

Les contrats de distribution

par

Christoph Müller

Professeur à l'Université de Neuchâtel*

I. Introduction	61
II. Les différents contrats de distribution	63
1. Le contrat d'agence.....	64
<i>a. Généralités</i>	<i>64</i>
<i>b. Degré d'indépendance du distributeur (agent)</i>	<i>65</i>
<i>c. Pouvoirs du distributeur (agent) envers le client final.....</i>	<i>68</i>
<i>d. Résiliation du contrat.....</i>	<i>69</i>
<i>e. Conséquences de la fin du contrat.....</i>	<i>72</i>
<i>f. Validité au regard du droit de la concurrence.....</i>	<i>73</i>
2. Le contrat de représentation exclusive	75
<i>a. Généralités</i>	<i>75</i>
<i>b. Degré d'indépendance du distributeur (concessionnaire).....</i>	<i>76</i>
<i>c. Pouvoirs du distributeur (concessionnaire) envers le client final.....</i>	<i>78</i>
<i>d. Résiliation du contrat.....</i>	<i>78</i>
<i>e. Conséquences de la fin du contrat.....</i>	<i>79</i>
<i>f. Validité au regard du droit de la concurrence.....</i>	<i>80</i>
3. Le contrat de franchise.....	81
<i>a. Généralités</i>	<i>81</i>
<i>b. Degré d'indépendance du distributeur (franchisé).....</i>	<i>83</i>
<i>c. Pouvoirs du distributeur (franchisé) envers le client final.....</i>	<i>84</i>

* Je remercie Mme Leïla Saïd, assistante-étudiante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour sa précieuse aide dans la préparation de cette contribution.

<i>d. Résiliation du contrat</i>	85
<i>e. Conséquences de la fin du contrat</i>	87
<i>f. Validité au regard du droit de la concurrence</i>	87
III. Résumé comparatif	87
IV. Conclusions sous forme de quelques conseils pour la rédaction	88
1. Généralités	88
2. Limites à la liberté contractuelle	89
3. Préambule	90
4. Droits et obligations des parties	90

I. Introduction

1. Le droit suisse ne connaît pas de contrat de distribution (*Vertriebsvertrag*) en tant que tel. Il ne définit pas non plus le terme de « distribution »¹. On peut cependant déduire de la pratique que la distribution désigne les divers systèmes commerciaux liés à la mise sur le marché de biens ou de services². Le *droit de la distribution* (*Vertriebsrecht*) désigne dès lors toutes les questions juridiques en rapport avec le commerce de biens et services³.
2. La distribution représente un *élément important du commerce moderne*, car elle sert d'intermédiaire entre la production et la consommation. Elle est particulièrement importante pour un pays exportateur comme la Suisse. En 2012, la Suisse a ainsi exporté des marchandises d'une valeur totale CHF 201 milliards, contre des importations d'une valeur totale de CHF 177 milliards. Les principaux partenaires à l'exportation étaient, pendant la même année, l'Allemagne (19,9%), les Etats-Unis (11,1%) et l'Italie (7,5%)⁴.
3. La distribution remplit plusieurs *fonctions* : elle sert tout d'abord à l'acheminement des produits et des services jusqu'aux clients finaux. Elle a ensuite une fonction de stockage qui veille à ce qu'une quantité suffisante de produits soit disponible sur le marché en régulant d'une part la demande des clients et d'autre part les capacités de production de l'entreprise. De plus, elle permet de transférer la prise de risques commerciaux ainsi que le financement de la distribution (salaires des employés, loyers pour les locaux de

¹ GOBAT SÉBASTIEN, L'indemnité de clientèle du distributeur, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 16.

² LA SPADA FABRIZIO, La typologie des accords de distribution, *in* : Gilliéron/Ling (édit.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 1.

³ WILDHABER CHRISTOPH, Was versteht man unter Vertriebsrecht, *in* : Kull/Wildhaber (édit.), Schweizer Vertriebsrecht, Zurich/St-Gall 2008, N 68.

⁴ <http://www.ezv.admin.ch/themen/00504/index.html?lang=fr&download=M3wBUQCu/8ulmKDu36WenojQ1N'TTjaXZnqWfVp7Yhmfhnpmmc7Zi6rZnqCkkIN5f36AbKbXrZ2lhtTN34al3p6YrY7P1oah162apo3X1cjYh2+hoJVn6w==&typ=.pdf> (12.04.2013).

stockage et/ou de vente, etc.) du fournisseur au distributeur⁵. La distribution peut poursuivre d'autres buts comme le développement du marché du fournisseur, auquel le distributeur peut contribuer, ou la mise en place d'un service clientèle⁶.

4. On distingue habituellement entre deux types de distribution, la distribution intégrée et la *distribution non intégrée*. Dans la distribution intégrée, le fournisseur distribue lui-même ses produits, le cas échéant par l'intermédiaire de succursales ou filiales. La distribution non intégrée désigne par contre la distribution par l'intermédiaire de distributeurs indépendants. La présente contribution ne traitera que de la distribution non intégrée, car c'est dans ce cadre-là que les contrats de distribution représentent un élément indispensable⁷.
5. Le contrat (ou l'accord) de distribution peut être défini comme un contrat «entre deux parties économiquement et juridiquement indépendantes, par lequel le fournisseur, en échange d'un prix et/ou d'une redevance, vend un produit et/ou concède l'usage d'un bien immatériel au distributeur pour lui permettre de vendre un bien et/ou de prester un service (produit contractuel) à ses clients. L'échange porte en outre sur une ou plusieurs obligations supplémentaires. [...] Généralement, l'accord de distribution est conclu pour une certaine durée ou, du moins, il s'inscrit dans un rapport de transactions répétées entre les parties»⁸. Cette définition permet de dégager les points communs suivants aux contrats de distribution : premièrement, les deux parties aux contrats de distribution, à savoir le fournisseur et le distributeur, sont juridiquement et économiquement indépendantes l'une de l'autre ; deuxièmement, les contrats de distribution sont des contrats de durée⁹.

⁵ GOBAT (n. 2), p. 10 s.

⁶ XOUDIS JULIA, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 8.

⁷ WILDHABER (n. 4), N 40 ss.

⁸ XOUDIS (n. 7), p. 51.

⁹ MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N 81.

6. Les contrats de distribution étant pour la plupart des *contrats innommés*, ceux-ci ne sont pas au bénéfice d'une réglementation légale spécifique dans le Code des obligations ou dans une loi spéciale¹⁰. Cette absence de règles dispositives oblige les parties à un contrat de distribution à être d'autant plus vigilantes dans la négociation et la rédaction de tels contrats (N 64 ss). En cas d'oubli, d'imprécision ou d'incohérence, il sera plus difficile d'avoir recours à la loi supplétive pour remédier aux insuffisances du contrat.

II. Les différents contrats de distribution

7. La législation et la pratique suisses connaissent essentiellement *trois contrats fréquemment utilisés* dans la distribution non intégrée, à savoir le contrat d'agence (N 10 ss), le contrat de représentation exclusive (N 32 ss) et le contrat de franchise (N 46 ss). Il existe cependant d'autres constellations contractuelles à classer dans les contrats de distribution, qui ne seront pas traitées dans le cadre de cette contribution, comme le contrat de vente assorti d'obligations supplémentaires¹¹, le contrat estimatoire¹² ou le contrat d'agence-commission¹³.
8. La *terminologie* des trois principaux contrats de distribution examinés ici ne fait pas l'unanimité en doctrine. En plus, la dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour sa qualification juridique¹⁴, de sorte qu'il ne suffit par exemple pas d'intituler un contrat « contrat de franchise » pour qu'il en soit effectivement un. En effet, les parties pourraient être tentées de dissimuler la nature véritable de leur relation contractuelle dans le but d'éluder certaines règles légales impératives¹⁵. Il ne suffit pas non plus que les parties aient eu l'intention commune de conclure un certain type de contrat pour

¹⁰ MÜLLER (n. 10), N 2848 ss.

¹¹ GOBAT (n. 2), p. 37.

¹² MÜLLER (n. 10), N 3239 ss.

¹³ GOBAT (n. 2), p. 55.

¹⁴ ATF 131 III 217 consid. 3, p. 219.

¹⁵ ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 668.

que cela soit effectivement le cas : « *ce qui compte, c'est la réalité des relations contractuelles finalement nouées par les parties* »¹⁶.

9. Afin de faciliter la comparaison entre les trois contrats, l'analyse de chacun d'eux suivra la même *structure*. Après une présentation générale, cette contribution se concentrera sur le degré d'indépendance du distributeur, les pouvoirs du distributeur envers le client final, la résiliation du contrat, les conséquences de la fin du contrat et la validité au regard du droit de la concurrence.

1. Le contrat d'agence

a. Généralités

10. Le contrat d'agence (*Agenturvertrag*) est régi par les *articles 418a à 418v CO*. Il s'agit donc d'un contrat nommé par lequel un distributeur (l'agent) prend, à titre permanent, l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs fournisseurs (mandants) ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a al. 1^{er} CO). Le Code des obligations ne définit pas le contrat d'agence, mais précise les conditions dans lesquelles un distributeur doit être considéré comme agent. En tant que mandataire particulier, l'agent ne promet pas un résultat, mais une activité en vue d'un résultat¹⁷. Contrairement au contrat de mandat proprement dit, le contrat d'agence est un contrat de durée¹⁸. En effet, le contrat d'agence n'est pas limité à une affaire ponctuelle, même s'il n'est pas nécessaire que les parties conviennent d'une durée minimale¹⁹. Il ressort de l'article 418b CO qu'il existe deux sortes d'agents : l'agent négociateur et l'agent stipulateur. L'agent négociateur ne peut que négocier des contrats avec les clients finaux (contrats qui seront finalement conclus

¹⁶ ATF 129 III 664 consid. 3.3, p. 669.

¹⁷ VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2007, N 132.

¹⁸ Arrêt du TF 4C.218/2005 du 3 avril 2006 consid. 3.2.

¹⁹ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418a N 1.

directement par le fournisseur), alors que l'agent stipulateur peut aussi conclure des contrats avec les clients finaux, en tant que représentant direct du fournisseur²⁰.

11. En pratique, il est parfois difficile de distinguer le contrat d'agence du *contrat du voyageur de commerce* (art. 347 ss CO). En effet, les positions de l'agent et du voyageur de commerce sont identiques d'un point de vue économique, à savoir que tous deux sont des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. Seule leur situation juridique diffère²¹. Juridiquement, le voyageur de commerce se trouve dans un rapport de subordination envers son employeur²², ce qui n'est pas le cas de l'agent²³ (N 12 ss). Cette absence d'indépendance juridique du voyageur de commerce est aussi la raison pour laquelle le contrat du voyageur de commerce ne fait pas partie des contrats de distribution (N 4).

b. Degré d'indépendance du distributeur (agent)

12. L'agent, contrairement à l'employé, agit à titre indépendant²⁴, c'est-à-dire qu'il ne se trouve pas dans un rapport de subordination envers le fournisseur²⁵. L'*indépendance de l'agent* est de nature juridique et non économique²⁶, puisque le caractère durable du contrat d'agence implique une dépendance économique accrue de l'agent envers son fournisseur²⁷. L'agent peut être une personne physique ou morale, qui supporte seule les coûts et les risques (sous réserve de l'art. 418*n*

²⁰ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418*a* N 6.

²¹ ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 667.

²² ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 667.

²³ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence, FF 1947 III 681, p. 682.

²⁴ MÜLLER (n. 10), N 2131.

²⁵ ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 668.

²⁶ Arrêt du TF 4C.270/2002 du 11 février 2003, consid. 2.2.

²⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence, FF 1947 III 681, p. 686. Voir aussi arrêt du TF 4C.218/2005 du 3 avril 2006, consid. 3.2.

CO) de son activité commerciale. Par conséquent, l'agent est libre de s'organiser comme il l'entend et donc de disposer de son temps à sa guise²⁸. De plus, il n'est pas lié par les consignes de son fournisseur²⁹, à l'exception des instructions raisonnables concernant la conclusion ou la négociation d'affaires concrètes³⁰.

13. L'agent a également la possibilité d'engager du personnel ainsi que, dans les limites de l'article 399 al. 2 CO, des sous-agents³¹. Puisque l'agent assume une obligation de moyens et non de résultat, il peut donc, par une *substitution*, confier à des tiers indépendants des tâches que ceux-ci exécuteront de manière indépendante et sous leur seule responsabilité. Si tel est le cas, l'agent assumera uniquement une responsabilité quant au soin avec lequel il a choisi les sous-agents (*cura in eligendo*) et les a instruits (*cura in instruendo*). Il n'assume en revanche aucune obligation de surveillance (*cura in custodiendo*)³². Lorsqu'il a été convenu que l'agent ne peut pas recourir à des sous-agents, l'agent répond alors des actes des sous-agents comme de ses propres actes, en vertu de l'article 399 al. 1^{er} CO. Dans tous les cas, le fournisseur a, sur la base de l'article 399 al. 3 CO, les mêmes droits envers les sous-agents qu'envers l'agent³³.
14. La liberté de l'agent est toutefois limitée par son *devoir de veiller aux intérêts du mandant* (art. 418c al. 1^{er} CO)³⁴. L'article 418c al. 2 CO précise que l'agent peut travailler pour plusieurs mandants sans violer son obligation de fidélité, sauf convention écrite contraire³⁵. En l'absence d'une renonciation écrite, la seule restriction à l'indépendance juridique de l'agent découle donc du devoir de fidélité qui lui impose de ne pas négocier et/ou conclure des

²⁸ ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 668.

²⁹ ATF 129 III 664 consid. 3.2, p. 668.

³⁰ MÜLLER (n. 10), N 2181.

³¹ ATF 136 III 518 consid. 4.4, p. 520.

³² TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, N 5094.

³³ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 5758.

³⁴ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418a N 3.

³⁵ MÜLLER (n. 10), N 2184.

contrats pour les concurrents de son fournisseur³⁶. Une telle activité parallèle requiert dès lors le consentement du fournisseur. L'étendue exacte d'un tel devoir de ne pas faire concurrence pendant la durée du contrat se détermine en fonction des circonstances concrètes et n'a pas besoin d'être précisée par écrit³⁷.

15. Il est en outre fréquent que le fournisseur attribue à l'agent une clientèle ou un territoire déterminé. L'article 418f CO prévoit alors que, sauf accord écrit contraire, l'agent peut prétendre à l'*exclusivité*. Son droit d'exclusivité est notamment violé lorsque le contrat avec un ancien agent exclusif est continué et que le nouvel agent se voit donc concurrencé par l'ancien sur ce même territoire³⁸.
16. L'article 418d al. 2 CO donne en outre aux parties la possibilité d'interdire à l'agent de faire concurrence au mandant après la fin des rapports contractuels. Une telle interdiction peut être convenue uniquement pour la période après la fin des relations contractuelles, l'activité concurrente de l'agent pendant la relation contractuelle étant régie par l'article 418c CO (N 14)³⁹. L'article 418d al. 2 CO renvoie aux dispositions du droit du travail (art. 340 ss CO) qui exige la forme écrite pour une telle clause (art. 340 al. 1^{er} CO). De plus, en vertu de l'article 340a CO, elle doit être limitée quant à certains critères. Elle doit tout d'abord être limitée quant au lieu, c'est-à-dire que l'interdiction ne peut s'appliquer qu'au rayon géographique où l'agent pourrait porter préjudice aux intérêts du fournisseur⁴⁰. Quant à sa durée, une *clause de prohibition de concurrence* ne doit ensuite pas dépasser une période de trois ans dès la fin du contrat⁴¹. Finalement, elle doit être limitée aux affaires en rapport avec lesquelles l'agent risquerait d'utiliser des renseignements qui

³⁶ ATF 136 III 518 consid. 4.4, p. 521.

³⁷ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418c N 4.

³⁸ CoRo CO-DREYER, art. 418f/N 7 ; ATF 122 III 66 consid. 3b, p. 70.

³⁹ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418d N 4.

⁴⁰ AUBRY GIRARDIN FLORENCE, art. 340a CO, *in*: Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 340a N 9.

⁴¹ CoRo CO-DREYER, art. 418d N 10 ; AUBRY GIRARDIN (n. 41), art. 340a N 10.

seraient de nature à porter préjudice au fournisseur⁴². Selon l'article 418*d* al. 2 CO, l'agent soumis à une prohibition de faire concurrence après la fin des rapports contractuels a droit à une indemnité équitable. Il s'agit d'un droit impératif de l'agent qui ne peut ainsi pas être supprimé par convention. Cette indemnité ne peut toutefois pas justifier une clause de prohibition excessive, puisque les limites posées par l'article 340*a* CO sont de nature impérative⁴³. L'article 340*a* al. 2 CO laisse un large pouvoir au tribunal quant à l'appréciation des critères de limitation. Une clause excessive n'est pas nulle de plein droit. C'est le tribunal qui décide des conséquences de la nullité⁴⁴.

c. Pouvoirs du distributeur (agent) envers le client final

17. Que ce soit dans le cadre de la négociation ou de la conclusion d'affaires, l'agent exerce son activité au nom et pour le compte du fournisseur (art. 418*a* al. 1^{er} CO)⁴⁵. En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de représentation de l'agent, il faudra en premier lieu se référer au contrat. En effet, la question n'est pas directement réglée dans le Code des obligations, qui instaure uniquement un *régime de présomption* (art. 418*e* CO) : l'agent est présumé ne disposer que du pouvoir de négocier des affaires au nom et pour le compte du fournisseur, et non de la faculté d'en conclure⁴⁶. Ainsi, il incombera au client final avec lequel l'agent aura conclu un contrat contre la volonté du fournisseur, de renverser la présomption de l'article 418*e* CO⁴⁷.
18. L'article 418*e* CO énumère exhaustivement les activités faisant partie du *pouvoir de représentation* minimal de l'agent. Cela signifie que l'agent a le pouvoir d'accomplir ces activités sans qu'il ait besoin d'en

⁴² AUBRY GIRARDIN (n. 41), art. 340*a* N 15.

⁴³ Arrêt du TF C.491/86 du 1^{er} décembre 1987, SJ 1989 p. 683 consid. 3c.

⁴⁴ CoRo CO-DREYER, art. 418*d* N 10.

⁴⁵ MÜLLER (n. 10), N 2128.

⁴⁶ MÜLLER (n. 10), N 2196.

⁴⁷ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418*e* N 1.

apporter la preuve. Il s'agit du droit de négocier des affaires, de recevoir des avis relatifs aux défauts, de recevoir d'autres déclarations en rapport avec les droits des clients en raison de la prestation défectueuse du fournisseur ainsi que d'exercer les droits du fournisseur pour assurer les moyens de preuve de ce dernier⁴⁸. Pour d'autres prérogatives, l'article 418e al. 2 CO exige que l'agent prouve que l'activité en question faisait partie de ses pouvoirs de représentation. Il s'agit, par exemple, du droit d'accepter des paiements de la part du client final, d'accorder des délais de paiement ou encore de convenir de modifications du contrat avec le client final⁴⁹.

d. Résiliation du contrat

19. Bien que le contrat d'agence soit un mandat spécial, il présente certaines analogies avec le contrat de travail, en particulier le fait que les deux contrats sont des *contrats de durée*. Le législateur en a tenu compte dans sa réglementation des causes ordinaires d'extinction se trouvant aux articles 418p et 418q CO, qui distingue entre les contrats de durée déterminée et ceux de durée indéterminée⁵⁰.
20. Selon l'article 418p CO, qui reprend la règle ordinaire d'extinction d'un *contrat de durée déterminée*, un contrat conclu pour une durée déterminée ou dont la durée résulte de son but, prend fin automatiquement à l'expiration du temps prévu⁵¹. Lorsque les deux parties continuent d'exécuter leurs prestations respectives après l'expiration du temps prévu, le contrat d'agence est tacitement renouvelé pour une durée déterminée (art. 418p al. 2 CO)⁵². La durée du contrat ainsi renouvelé correspond à celle du contrat précédent, mais ne peut être supérieure à un an. Elle peut toutefois être elle-même à nouveau renouvelée⁵³. L'article 418p al. 2 CO est de nature

⁴⁸ MÜLLER (n. 10), N 2198 ss.

⁴⁹ MÜLLER (n. 10), N 2203 ss.

⁵⁰ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 5809.

⁵¹ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 5810.

⁵² MÜLLER (n. 10), N 2268.

⁵³ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 5812.

dispositive⁵⁴. Ce régime est différent de celui des contrats de travail (art. 334 al. 2 CO) et de bail (art. 266 al. 2 CO) qui deviennent des contrats de durée indéterminée.

21. Le *contrat d'agence de durée indéterminée* ne peut être résilié en tout temps comme il est possible de le faire pour le contrat de mandat (art. 404 al. 1^{er} CO). Il est certes possible de le résilier sans motif, mais uniquement en respectant les délais et les termes prescrits par l'article 418q CO⁵⁵. Les parties ont la possibilité de prévoir que le contrat prendra fin ou qu'une partie aura le droit de le résilier lorsque certains événements se réaliseront. Toutefois, l'article 418q CO étant de nature impérative, il faut qu'il s'agisse d'événements dont la survenance est indépendante de la volonté de la partie qui provoque la fin du contrat respectivement qui le résilie⁵⁶.
22. L'article 418r CO prévoit que l'agent, tout comme le mandant, ont le droit de résilier le contrat avec effet immédiat, qu'il soit de durée déterminée ou indéterminée sans respecter les délais et termes légaux ou conventionnels, pour autant qu'il existe de justes motifs⁵⁷. C'est l'expression du principe général impératif⁵⁸ qui veut qu'une partie à un contrat de durée ait toujours la possibilité de résilier ce dernier de manière anticipée pour de justes motifs⁵⁹. Une *résiliation extraordinaire* déploie ses effets *ex nunc*⁶⁰. La partie au bénéfice d'un juste motif doit en outre résilier le contrat rapidement après la survenance du juste motif au risque de perdre son droit à une résiliation extraordinaire⁶¹.

⁵⁴ Arrêt du TF 4C.277/2001 du 4 février 2002 consid. 1a.

⁵⁵ Arrêt du TF 4C.270/2002 du 11 février 2003 consid. 2.4.

⁵⁶ CHERPILOD IVAN, *La fin des accords de distribution*, in : Gilliéron/Ling (édit.), *Les accords de distribution*, Lausanne 2005, N 11.

⁵⁷ ATF 136 III 518 consid. 4, p. 519.

⁵⁸ ATF 89 II 30 consid. 5a, p. 35.

⁵⁹ ATF 122 II 262 consid. 2a/aa, p. 265 ; ATF 99 II 299 consid. 3b, p. 300 ; ATF 128 III 248 consid. 3, p. 429.

⁶⁰ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418r N 1 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, SJ 2008 II p. 26.

⁶¹ WEBER ROLF H./VLCEK MICHAEL, *Der Auftrag*, in : Honsell (édit.),

23. La *notion de justes motifs* s'inspire de celle de l'article 337 al. 2 CO relatif au contrat de travail. Le critère principal réside dans la destruction du rapport de confiance entre les parties par le comportement de l'une d'elles ou la survenance de circonstances qui rendent la continuation des relations contractuelles impossible selon les règles de la bonne foi⁶². En ce qui concerne la violation du contrat par l'une des parties, n'importe quel manquement ne sera pas apte à justifier une résiliation extraordinaire. Au contraire, la violation devra être grave et pour celles de moindre gravité, répétées⁶³. En cas de violation qui ne peut être qualifiée de grave, le contrat ne peut être résilié que si l'auteur de la résiliation a vainement tenté tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour aplanir la difficulté opposant les parties⁶⁴. Il existe, par exemple, un juste motif, lorsque le fournisseur, après sommation, n'est ni en mesure d'indiquer quand il pourra livrer la marchandise ni même de garantir que la livraison aura bien lieu⁶⁵. Une violation de l'obligation de fidélité, soit le non-respect d'une clause de non-concurrence ou la violation du secret des affaires constituent, de manière générale, de justes motifs⁶⁶.
24. Si le juste motif est dû à une faute de l'une des parties, l'autre partie peut réclamer des *dommages-intérêts*⁶⁷. Si le contrat est résilié de manière injustifiée, la résiliation déploie malgré tout ses effets (art. 418r al. 2 CO qui renvoie à l'article 337c CO relatif au contrat de travail)⁶⁸.
25. L'article 418s al. 1^{er} CO prévoit la fin du contrat en cas de *mort* ou d'*incapacité* de l'agent. La mort du fournisseur ne met fin au contrat

Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Art. 1-529, Bâle 2008, art. 418r N 6.

⁶² ATF 136 III 518 consid. 4 p. 518.

⁶³ CHERPILOD (n. 57), N 31.

⁶⁴ Arrêt du TF 4A.433/2011 du 27 janvier 2012, consid. 5.1

⁶⁵ ATF 89 II 30 consid. 5b, p. 36.

⁶⁶ CoRo CO-DREYER, art. 418r N 4 ; VENTURI – ZEN-RUFFINEN (n. 18), N 1001.

⁶⁷ WEBER/VLCEK (n. 62), art. 418r N 5. Pour un cas de calcul de dommages-intérêts dans le cadre d'un contrat d'agence, cf. ATF 125 III 14 consid. 2b, p. 16.

⁶⁸ ATF 125 III 14 consid. 2a, p. 16 ; VENTURI – ZEN-RUFFINEN (n. 18), N 1393. *Contra* : CHERPILOD (n. 57), N 36 ; BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418r N 2.

que s'il s'agit d'un contrat *intuitu personae* (art. 418s al. 2 CO). L'incapacité du fournisseur ne met pas *ipso facto* fin au contrat⁶⁹, mais l'agent aura la possibilité de résilier le contrat pour de justes motifs si cette incapacité rend excessivement difficile, voire pratiquement impossible, la poursuite des relations contractuelles⁷⁰.

26. L'article 418s al. 1^{er} CO prévoit finalement la fin du contrat d'agence en cas de *faillite* du fournisseur. Celle de l'agent, par contre, ne met pas automatiquement fin au contrat, puisque l'agent doit être qualifié de simple intermédiaire. En effet, les contrats avec les clients finaux sont passés entre eux et le fournisseur⁷¹. La faillite de l'agent n'empêche ainsi pas la conclusion de contrats et l'agent peut être autorisé à poursuivre son activité aux conditions des articles 223 et 238 LP⁷². Certains auteurs considèrent cependant que la faillite de l'agent ouvre la voie à la résiliation pour de justes motifs⁷³.

e. Conséquences de la fin du contrat

27. Lorsque, par son activité, l'agent a sensiblement augmenté le nombre des clients du fournisseur et que ce dernier en tire profit aussi après la fin du contrat, l'agent a droit, en vertu de l'article 418s CO, à une *indemnité convenable*. Le terme « indemnité » n'est pas approprié, car il ne s'agit pas d'indemniser l'agent pour un préjudice qu'il aurait subi, mais de lui procurer une contre-prestation pour la plus-value commerciale dont le fournisseur profite aussi après la fin du contrat⁷⁴. Cette règle est de nature impérative, mais l'agent peut y renoncer après la fin des rapports contractuels⁷⁵.

⁶⁹ Cf. art. 412 CC.

⁷⁰ CHERPILLOD (n. 57), N 19.

⁷¹ Cf. art. 418a al. 1 CO.

⁷² CHERPILLOD (n. 57), N 21.

⁷³ BSK OR-WETTENSCHWILER, art. 418s N 1 ; CoRo CO-DREYER, art. 418s N 1 ; WEBER/VLCEK (n. 62), art. 418s N 1.

⁷⁴ MÜLLER (n. 10), N 2288 ; ATF 103 II 277 consid. 2, p. 280.

⁷⁵ ATF 134 III 497 consid. 4.1, p. 499.

28. Le droit à cette contre-prestation est subordonné à la réalisation de *quatre conditions cumulatives*, à savoir (i) le contrat d'agence a pris fin ; (ii) l'activité de l'agent a sensiblement augmenté la clientèle du fournisseur ; (iii) le fournisseur perçoit des avantages substantiels de cette clientèle étendue même après la fin du contrat ; et (iv) l'allocation d'une telle indemnité n'est pas inéquitable⁷⁶. L'agent perd cependant son droit à une indemnité, lorsque le contrat a été résilié pour de justes motifs qui lui sont imputables⁷⁷. L'indemnité n'est donc pas due lorsque le contrat est résilié, que ce soit par l'agent ou le fournisseur, pour un motif dont l'agent porte la responsabilité⁷⁸. Toutefois, lorsque le motif porte sur la personne de l'agent mais que le motif est indépendant de la volonté de l'agent (grand âge, maladie ou décès), l'indemnité est due⁷⁹.

f. Validité au regard du droit de la concurrence

29. Comme les contrats de distribution régissent la collaboration entre des entreprises de différents échelons d'un même marché, ils peuvent être sensibles du point de vue du droit de la concurrence. Certains accords devront être qualifiés d'illicites au sens de l'article 5 de la Loi sur les cartels (LCart)⁸⁰. La Commission de la concurrence a publié une Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert), datant du 28 juin 2010 dans sa dernière version, destinée à préciser la portée de la loi. Selon le chiffre 1^{er} de la CommVert, est un accord vertical « [une convention] *avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées de deux ou plusieurs entreprises occupant des échelons du marché différents concernant les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre et revendre des biens ou des*

⁷⁶ CHK-MATHYS, art. 418*n* 3.

⁷⁷ ATF 103 II 277 consid. 2, p. 280.

⁷⁸ BURNAND JEAN-CLAUDE, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurance à une indemnité de clientèle selon l'art. 418*n* CO, Thèse, Lausanne 1977, p. 121.

⁷⁹ CoRo CO-DREYER, art. 418*n* 12.

⁸⁰ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251.

services »⁸¹. La CommVert, qui a un caractère non contraignant pour les autorités, s'applique donc en premier lieu aux accords de distribution⁸². La CommVert est fortement influencée par le droit européen de la concurrence⁸³, de sorte qu'un contrat de distribution considéré comme illicite au regard du droit européen, le sera également sous le droit suisse et, en principe, vice versa⁸⁴.

30. La LCart s'applique à « toute entreprise » (art. 2 al. 1^{er} LCart). Ce terme doit être compris dans un sens large dès lors qu'il a un contenu économique plutôt que juridique⁸⁵. Le contrat d'agence, faisant de l'agent une partie du système de distribution, peut représenter une restriction à la concurrence, en tant qu'accord vertical au sens de l'article 4 al. 1^{er} LCart. Un tel accord peut être illicite si, en limitant la liberté économique de l'agent, elle entraîne une restriction notable de la concurrence qui ne peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1^{er} et 2 LCart), ou si elle supprime toute concurrence efficace (art. 5 al. 1^{er} et 4 LCart)⁸⁶. Le chiffre 12 de la CommVert définit les critères à la lumière desquels il faut juger si un accord constitue une restriction notable de la concurrence. Une clause dans un contrat d'agence qui viole l'article 5 LCart est nulle, en tout ou en partie puisqu'illicite au sens de l'article 20 CO⁸⁷. De plus, elle peut entraîner des sanctions de la Commission de la concurrence au sens de l'article 49a al. 1^{er} LCart⁸⁸, ainsi que d'autres sanctions administratives ou même pénales prévues aux articles suivants (art. 54 à 57 LCart).
31. Une *clause d'exclusivité* peut ainsi se révéler particulièrement problématique au regard du droit de la concurrence. La présomption

⁸¹ <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr> (15.04.2013).

⁸² CoRo LCart-REYMOND, art. 6 N 43.

⁸³ Notamment l'article 101 TFUE.

⁸⁴ DUCREY PATRIK, Kartellrecht, *in*: Kull/Wildhaber (édit.), Schweizer Vertriebsrecht, Zurich/St-Gall 2008, N 946.

⁸⁵ CoRo LCart-MARTENET/KILLIAS, art. 2 N 21 ss.

⁸⁶ DUCREY (n. 85), N 944.

⁸⁷ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 5685.

⁸⁸ DUCREY (n. 85), N 984.

(réfragable) de l'article 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution, c'est-à-dire aux contrats impliquant la distribution de biens ou de services. La présomption ne devrait pas porter, notamment, sur les contrats de licence qui, eux, concernent la cession de l'usage d'un droit de propriété intellectuelle⁸⁹. Cette présomption ne s'applique en outre qu'en cas d'interdiction de ventes passives⁹⁰, c'est-à-dire lorsque l'agent se voit interdire de satisfaire des demandes non sollicitées, venant de clients individuels ou d'opérateurs localisés hors du territoire qui lui a été attribué par le fournisseur⁹¹. La Commission de la concurrence a en outre précisé qu'une clause de non-concurrence (interdisant à l'agent de faire concurrence en distribuant également des produits concurrents) conclue pour moins de cinq ans ne représentait pas une restriction qualitativement notable à la concurrence au sens de l'article 5 al. 1^{er} LCart (chiffre 12(2) lit. f CommVert).

2. Le contrat de représentation exclusive

a. Généralités

32. Le contrat de représentation exclusive (*Alleinvertriebsvertrag*), le deuxième contrat de distribution examiné dans cette contribution, est un contrat de durée, innommé *sui generis*⁹². Dans ce contrat, le concédant (fournisseur) s'oblige à livrer au concessionnaire (distributeur) des biens déterminés et à lui assurer l'exclusivité (totale

⁸⁹ VENTURI SILVIO/VONLANTHEN CHRISTOPH, Accord de distribution et droit de la concurrence, *in* : Gilliéron/Ling (édit.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 50.

⁹⁰ Cf. chiffre 3 CommVert.

⁹¹ VENTURI/VONLANTHEN (n. 90), N 53.

⁹² MÜLLER (n. 10), N 3005 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7894 ; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, N 1501 ; *contra* : BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 115 ; RODONDI OLIVIER, Le contrat de concession de vente exclusive, *in* : Cherpillod/Iynedjian/Killias/Mustaki/Rapp (édit.), Les contrats de distribution, Lausanne 1998, p. 94 ; LA SPADA (n. 3), N 40.

ou partielle) de la distribution dans un territoire déterminé⁹³. Le concessionnaire s'oblige à son tour à payer le prix des biens et d'en promouvoir la vente dans ce territoire⁹⁴. Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc un contrat de vente à livraisons successives et une clause d'exclusivité⁹⁵. C'est l'élément d'exclusivité qui fait du contrat de représentation exclusive un *contrat innommé*. Cet élément implique un aspect marqué d'*intuitu personae*⁹⁶. Les personnalités des parties et la confiance mutuelle entre celles-ci sont dès lors d'une certaine importance dans ce contrat⁹⁷.

33. Le contrat de représentation exclusive se caractérise ainsi par *deux rapports d'échange simultanés*⁹⁸ : premièrement, le fournisseur s'oblige à respecter le droit d'approvisionnement exclusif du concessionnaire à quoi correspond l'obligation du concessionnaire de promouvoir les ventes ; deuxièmement, de par le contrat de vente à livraisons successives, le fournisseur s'oblige à livrer les biens et à en transférer la propriété, alors que le concessionnaire s'engage à en payer le prix⁹⁹.

b. Degré d'indépendance du distributeur (concessionnaire)

34. Dans les faits, la représentation exclusive instaure une *collaboration économique* tendant à l'intégration du concessionnaire dans le réseau de distribution du fournisseur. Parfois, le concessionnaire devra alors assumer des obligations qui réduisent sensiblement son indépendance juridique¹⁰⁰. Une forte intégration économique du concessionnaire permet au fournisseur de transférer au

⁹³ MÜLLER (n. 10), N 2994.

⁹⁴ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 112.

⁹⁵ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7884 ss.

⁹⁶ ATF 54 II 375 consid. 3, p. 379.

⁹⁷ RODONDI (n. 93), p. 94.

⁹⁸ ATF 107 II 222 consid. 2b, p. 223.

⁹⁹ HUGUENIN (n. 93), N 1492.

¹⁰⁰ RODONDI (n. 93), p. 94.

cessionnaire le risque commercial puisque la propriété des biens à distribuer passe à ce dernier¹⁰¹.

35. L'intensité du lien entre les parties et ainsi le degré d'indépendance du concessionnaire dépendent en grande partie du contrat en question. En effet, l'*exclusivité* peut être définie rigoureusement et obliger le fournisseur à ne vendre qu'au concessionnaire dans le territoire concerné ainsi que de s'abstenir de toute intervention directe dans la zone réservée à ce dernier. Le fournisseur devra alors transférer au concessionnaire toute demande de clients se trouvant sur ce territoire.
36. Cette clause peut aussi aller en sens inverse, c'est-à-dire interdire au concessionnaire de s'approvisionner ailleurs que chez le fournisseur¹⁰². Une telle interdiction peut être utile afin d'éviter les *importations parallèles*. Les importations parallèles désignent le commerce transfrontalier dans le but de tirer profit de la différence de prix de vente appliqué sur le marché indigène par le producteur. L'importateur va alors importer un produit acheté à l'étranger et le revendre sur le marché intérieur en marge des réseaux de distribution du producteur. La clause d'exclusivité peut toutefois aussi être définie de manière moins stricte¹⁰³.
37. Le contrat de représentation exclusive peut mettre à la charge du concessionnaire un *devoir de non-concurrence*. Si le contrat est silencieux à ce sujet, peut-on admettre un devoir implicite de non-concurrence du concessionnaire¹⁰⁴? La réponse à cette question dépend du degré d'intégration du concessionnaire dans le réseau de distribution du fournisseur. Seule une intégration forte pourrait justifier une

¹⁰¹ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 113.

¹⁰² TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7924.

¹⁰³ RODONDI (n. 93), p. 101.

¹⁰⁴ Cf. KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in : Forstmoser/Heini/Giger/Schluep (édit.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 201 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 127.

obligation de fidélité implicite analogue à celle de l'agent (N 14) et donc une interdiction de faire concurrence¹⁰⁵.

c. Pouvoirs du distributeur (concessionnaire) envers le client final

38. À l'instar de l'agent (N 12), le concessionnaire est libre d'organiser son activité comme il l'entend et ce d'autant plus qu'il agit en son nom et pour son compte¹⁰⁶. C'est en effet sur ce point notamment que le contrat de représentation exclusive se distingue du contrat d'agence. Ainsi, le concessionnaire est un *distributeur indépendant* supportant le risque commercial et organisant son entreprise comme bon lui semble. Il se borne finalement à acheter auprès de son fournisseur les produits qu'il vend pour son propre compte. Au contraire des clients de l'agent qui deviennent les clients du fournisseur, le concessionnaire exclusif n'est pas tenu de mettre son fournisseur au bénéfice de cette valeur économique que constitue la clientèle¹⁰⁷.

d. Résiliation du contrat

39. Le contrat de représentation exclusive ayant duré moins d'une année peut être *résilié de manière ordinaire* par analogie aux termes de l'article 418g al. 1^{er} CO, à savoir dans un délai d'un mois pour la fin d'un mois¹⁰⁸. Par la suite, c'est le délai de résiliation de six mois de l'article 546 al. 1^{er} CO du contrat de société simple qui s'applique par analogie¹⁰⁹.
40. Puisqu'il s'agit également d'un contrat de durée (N 5), chaque partie a le droit de *résilier le contrat de manière extraordinaire* avec effet *ex nunc* pour de justes motifs. Si une telle résiliation est faite en accord avec les règles de la bonne foi, la résiliation prend effet immédiatement.

¹⁰⁵ MÜLLER (n. 10), N 3028 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 127 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7928.

¹⁰⁶ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 113.

¹⁰⁷ ATF 88 II 169 consid. 7, p. 170.

¹⁰⁸ ATF 89 II 30 consid. 2, p. 33.

¹⁰⁹ ATF 107 II 216 consid. 4, p. 220.

Même si certains auteurs sont d'avis que ce droit découle d'une application par analogie de l'article 418r al. 1^{er} CO¹¹⁰, le Tribunal fédéral a reconnu cette faculté comme principe général¹¹¹. Contrairement au contrat d'agence (N 24), une résiliation injustifiée ne met pas fin au contrat de représentation exclusive¹¹². La partie adverse pourra alors résilier le contrat à son tour pour justes motifs. Cette dernière aura alors droit à des dommages-intérêts (art. 97 CO), qui consistent en « *l'intérêt positif qu'aurait eu la partie adverse à l'exécution du contrat jusqu'au plus prochain terme normal de congé* »¹¹³.

41. En ce qui concerne la *mort* ou l'*incapacité* de l'une des parties, il peut être renvoyé aux règles du contrat d'agence (N 25)¹¹⁴.
42. Le contrat de représentation exclusive prend fin avec effet *ex nunc* en cas de la *faillite* du fournisseur¹¹⁵. Contrairement au contrat d'agence (N 26), la faillite du concessionnaire met également fin au contrat¹¹⁶.

e. Conséquences de la fin du contrat

43. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a refusé l'application par analogie de l'article 418u CO au contrat de représentation exclusive¹¹⁷. En 2008, les juges fédéraux ont, avec raison, assoupli leur approche : dans certains cas exceptionnels où la situation du concessionnaire exclusif se rapproche de celle de l'agent (N 27 s.), le

¹¹⁰ HUGUENIN (n. 93), N 1282 ; BÉNÉDICT MARTINE, Le contrat de concession de vente exclusive, Thèse, Lausanne 1975, p. 59 ss.

¹¹¹ ATF 122 II 262 consid. 2a/aa p. 265, ATF 99 II 299 consid. 3b, p. 300, ATF 128 III 248 consid. 3, p. 429.

¹¹² ATF 99 II 308 consid. 5b, p. 311.

¹¹³ ATF 99 II 308 consid. 7, p. 312.

¹¹⁴ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 124 ; CHERPILLOD (n. 57), N 20 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7940.

¹¹⁵ CHERPILLOD (n. 57), N 22 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 124 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7940.

¹¹⁶ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 124 ; BÉNÉDICT (n. 111), p. 65 s. ; HUBER MARKUS, Der Alleinvertragshändler, Thèse, Bâle 1979 p. 247.

¹¹⁷ ATF 88 II 169 consid. 7, p. 171.

concessionnaire a droit à une indemnité pour la clientèle aux conditions et dans les limites fixées par l'article 418^u CO¹¹⁸.

f. Validité au regard du droit de la concurrence

44. Le contrat de représentation exclusive peut également se révéler problématique au regard du droit de la concurrence dès lors qu'il constitue un *accord vertical* au sens de l'article 4 al. 1^{er} LCart. Selon l'article 5 al. 4 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre fournisseur et concessionnaire qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe ainsi que les contrats attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres concessionnaires agréés sont exclues. Tel est le cas lorsque le fournisseur met en place un système de distribution où les clients finaux ne peuvent s'approvisionner que chez le concessionnaire qui détient le territoire dans lequel il se trouve et qu'un autre concessionnaire a l'interdiction de livrer (interdiction des ventes passives). En ce qui concerne les prix, seuls sont donc visés par la présomption les prix de ventes minimaux ou fixes, et non pas les prix maximaux¹¹⁹. Une simple recommandation de prix aux concessionnaires peut s'avérer illicite au sens de l'article 5 al. 4 LCart, notamment si cette recommandation s'accompagne de pressions pour la faire respecter ou si elle est effectivement suivie par une part importante des concessionnaires¹²⁰, car celle-ci devient alors un accord. La nouvelle CommVert énumère à son chiffre 15(3) les circonstances pouvant donner lieu à un examen par la Comco d'une recommandation de prix¹²¹. Dans sa décision *Hors-Liste*¹²², la Comco avait appliqué la CommVert alors en vigueur, prévoyant à son chiffre 11(2) que les circonstances mentionnées étaient pertinentes pour déterminer si l'on était en présence d'un accord

¹¹⁸ ATF 134 III 497 consid. 4.3, p. 505.

¹¹⁹ CoRo LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 N 576.

¹²⁰ Cf. chiffre 15(2) CommVert, Comco, DPC 2010/4, p. 649, *Medikamente Hors-Liste*, N 107 s.

¹²¹ CoRo LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 4 I N 52.

¹²² Comco, DPC 2010/4, p. 649, *Medikamente Hors-Liste*, N 107 s.

illicite au sens de l'article 5 LCart. La nouvelle CommVert relativise donc la pratique de la Comco en matière de recommandations de prix¹²³. Il s'agira dès lors d'apprécier au cas par cas si une telle clause peut être qualifiée d'illicite au sens de l'article 5 al. 4 LCart en relation avec l'article 5 al. 1^{er} LCart¹²⁴.

45. Un contrat de représentation exclusive violant les articles 5 ss LCart est *nul*, en tout ou en partie, puisqu'il a un contenu illicite au sens de l'article 20 CO¹²⁵. De plus, un contrat illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, c'est-à-dire prévoyant un prix de vente minimum ou fixe ou attribuant un territoire, expose les parties contractantes à des sanctions en vertu de l'article 49a al. 1^{er} LCart.

3. Le contrat de franchise

a. Généralités

46. Le contrat de franchise, souvent désigné sous son appellation anglaise « *franchising* », est un contrat innommé mixte, contenant des éléments de contrats nommés et de contrats *sui generis*¹²⁶, par lequel le franchiseur (fournisseur) concède au franchiseé (distributeur), contre paiement d'une redevance, le droit de vendre, en son nom et pour son propre compte, certaines marchandises ou de fournir certains services en utilisant notamment son image, son nom, sa marque, ainsi que son expérience commerciale et technique, tout en respectant les systèmes d'organisation et de marketing existants¹²⁷. Le Tribunal fédéral définit le contrat de franchise de la façon suivante : le fournisseur met à disposition des marchandises ou des

¹²³ CoRo LCart-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 4 I N 52.

¹²⁴ Cf. chiffre 15(1) CommVert.

¹²⁵ ATF 134 III 438 consid. 2.2, p. 442.

¹²⁶ MÜLLER (n. 10), N 3042 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8021. *Contra* : BSK OR-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 133 ; ENGEL PIERRE/THÉVENAZ ALAIN, Le contrat de franchise, *in* : Cherpillod/Iynedjian/Killias/Mustaki/Rapp (édit.), Les contrats de distribution, Lausanne 1998, p. 77 ; HUGUENIN (n. 93), N 1540.

¹²⁷ MÜLLER (n. 10), N 3034 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8011.

services qui sont distribués par le franchisé à son compte et à ses risques. Le franchisé déploie son activité dans le cadre du système de distribution du fournisseur qui englobe un concept uniforme de distribution et de publicité et qui cède en plus au franchisé l'usage du nom, des marques, des agencements et des droits de protection absolus. Le fournisseur assiste en outre le franchisé, le conseille et se charge régulièrement aussi de la formation du franchisé¹²⁸. Le contrat de franchise implique donc nécessairement des aspects de propriété intellectuelle.

47. On distingue traditionnellement *trois types* de contrats de franchise : la franchise industrielle (ou de production, *Produktfranchising*), où le franchisé fabrique et vend les produits du fournisseur en appliquant les techniques de production et de distribution du fournisseur ; la franchise de distribution (*Betriebsfranchising*), où le franchisé se limite à vendre des produits en utilisant l'enseigne du fournisseur ; et la franchise de services (*Dienstleistung-Franchising*), où le franchisé offre un service sous l'enseigne, le nom commercial ou la marque du fournisseur¹²⁹.
48. On distingue également entre la franchise de subordination (*Subordinationsfranchising*), où le fournisseur « utilise » le franchisé comme moyen pour réaliser son propre concept de marketing dans le cadre d'une stratégie développée et dirigée par lui-même, et la franchise de partenariat (*Partnerschaftsfranchising*), où les deux parties collaborent sur un pied d'égalité et le fournisseur n'impose pas sa stratégie au franchisé¹³⁰. La franchise de subordination est la règle¹³¹.
49. Le contrat de franchise permet au fournisseur d'*étendre son réseau de distribution* sans devoir procéder à des investissements supplémentaires, tout en transférant le risque commercial lié à la distribution sur le franchisé. En contrepartie, le franchisé profite de

¹²⁸ ATF 134 I 303 consid. 3.2, p. 308 s.

¹²⁹ ENGEL/THÉVENAZ (n. 125), p. 78.

¹³⁰ VOGEL BERNHARD, *Der Franchise-Vertrag: wettbewerbliche Behandlung typischer Bindungen nach Schweizer Kartellrecht*, Thèse, Zurich 2006, N 112 ss.

¹³¹ ATF 134 I 303 consid. 3.3, p. 309.

la notoriété du fournisseur sur le marché, ainsi que de son savoir-faire¹³².

b. Degré d'indépendance du distributeur (franchisé)

50. D'un point de vue juridique, le franchisé est indépendant du fournisseur et agit en son nom et pour son propre compte¹³³. D'un point de vue économique par contre, le franchisé dépend du fournisseur, puisqu'il doit consentir des investissements non négligeables pour créer ou améliorer ses infrastructures, s'acquitter du droit d'entrée ainsi que des redevances périodiques¹³⁴. C'est pourquoi économiquement, le franchisé se trouve régulièrement dans un rapport de subordination envers le fournisseur. Ce *déséquilibre entre les parties* a déjà amené le Tribunal fédéral à appliquer au franchisé les dispositions destinées à protéger le travailleur¹³⁵. De plus, le fournisseur jouit généralement d'une position de force sur le marché, ce qui lui permet d'exercer un contrôle très étendu sur l'activité du franchisé. Cependant, le fournisseur, en tant que propriétaire du système de distribution et élément de reconnaissance pour le client final, est de ce fait vulnérable puisque les effets dommageables d'une violation du contrat par le franchisé auront des répercussions directes sur l'ensemble du système de distribution. C'est pourquoi le contrat de franchise prévoit régulièrement des sanctions pour des violations contractuelles¹³⁶.
51. Une *clause de non-concurrence pendant la durée du contrat* à la charge du franchisé constitue un élément typique du contrat de franchise. Le franchisé n'a ainsi pas le droit de diriger d'autres entreprises actives dans le même domaine que celui du système ou alors de collaborer

¹³² MÜLLER (n. 10), N 3037 s.

¹³³ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 131.

¹³⁴ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8018.

¹³⁴ ATF 134 I 303 consid. 3.2, p. 308 s.

¹³⁵ ATF 118 II 157.

¹³⁶ WANG MARIO, Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie, in : Kramer (édit.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 1992, p. 339.

directement ou indirectement avec de telles entreprises. L'obligation du fournisseur d'assurer une exclusivité au franchisé s'inscrit comme le pendant de l'obligation de non-concurrence de ce dernier¹³⁷. La clause d'exclusivité s'apparente alors à un porte-fort au sens de l'article 111 CO, puisque cela revient pratiquement pour le fournisseur à promettre au franchisé la non-intervention de tierces personnes dans le rayon exclusif¹³⁸. Une telle exclusivité peut par exemple obliger le franchiseur à ne pas accorder de franchise à d'autres dans un certain périmètre territorial¹³⁹. Cette clause d'exclusivité, bien que fréquente en pratique, ne fait pas partie des éléments essentiels du contrat de franchise¹⁴⁰, puisque celui-ci a pour but d'étendre un réseau de distribution, contrairement au contrat de représentation exclusive (N 32 ss) qui tend plutôt au partage d'un marché existant.

52. Les parties peuvent également convenir d'une interdiction de faire concurrence pour le franchisé *après la fin des rapports contractuels*. Une telle clause devra alors revêtir la forme écrite puisqu'elle est soumise, par analogie, aux mêmes règles que le contrat d'agence (N 16), et partant que le contrat de travail (art. 340 al. 1^{er} CO)¹⁴¹.

c. Pouvoirs du distributeur (franchisé) envers le client final

53. Le franchisé, contrairement à l'agent (N 17 s.), exploite la franchise *en son nom et pour son propre compte*. Il n'est ainsi ni l'agent, ni le représentant, ni l'employé du fournisseur. Il doit de ce fait tout entreprendre pour empêcher d'éveiller une telle impression chez de tierces personnes et notamment les clients finaux¹⁴².

¹³⁷ WANG (n. 135), p. 354.

¹³⁸ BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 141.

¹³⁹ WANG (n. 135), p. 347.

¹⁴⁰ ENGEL/THÉVENAZ (n. 125), p. 79 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 141.

¹⁴¹ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8048.

¹⁴² WANG (n. 135), p. 354.

d. Résiliation du contrat

54. En règle générale, le contrat de franchise prévoit une durée minimale pendant laquelle une *résiliation ordinaire* est exclue¹⁴³. Cette durée minimale veut permettre au franchisé d'amortir ses investissements initiaux pour la mise sur pied de sa franchise. Après l'expiration de cette durée minimale, le contrat est en principe automatiquement prolongé. Si cette prolongation a lieu sans manifestation de volonté de la part du franchisé, le contrat est considéré comme étant de durée indéterminée, ce qui permet par la suite une résiliation ordinaire (art. 334 al. 2 CO par analogie). Par contre, si cette prolongation n'intervient pas automatiquement, mais nécessite une manifestation de volonté de la part du franchisé, il s'agit à nouveau d'un contrat de durée déterminée qui ne peut en principe pas être résilié de manière ordinaire¹⁴⁴.
55. Le contrat de franchise se résilie de manière ordinaire moyennant le respect d'un *délai* de six mois, en application par analogie de l'article 546 CO¹⁴⁵. Toutefois, il faut réserver les cas dans lesquels le franchisé se trouverait dans une telle relation de subordination qu'il convient d'appliquer les règles sur le contrat de travail (art. 335 ss CO)¹⁴⁶.
56. Le contrat de franchise étant également un contrat de durée (N 5), il est possible pour chaque partie de résilier en tout temps le contrat pour justes motifs¹⁴⁷. Il s'agit d'un principe général impératif

¹⁴³ STEIN-WIGGER MATTHIAS, Die Beendigung des Franchisevertrages, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 140.

¹⁴⁴ MÜLLER (n. 10), N 3063 ss ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 151.

¹⁴⁵ MÜLLER (n. 10), N 3067 ; CHERPILLOD (n. 57), N 13 ; ENGEL/THÉVENAZ (n. 125), p. 79 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 152 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8051.

¹⁴⁶ ATF 118 II 157 consid. 2c et 4a/bb, p. 160 et 164 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8051 ; MÜLLER (n. 10), N 3067 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 153.

¹⁴⁷ BAUDENBACHER CARL, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht, in : Kramer (édit.), Neue

(N 40)¹⁴⁸. En l'absence de juste motif, la résiliation est en principe inefficace (N 40), de sorte que le contrat de franchise est maintenu¹⁴⁹. Le cas devrait toutefois être jugé différemment si le franchisé se trouve dans un rapport de dépendance tel qu'il peut être comparé à un travailleur. Une application par analogie de l'article 337c al. 1^{er} et 2 CO est alors justifiée, ce qui signifie que la *résiliation extraordinaire* injustifiée devrait être jugée efficace et donner lieu à une indemnité (N 40)¹⁵⁰.

57. Le contrat de franchise présentant un fort caractère *intuitu personae*, le contrat prend fin en cas de *décès* ou *incapacité* de l'une des parties¹⁵¹.
58. La *faillite* du fournisseur n'entraîne pas automatiquement la fin du contrat. En effet, il doit être possible à l'administration de la faillite dans l'intérêt de la masse en faillite, notamment dans le but de continuer à percevoir les redevances, de continuer le contrat, en vertu de l'article 211 al. 2 LP¹⁵². La faillite du franchisé ne devrait pas non plus signifier la fin automatique du contrat. En effet, il appartient à la masse en faillite de décider de continuer le contrat ou non. La partie qui n'est pas en faillite pourra, le cas échéant, résilier le contrat unilatéralement pour cause d'insolvabilité (art. 83 CO)¹⁵³.

Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 1992, p. 380.

¹⁴⁸ ATF 122 II 262 consid. 2a/aa, p. 265 ; ATF 99 II 299 consid. 3b, p. 300 ; ATF 128 III 248 consid. 3, p. 429.

¹⁴⁹ ATF 133 II 360 consid. 8.1.2, p. 364 s. ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 156 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8053 ; WILDHABER (n. 4), p. 198 ; PICHONNAZ PASCAL, Le contrat de franchise : état de son évolution, *in* : Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle 3, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 59.

¹⁵⁰ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8053 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN (n. 18), N 1454.

¹⁵¹ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8054 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 154 ; BAUDENBACHER (n. 145), p. 380.

¹⁵² BAUDENBACHER (n. 146), p. 380 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8054 ; BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 154 ; CHERPILLOD (n. 57), N 23.

¹⁵³ CHERPILLOD (n. 57), N 23.

e. Conséquences de la fin du contrat

59. A la fin du contrat, la clientèle reste en général attachée à la marque du fournisseur plutôt qu'au point de vente du franchisé. Par conséquent, à l'instar de l'agent (N 27), la clientèle ainsi développée profitera au final au franchiseur. Par contre, pendant les rapports contractuels et notamment à leurs débuts, c'est le franchisé qui profite de la clientèle du fournisseur, de par l'attractivité de la marque franchisée. En ce qui concerne la clientèle, il existe donc une sorte de rapport d'échange entre les deux parties. C'est pourquoi, à la fin du contrat, le fournisseur ne doit aucune indemnité pour la clientèle au franchisé¹⁵⁴. En effet, le fournisseur ne fait que récupérer sa clientèle. Une indemnité pour la clientèle reste cependant envisageable pour des cas exceptionnels où le franchisé prouve qu'il a, de par son activité propre, développé une clientèle qui restera fidèle à ses propres points de vente.

f. Validité au regard du droit de la concurrence

60. Le contrat de franchise, en tant que contrat de distribution, peut poser des problèmes de droit de la concurrence au même titre que les contrats d'agence (N 29 ss) et de représentation exclusive (N 44 s.). En effet, il est à qualifier d'accord vertical au sens de l'article 4 al. 1^{er} LCart. Sa licéité s'apprécie donc à la lumière de la pratique de la Comco contenue dans la CommVert (N 29 ss).

III. Résumé comparatif

61. Le choix entre les différents contrats de distribution dépend essentiellement de l'importance que le fournisseur attache aux diverses fonctions (N 3) que remplit la distribution¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Contra* : BAUDENBACHER (n. 146), p. 381 s. ; HUGUENIN (n. 93), N 1320. Nuancés : BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Art. 184 ff. OR N 159 ; TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8057 ; PICHONNAZ (n. 148), p. 64 ss.

¹⁵⁵ GOBAT (n. 2), p. 16.

62. Les critères analysés peuvent être résumés schématiquement de la manière suivante :

	Contrat d'agence	Contrat de représentation exclusive	Contrat de franchise
Degré d'indépendance du distributeur	Indépendance juridique, dépendance économique	Indépendance juridique, dépendance économique	Indépendance juridique, dépendance économique importante
Pouvoirs du distributeur envers les clients finaux	Agent agit au nom et pour le compte du mandant	Concessionnaire agit en son nom et pour son propre compte	Franchisé agit en son nom et pour son propre compte
Résiliation ordinaire	1 ^{ère} année : 1 mois pour la fin d'un mois Ensuite : 2 mois pour la fin d'un trimestre (art. 418g CO)	1 ^{ère} année : 1 mois pour la fin d'un mois (art. 418g CO par analogie) Ensuite : 6 mois (art. 546 al. 1 CO par analogie)	Pas pendant la durée minimale Ensuite : 6 mois (art. 546 al. 1 CO par analogie)
Décès ou incapacité du fournisseur	Ne met pas fin au contrat	Ne met pas fin au contrat	Met fin au contrat
Décès ou incapacité du distributeur	Met fin au contrat (art. 418j al. 1 CO)	Met fin au contrat (art. 418j al. 1 CO par analogie)	Met fin au contrat
Faillite du fournisseur	Met fin au contrat	Met fin au contrat	Ne met pas fin au contrat
Faillite du distributeur	Ne met pas fin au contrat	Met fin au contrat	Ne met pas fin au contrat
Résiliation injustifiée	Met fin au contrat	Ne met pas fin au contrat	Ne met pas fin au contrat
Indemnité pour la clientèle	oui	oui	non

IV. Conclusions sous forme de quelques conseils pour la rédaction

1. Généralités

63. Il ressort de l'article 18 al. 1^{er} CO que le *titre donné au contrat* n'est pas déterminant lorsqu'il s'agit de qualifier un contrat (N 8). C'est pourquoi il faudra porter une attention particulière lors de la rédaction du contrat afin de rédiger effectivement le type de contrat voulu.
64. De plus, bien qu'aucun de ces contrats ne requière la *forme écrite* pour sa validité, les parties ont tout intérêt à respecter cette forme pour une plus grande sécurité juridique. Dans la pratique, la complexité

de ces contrats fait que les parties ont régulièrement recours à la forme écrite.

2. Limites à la liberté contractuelle

65. Les contrats de représentation exclusive et de franchise offrent, en tant que contrats innommés, une *grande liberté* au niveau de la rédaction. La réglementation du contrat d'agence connaît par contre un certain nombre de dispositions relativement dispositives (N 67). En plus, le droit de la concurrence contient des limites impératives à la liberté contractuelle en matière de contrats de distribution (N 29 ss, N 44 s. et N 60).
66. Bien que la validité du contrat d'agence en tant que tel ne soit pas soumise au respect d'une forme particulière, certaines clauses contractuelles ne sont valables que si elles respectent la forme écrite. Le Code des obligations contient en effet toute une série de *dispositions relativement dispositives*. Une disposition relativement dispositive est une disposition à laquelle les parties ne peuvent valablement déroger qu'en respectant une forme spéciale, en principe la forme écrite¹⁵⁶. En particulier, la clause de prohibition de faire concurrence de l'agent doit être écrite¹⁵⁷. L'obligation de fidélité de l'agent est également soumise à la forme écrite¹⁵⁸. La doctrine considère en outre qu'une clause de non-concurrence à la charge du représentant exclusif¹⁵⁹, respectivement du franchisé¹⁶⁰, doit également revêtir la forme écrite. D'autres clauses peuvent n'être valables qu'à condition d'être stipulées par écrit, comme une clause d'élection de for, qu'il s'agisse d'un for interne¹⁶¹ ou international¹⁶².

¹⁵⁶ MÜLLER (n. 10), N 49.

¹⁵⁷ Cf. art. 418*d* al. 2 CO en relation avec l'art. 340 CO.

¹⁵⁸ Autres clauses soumises à la forme écrite : art. 418*a* al. 2, 418*c* al. 2, 418*c* al. 3, 418*d* al. 2, 418*g* al. 1^{er}, 418*g* al. 3, 418*f* al. 3, 418*k* al. 1^{er}, 418*q* al. 1^{er}, 418*t* al. 3 CO.

¹⁵⁹ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 7925.

¹⁶⁰ TERCIER/FAVRE (n. 33), N 8048.

¹⁶¹ Cf. art. 9 LFors.

¹⁶² Cf. art. 5 LDIP.

67. La place nous manque pour exposer ici l'ensemble des clauses utiles dans les contrats de distribution. Il s'agira dans chaque cas d'espèce d'évaluer avec précision les besoins des parties afin d'insérer dans les contrats les clauses nécessaires. La présente contribution se limite donc à évoquer *quelques clauses particulièrement utiles* dans les contrats de distribution.

3. Préambule

68. Le préambule précise l'objet du contrat, le contexte dans lequel il s'insère et les objectifs recherchés par les parties¹⁶³. Le préambule peut donner des indications précieuses sur la *volonté (commune) des parties*. En effet, même si le préambule ne contient en règle générale pas de véritables obligations des parties, il informe sur les motifs et sur d'autres éléments subjectifs pris en considération par les parties lors de la conclusion du contrat¹⁶⁴. De telles informations peuvent se révéler décisives, car la volonté commune des parties telle qu'exprimée dans le préambule, peut, le cas échéant, même primer sur le texte à première vue clair d'une disposition du corps du contrat¹⁶⁵.

4. Droits et obligations des parties

69. Il est important de définir avec soin les droits et obligations respectifs des parties, puisque le contrat représente la loi régissant les rapports entre les parties, tout particulièrement dans le cadre de contrats innommés. Il s'agira donc tout d'abord de *définir le(s) produit(s) à distribuer*. Lorsque le contrat implique (également) une prestation de service, il conviendra de préciser la nature et le but de ce service, éventuellement les modalités pratiques de son exécution. Attention toutefois à ne pas définir de manière trop contraignante

¹⁶³ REYMOND PHILIPPE, La rédaction des accords de distribution, *in* : Gilliéron/Ling (édit.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 36.

¹⁶⁴ MARCHAND SYLVAIN, Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle, Bâle 2008, p. 96.

¹⁶⁵ ATF 127 III 444 consid. 1a, p. 445.

de telles modalités d'exécution, sous peine de voir le contrat qualifié de contrat de travail. Attention également à la fixation de commandes minimales et de conditions de vente (particulièrement les prix de revente minimaux ou fixes ou la protection territoriale absolue) aux clients finaux qui peut, le cas échéant, se heurter aux limites imposées par le droit de la concurrence. En ce qui concerne les prestations financières, il ne faudra pas oublier de régler les modalités de paiement, notamment la monnaie, le délai de paiement ainsi qu'un éventuel intérêt en cas de retard. Les indemnités dues ainsi que le remboursement des frais devraient également faire l'objet de précisions.

70. En ce qui concerne la *clause d'exclusivité*, elle est, dans le cas du contrat de représentation exclusive, un élément essentiel du contrat (N 32). Le concédant s'engage en effet à ne livrer les produits, dans un territoire défini, qu'au concessionnaire exclusif. Cet engagement peut être lié à l'interdiction du concessionnaire de distribuer des produits concurrents. Dans cette dernière hypothèse, il s'agira de soigneusement définir les produits concernés¹⁶⁶. Quant au contrat d'agence, il est fréquent que l'agent jouisse de l'exclusivité dans un certain rayon ou par rapport à une certaine clientèle qui lui est attribuée. Si les parties souhaitent déroger à cette pratique, alors la forme écrite est obligatoire¹⁶⁷. Le contrat de franchise, quant à lui, contient fréquemment une clause d'exclusivité territoriale, mais celle-ci n'est pas essentielle au contrat.
71. La *clause de prohibition de concurrence* pendant les rapports contractuels doit être écrite pour le contrat d'agence¹⁶⁸. Une telle clause peut toutefois poser problème au regard du droit de la concurrence, si elle est conclue pour une durée supérieure à cinq ans¹⁶⁹. Une clause de non-concurrence après la fin du contrat, quant à elle, vise les

¹⁶⁶ REYMOND (n. 162), N 63.

¹⁶⁷ Cf. art. 418f al. 3 CO.

¹⁶⁸ Cf. art. 418c al. 2 CO.

¹⁶⁹ Chiffre 12(2) let. f CommVert.

rapports des parties postérieurs au contrat et donc doit figurer parmi les clauses survivant au contrat¹⁷⁰.

72. Les *clauses d'exonération (partielle ou totale) de responsabilité* sont également fréquentes en pratique. En matière de distribution où le produit distribué risque d'occasionner un dommage matériel ou corporel chez le client final, le fournisseur cherchera à limiter sa responsabilité à la seule réparation du produit défectueux¹⁷¹. Que ce soit en droit suisse¹⁷² ou en droit européen¹⁷³, une telle limitation est exclue, de sorte que le fournisseur ne sera pas à l'abri d'une action en responsabilité (délictuelle) de l'utilisateur final lésé. En ce qui concerne les rapports contractuels entre fournisseur et distributeur, une exclusion de la responsabilité au sens de l'article 199 CO est toutefois possible.
73. En ce qui concerne la *durée du contrat*, il est bien évidemment indispensable de préciser sa durée (minimale) ainsi que les modalités de prolongement et de résiliation. Le contrat peut ainsi être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, il peut prévoir une durée initiale avec un renouvellement automatique, sauf dénonciation¹⁷⁴. Il est également possible de subordonner la durée du contrat à la réalisation de certains objectifs commerciaux. Le fait de ne pas les atteindre peut alors être considéré comme une cause de résiliation ou d'extinction du contrat¹⁷⁵. De plus, la fin d'un contrat étant régulièrement une étape délicate entre les parties avec des conséquences économiques potentiellement importantes, il est conseillé de régler avec soin les conditions, les modalités ainsi que les conséquences d'une résiliation (p. ex. reprise du stock, utilisation

¹⁷⁰ MARCHAND (n. 163), p. 161.

¹⁷¹ REYMOND (n. 162), N 70.

¹⁷² Cf. Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits, RS 221.112.944.

¹⁷³ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁷⁴ REYMOND (n. 162), N 74.

¹⁷⁵ REYMOND (n. 162), N 75.

d'un fichier d'adresses de clients finaux, rapports avec un nouveau distributeur, etc.).

74. Enfin, comme pour tout contrat, des aspects en rapport avec la *résolution d'éventuels litiges* méritent d'être clarifiés. Selon les circonstances du cas d'espèce, une clause de médiation, d'arbitrage, d'élection de droit et de for peut alors s'imposer. La prorogation de for n'est valable que si elle est écrite (cf. art. 17 al. 2 CPC, art. 5 LDIP). La clause d'élection de droit, quant à elle, ne doit pas forcément faire l'objet d'un accord exprès, car il suffit qu'elle ressorte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances (cf. art. 116 al. 2 LDIP). Il est en outre utile de préciser une clause d'élection de droit en excluant expressément les règles de conflit du droit national choisi au profit de ses règles de droit matériel, afin d'écartier le risque de renvoi (cf. art. 14 LDIP)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ REYMOND (n. 162), N 101.