par la société A.R.F., des conditions générales de vente de la société . **En conséquence, la société Saphymo ne rapportant pas la preuve de la communication à la société A.R.F., de ses conditions générales de vente, celles-ci ne sont pas entrées dans le champ contractuel et sont inopposables.**" (CA, Douai, 20 sept. 2018, n° 16/01388)

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

II.B. Exemples de difficultés en pratique (suite)

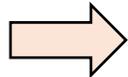
La conclusion d'un contrat faisant expressément référence à la connaissance et l'acceptation des CGV s'avère importante pour rendre l'opposabilité de ces dernières efficace.

Pour rendre opposables les CGV, il ne pourra qu'être recommandé de faire signer celles-ci par son destinataire, afin de se ménager la preuve de leur acceptation.

II. Les avantages du contrat écrit en termes d'opposabilité des conditions

Ainsi, au regard:

- des difficultés probatoires de la connaissance et de l'acceptation des CGV par son destinataire,
- du contentieux abondant sur cette problématique;



Il apparaît plus pertinent d'établir un contrat écrit faisant expressément référence à la connaissance et à l'acceptation des CGV par son destinataire ou comportant des clauses contractuelles définissant clairement les conditions acceptées par les parties.

**III. Les avantages du contrat
écrit en termes d'opportunités
commerciales et stratégiques
pour les fournisseurs**

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

A. La gestion du réseau

1. L'exclusivité territoriale
2. L'exclusivité partagée
3. La définition des ventes actives et passives
4. Le pass-on
5. La clause d'intuitu personae

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

A. La gestion du réseau

- 6.1. La clause de juridiction
- 6.2. La clause de loi applicable
- 7. La clause d'évolution des tarifs
- 8. Les clauses résolutoires
- 9. Les autres clauses intéressantes

1. L'exclusivité territoriale

Lignes directrices sur le Règlement vertical

« La principale différence entre les deux types de système de distribution réside dans la nature de la protection accordée au distributeur. **Dans un système de distribution exclusive, le distributeur est protégé contre les ventes actives réalisées par des acheteurs situés hors du territoire exclusif, alors que, dans un système de distribution sélective, le distributeur est protégé contre les ventes actives et passives effectuées par des distributeurs non agréés** »

DISTRIBUTION SELECTIVE

Principe : Pas d'exclusivité territoriale au profit du distributeur.

DISTRIBUTION EXCLUSIVE

Principe : **Exclusivité** territoriale au profit du distributeur.

Conséquence de ce principe : Pour assurer l'exclusivité territoriale du distributeur, le fournisseur s'engage à ne pas commercialiser lui-même ses produits sur le territoire concédé, sauf s'il s'est réservé la faculté de vendre directement les produits contractuels à certaines catégories de clientèle.

Le fournisseur qui désigne ou approvisionne un autre distributeur dans la zone concédée au distributeur exclusif commet une faute qui engage sa **responsabilité contractuelle**, qui peut justifier la **résiliation du contrat**, et qui peut recevoir la qualification de **rupture brutale**.

Rédaction de la clause L'étendue de l'exclusivité accordée doit être précisément définie dans la clause, sous peine pour le contrat d'être annulé (CA Paris, 2 oct. 1991) ou requalifié.

Modification de la clause : La modification de l'étendue du territoire concédé décidée **unilatéralement** par le fournisseur constitue une **faute qui peut justifier la résiliation du contrat**.

2. L'exclusivité partagée

1

ADMISSION DEPUIS LE NOUVEAU REGLEMENT VERTICAL DU 10 MAI 2022 DES EXCLUSIVITES PARTAGEES

Article 4 : Il est désormais possible pour un fournisseur de restreindre, à la fois dans un réseau de distribution exclusive et dans un réseau de distribution sélective :

« des ventes actives du distributeur exclusif [ou sélectif] et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq autres distributeurs exclusifs ».

En revanche, assez logiquement, dans le cas d'une exclusivité partagée, chaque distributeur exclusif est libre d'effectuer des ventes tant actives que passives sur le territoire ou à la clientèle qui lui ont été alloués en partage avec d'autres distributeurs.

2

QUELQUES EXEMPLES DE L'INTERET D'UN ECRIT EN PRESENCE D'UNE EXCLUSIVITE PARTAGEE

Détenir une trace écrite des distributeurs se partageant une exclusivité.

S'assurer qu'il n'y a jamais plus de cinq distributeurs qui se partagent une exclusivité.

Être en mesure de prouver facilement, en cas de besoin, que l'organisation du réseau s'inscrit parfaitement dans les dispositions du règlement d'exemption verticale.

3. La définition des ventes actives et passives

	Distribution exclusive	Distribution sélective
Ventes actives	<p>Le contrat de distribution exclusive protège le ou les distributeurs (s) d'une zone, des ventes actives de la part des autres membres du réseau, lesquelles <u>peuvent</u> dès lors être interdites..</p> <p>Le fournisseur <u>peut</u> désormais imposer au distributeur de répercuter cette interdiction sur ses clients directs.</p>	<p>Le nouveau règlement permet de convenir avec ses distributeurs une restriction des ventes actives et passives de leurs clients à des revendeurs non agréés.</p>
Ventes passives	<p>Dans le système mis en place par le nouveau règlement restrictions verticales, le fournisseur peut à présent également interdire les ventes passives de ses distributeurs exclusifs et de leurs clients directs à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels.</p>	<p>L'interdiction des ventes passives est prohibée, sauf en ce qui concerne les ventes à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré.</p>

4. Le pass on

Distribution sélective

- Avec le nouveau règlement n°2022/720 (art. 4, sous c), i, (2), la tête de réseau peut étendre l'interdiction de revendre à des tiers hors réseau aux clients directs de ses revendeurs. La prévision d'une telle clause permet de convenir avec ses distributeurs une restriction des ventes actives et passives de leurs clients à des revendeurs non agréés.
- Cette faculté peut permettre d'éviter certains contournements de l'interdiction de revente hors réseau.

Distribution exclusive

- Dans un tel système, la prévision d'une clause de pass on permet d'étendre la restriction des ventes actives aux clients directs du distributeur exclusif (règlement n°2022/720, art. 4, point b, i).
- Une telle clause peut permettre d'éviter certains contournements de l'interdiction des ventes actives hors zone d'exclusivité.

5. La clause d'intuitu personae

1

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION SONT GÉNÉRALEMENT CONCLUS INTUITU PERSONAE

DISTRIBUTION SELECTIVE

Les membres du réseau sont des **distributeurs agréés**, qui remplissent des **critères établis** par la tête de réseau

DISTRIBUTION EXCLUSIVE

Le contrat de distribution exclusive constitue **par essence** un contrat conclu intuitu personae. C'est la qualité du distributeur qui **justifie l'exclusivité qui lui est concédée**.

2

CONSEQUENCES DU CARACTÈRE INTUITU PERSONAE DU CONTRAT

CESSION DU CONTRAT

La cession du contrat suppose l'accord du fournisseur.

MODIFICATION DANS LA SITUATION JURIDIQUE DU DISTRIBUTEUR OU DE SON CAPITAL

Un accord préalable du fournisseur peut également être requis.

LA RESILIATION DU CONTRAT PEUT NOTAMMENT ÊTRE JUSTIFIÉE PAR:

- La prise d'intérêts dans la représentation d'une marque concurrente ;
- La représentation d'une marque concurrente sans autorisation du fournisseur ;
- Changement dans la composition du capital du distributeur sans l'accord préalable du fournisseur.

En revanche, en l'absence de clause expresse d'intuitu personae, il a été jugé que le changement de dirigeant de la société concessionnaire ne justifiait pas la rupture immédiate des relations (**Cass. com., 29 janv. 2013, n°11-23.676**), d'où l'intérêt de conclure un accord écrit contenant une clause d'intuitu personae la plus complète possible.

6.1. La clause de juridiction

1

DANS UNE SITUATION INTERNATIONALE, ET EN L'ABSENCE DE CLAUSE, LA JURIDICTION COMPETENTE SERA DETERMINEE GRACE A DES REGLES DE CONFLIT

REGLE DE COMPETENCE GENERALE – Article 4 du Règlement Bruxelles I bis : Possibilité d'attirer un défendeur devant les **juridictions de l'Etat membre de son domicile**.

REGLE DE COMPETENCE SPECIALE – Matière contractuelle – Article 7(1) du Règlement Bruxelles I bis : Compétence de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, soit par exemple le lieu de livraison de marchandises (en matière de ventes de marchandises), ou le lieu de fourniture des services (en matière de fourniture de services).

Le contrat suivant reçoit la qualification ci-dessous au sens du droit européen :

- Le contrat d'agence commerciale est un contrat de fourniture de services, où l'agent exécute une prestation de négociation pour le compte de son commettant (CJUE, 11 mars 2010, Wood Floor, C-19/09).

2

L'INTERET D'UNE CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

SECURITE JURIDIQUE ET PROCEDURALE – Maîtriser le contentieux éventuel en choisissant avant tout litige la juridiction compétente.

LOIS DE POLICE – La compétence d'une juridiction garantit et impose l'applicabilité, quelle que soit la loi applicable au litige, des lois de police de l'Etat dont la juridiction est saisie. Ainsi, si le juge français est compétent, il lui sera fait obligation d'appliquer les lois de police françaises, soit des lois dont le respect est jugé crucial pour la sauvegarde des intérêts publics.

Dans un tel cas de figure, le juge français devra notamment appliquer les dispositions relatives au déséquilibre significatif (Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31.536).

3

L'INTERET D'UNE CLAUSE ECRITE

LA VALIDITE D'UNE CLAUSE EST SUBORDONNEE A UN CERTAIN NOMBRE DE CONDITIONS:

La validité d'une clause attributive de juridiction, et notamment son opposabilité, sont subordonnées à plusieurs conditions, à savoir :

- Être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ;
- Être conclue sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ;
- Être conclue, dans le commerce international, sous une forme conforme à un usage dont les parties ont connaissance.

L'opposabilité de la clause suppose par ailleurs le consentement exprès et effectif des parties.

Il est dès lors préférable de conclure une telle clause par écrit, pour s'assurer de sa validité et de sa pleine effectivité.

6.2. La clause de loi applicable

1

DANS UNE SITUATION INTERNATIONALE, ET EN L'ABSENCE DE CLAUSE, LA LOI APPLICABLE SERA DETERMINEE GRACE A DES REGLES DE CONFLIT

REGLE DE CONFLIT – Matière contractuelle – Article 4 du Règlement Rome I :

« 1. A défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit :

f) Le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle.

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ».

2

L'INTERET D'UNE CLAUSE DE LOI APPLICABLE

SECURITE JURIDIQUE ET CONTRACTUELLE – Maîtriser le contentieux éventuel ainsi que le régime applicable aux obligations contractuelles en choisissant avant tout litige la loi du contrat.

Cette clause présente également l'avantage de s'assurer de l'applicabilité d'un droit que l'on connaît et maîtrise.

Cette clause présente enfin l'avantage de s'épargner un débat, au stade contentieux, sur la loi applicable, et d'ainsi pouvoir se concentrer sur le fond du litige.

3

L'INTERET D'UNE CLAUSE ECRITE

Article 3 du Règlement Rome I : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. **Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause** ».

Pour s'assurer de l'effective applicabilité de la loi choisie par les parties, il est préférable d'en convenir par écrit, au sein d'une clause non-équivoque pour satisfaire à l'impératif d'une choix « exprès » ou qui « résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». En l'absence d'une clause écrite, il sera plus difficile d'établir de manière certaine qu'une loi a bien été choisie par les parties.

7. La clause d'évolution des tarifs

POSSIBILITE DE FIXER UNILATERALEMENT LE PRIX, A CONDITION DE L'AVOIR CONVENU PAR ECRIT DANS SON CONTRAT CADRE

Article 1164 du Code civil :

« Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

Cette possibilité n'est offerte aux parties qu'en cas de clause expresse.

8. Les clauses résolutoires

1

LES MANIÈRES DE ROMPRE UNILATERALEMENT UN CONTRAT

Clause résolutoire

Action en justice (long et incertain)

Unilatéralement, aux risques et périls de l'auteur de la rupture (risqué)

2

LES EXEMPLES DE CAS D'OUVERTURE A RESOLUTION EVENTUELLE DU CONTRAT SELON LE TYPE DE CONTRAT DE DISTRIBUTION

- Non-respect des critères de sélection et d'agrément ;
- Revente hors réseau ;
- Présentation dévalorisante des produits contractuels ;
- Ne pas disposer de son propre atelier de réparation et de personnel compétent ;
- Impayés ;
- Insuffisance des résultats (attention à la justifier par un manque de moyens) ;
- Atteinte à l'intuitu personae.

9. Autres clauses intéressantes

1

EN L'ABSENCE DE CLAUSE

RESERVE DE PROPRIETE : Absence de retenue de propriété en cas de vente.

PASSATION DE COMMANDES : Il n'existe aucun cadre définissant la manière dont les commandes doivent être faites, et si et à quelles conditions elles peuvent être refusées.

CONFIDENTIALITE : En l'absence de clause, les parties ne seront tenues que par une obligation légale de confidentialité et par le secret des affaires.

2

EN PRESENCE D'UNE CLAUSE

RESERVE DE PROPRIETE : Il est possible de prévoir que tant que le paiement n'est pas intervenu, les stocks demeurent de la propriété du fournisseur.

PASSATION DE COMMANDES : Il est possible d'encadrer la méthode de passation des commandes, pour fluidifier le processus, mais aussi pour éviter toute difficulté d'interprétation en cas de contentieux. Les clauses suivantes pourraient notamment être envisagées :

- Pour fluidifier les commandes, obliger le distributeur à suivre un processus défini (portail internet, mail, appel, etc.) sous réserve de retard de livraison ou frais supplémentaires ;
- En cas de rupture de stock, de toute autre difficulté dans la politique de distribution, ou d'inexécution de la part du distributeur, stipuler la possibilité de refuser des commandes.

CONFIDENTIALITE : Les parties pourront aménager le devoir de confidentialité, en l'étendant à d'autres documents et informations normalement non protégés.

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

B. Les avantages du contrat en cas de cession de l'entreprise

❖ La cession du contrat de distribution

Article 1216 du Code civil: 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.

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

- En cas de **cession du contrat de distribution** par le distributeur, l'article 1216 du Code civil prévoit qu'un accord exprès ou tacite doit être donné par le débiteur cédé (fournisseur, concédant, franchiseur...). La cession doit être constatée par écrit à peine de nullité.
- **Une clause d'agrément** peut avoir été prévue dans le contrat, portant sur la personne du cessionnaire.
- Si le contrat est cédé sans que l'agrément ne soit sollicité, le **contrat est inopposable au bénéficiaire de la clause d'agrément. Ce dernier peut obtenir des dommages et intérêts.**

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

B. Les avantages du contrat en cas de cession de l'entreprise

❖ La cession du contrat de distribution

- La validité des clauses d'agrément est reconnue en droit de la concurrence.

III. Les avantages en termes d'opportunités commerciales et stratégiques pour les fournisseurs

B. Les avantages du contrat en cas de cession de l'entreprise

L'agrément de la cession est subordonné à une clause précise.

Ainsi, il est nécessaire de prévoir en amont dans le contrat des clauses encadrant la cession du contrat de distribution, du fonds de commerce ou des parts sociales ou actions de l'entreprise partenaire.

Plus globalement, une entreprise disposant d'un réseau est mieux valorisée en cas de cession, lorsque des contrats ont été conclus.

CONCLUSION

Même si elle impose un certain formalisme et une gestion des contrats, la rédaction d'un contrat de distribution écrit apparaît plus favorable en termes de légalité, d'opposabilité des contrats, de sécurité juridique et plus particulièrement en termes d'opportunités commerciales et stratégiques.

**Merci pour votre attention !
Des questions ?**



Legal Intelligence By **Vogel**