

Université de Genève  
Faculté de droit  
Semestre de printemps 2020

---

# **L'application par analogie des règles du contrat d'agence au contrat de distribution**

Mémoire de maîtrise effectué dans le cadre du séminaire « Les contrats de service »

Sous la direction du Professeur Sylvain MARCHAND

Assisté de Monsieur Gabriel JACCARD

présenté par

Marie BRADIC

Marie.Bradic@etu.unige.ch

No. 15-314-172

## Table des matières

<b>Table des abréviations .....</b>	<b>IV</b>
<b>I. Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Une brève présentation .....</b>	<b>2</b>
A. Le contrat d'agence .....	2
B. Le contrat de distribution exclusive .....	3
<b>III. Le recours au procédé de l'analogie .....</b>	<b>4</b>
A. Quelques remarques préliminaires .....	4
B. Les conditions de base pour recourir au procédé de l'analogie .....	5
C. L'application par analogie d'une règle spéciale impérative.....	5
<b>IV. L'interdiction d'une activité concurrente .....</b>	<b>6</b>
A. Pendant la durée du contrat .....	6
1. Dans le contrat d'agence (art. 418c al. 1 et 2 CO).....	6
2. Dans le contrat de distribution exclusive .....	7
B. Après la fin du contrat.....	8
1. Dans le contrat d'agence (art. 418d al. 2 CO).....	8
2. Dans le contrat de distribution exclusive .....	8
<b>V. L'indemnité pour la clientèle.....</b>	<b>11</b>
A. Dans le contrat d'agence (art. 418u CO).....	11
1. La nature de l'indemnité pour la clientèle.....	11
2. Les conditions d'octroi de l'indemnité pour la clientèle.....	12
a) L'augmentation sensible de la clientèle due à l'activité de l'agent.....	12
b) Le profit effectif du mandant .....	13
c) Le caractère non inéquitable de l'octroi de l'indemnité .....	13
d) L'absence de motifs de résiliation imputables à l'agent.....	14
3. La fixation du montant de l'indemnité pour la clientèle.....	14
4. Le fardeau de la preuve .....	15
B. Dans le contrat de distribution exclusive .....	15
1. La jurisprudence fédérale avant l'ATF 134 III 497 .....	15
2. L'analyse de l'ATF 134 III 497 .....	16
a) L'état de fait.....	16
b) Le cheminement jusqu'à l'analogie : des dissemblances aux convergences.....	17
c) Les conditions de l'analogie .....	19
i. L'intégration du distributeur exclusif dans l'organisation de vente du fournisseur ..	19
ii. Le transfert du fonds de clientèle.....	20
d) Les conditions matérielles de l'art. 418u CO appliquées par analogie.....	22

e) Le caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie.....	24
f) Les critiques de la doctrine .....	24
3. La jurisprudence fédérale depuis l'ATF 134 III 497 .....	26
<b>VI. La fin du contrat de distribution exclusive .....</b>	<b>27</b>
A. La résiliation ordinaire : l'application par analogie de l'art. 418q al. 1 CO .....	27
B. La résiliation pour justes motifs : l'application par analogie de l'art. 418r CO ? .....	28
<b>VII. Conclusion .....</b>	<b>30</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>31</b>

## Table des abréviations

<b>al.</b>	alinéa
<b>art.</b>	article
<b>ATF</b>	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
<b>BSK</b>	<i>Basler Kommentar</i> (commentaire bâlois)
<b>BSt.</b>	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
<b>CDE</b>	Code de droit économique belge du 28 février 2013
<b>CE</b>	Conseil des Etats
<b>cf.</b>	<i>confer</i> (« reportez-vous à »)
<b>CO</b>	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
<b>consid.</b>	considérant(s)
<b>CR</b>	Commentaire romand
<b>Cst.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<b>éd.</b>	édition
<b>édit.</b>	éditeur(s)
<b>e.g.</b>	<i>Exempli gratia</i> (par exemple)
<b>etc.</b>	<i>et cætera</i> , et les autres choses
<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>Ibid.</b>	<i>Ibidem</i>
<b>JdT</b>	Journal des Tribunaux
<b>LDIP</b>	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
<b>N</b>	numéro marginal
<b>n.</b>	note de bas de page
<b>p.</b>	page
<b>RSJ/SJZ</b>	Revue suisse de jurisprudence/ <i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
<b>s.</b>	et le (la) suivant(e)
<b>SJ</b>	Semaine judiciaire
<b>ss</b>	et les suivant(e)s
<b>TF</b>	Tribunal fédéral
<b>vol.</b>	volume
<b>ZK</b>	<i>Zürcher Kommentar</i> (commentaire zurichois)

## I. Introduction

Le système de distribution joue un rôle primordial dans la vie économique. Il ne suffit en effet pas de produire des biens et des services, encore faut-il les mettre efficacement à disposition des consommateurs et inciter ceux-ci à acquérir ces produits<sup>1</sup>. La distribution désigne cette activité d'intermédiation entre la production proprement dite et la consommation<sup>2</sup>.

On distingue habituellement la distribution intégrée et la distribution non intégrée. Dans la première, l'entreprise productrice se charge elle-même de la distribution de ses produits, le cas échéant par l'intermédiaire de succursales ou de filiales. Dans la deuxième, la distribution des produits est réalisée par le biais de distributeurs indépendants tels que des agents, des consignataires, des distributeurs exclusifs, voire des franchisés<sup>3</sup>. C'est dans le cadre de la distribution non intégrée que les contrats de distribution représentent un élément indispensable puisqu'ils organisent la relation entre le fabricant et le distributeur<sup>4</sup>.

Le droit suisse ne compte pas, dans le catalogue des contrats nommés, de « contrat de distribution » au sens strict. Par contre, la famille des contrats de distribution au sens large inclut plusieurs contrats dont le contrat d'agence (art. 418a ss CO) et le contrat de distribution exclusive<sup>5</sup>. Ce dernier contrat, innommé, joue un rôle important dans le domaine de la distribution au sens large<sup>6</sup>. Il a été forgé au fil du temps par la pratique des affaires afin de répondre aux besoins commerciaux.

La loi étant muette sur la réglementation du contrat de distribution exclusive, les parties devront accorder une vigilance particulière lors de la négociation et de la rédaction de ce contrat. En cas d'oubli, d'imprécision ou d'incohérence, un litige pourrait mettre en lumière une lacune du contrat. L'application par analogie des règles du contrat d'agence constitue généralement une potentielle solution pour combler cette lacune. Le juge, de par son pouvoir de décision, peut même aller jusqu'à imposer l'application analogique d'une règle impérative du contrat d'agence au contrat de distribution exclusive.

Il est vrai que l'agent et le distributeur exclusif partagent les mêmes objectifs : constituer une clientèle, promouvoir des produits, augmenter les ventes. Les deux sont parties à un rapport de droit durable, indépendants juridiquement et réunissent leurs efforts pour écouler un produit sur un marché qui leur est concédé. Pourtant, leurs situations juridiques diffèrent : l'agent représente son mandant, le distributeur exclusif achète et revend en son propre nom. Depuis des décennies, ces différences ont alimenté les controverses dans la doctrine sur la convenance de l'application analogique des règles du contrat d'agence au contrat de distribution exclusive. La jurisprudence en la matière n'est pas des plus abondantes, laissant souvent des questions sans réponses.

---

<sup>1</sup> DREYER, p. 130.

<sup>2</sup> XODIS, p 6.

<sup>3</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_64/2015 du 7 septembre 2015, consid. 4.4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7240 ; MÜLLER, Contrats de distribution, N 4.

<sup>4</sup> MÜLLER, Contrats de distribution, N 4 ; LA SPADA, N 13.

<sup>5</sup> LA SPADA, N 18 ss.

<sup>6</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7240.

Le présent mémoire vise à éclaircir la problématique de l'application par analogie des règles du contrat d'agence au contrat de distribution exclusive en droit suisse, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine. Nous présenterons d'abord brièvement les deux contrats précités (*infra II*), puis le concept général du procédé de l'analogie (*infra III*). Nous entrerons ensuite dans le vif du sujet en abordant deux thématiques : l'interdiction d'une activité concurrente (*infra IV*) et l'indemnité pour la clientèle (*infra V*). Chaque thématique comprend une analyse des règles applicables au contrat d'agence et une analyse sur la manière dont doctrine et jurisprudence appréhendent l'application analogique de ces règles au contrat de distribution exclusive. Avant de conclure, nous examinerons si la fin du contrat de distribution exclusive est soumise à l'application analogique de deux règles du contrat d'agence (*infra VI*).

## II. Une brève présentation

### A. Le contrat d'agence

Le contrat d'agence est régi par les articles 418a à 418v CO inséré dans le Titre consacré au mandat. Cette réglementation a été introduite en 1950 dans le Code des obligations, dans le but de protéger l'agent qui est souvent dépendant économiquement du mandant, sans bénéficier des protections d'un travailleur<sup>7</sup>.

L'essence du contrat d'agence réside dans l'engagement de l'agent, à titre permanent, de négocier la conclusion d'affaires ou de conclure des affaires au nom et pour le compte du mandant, sans pour autant être lié par un contrat de travail (art. 418a al. 1 CO). Le contrat a un caractère durable, et n'est donc pas limité à une affaire déterminée<sup>8</sup>. Le but du contrat d'agence est ainsi la constitution d'une clientèle pour le mandant<sup>9</sup>.

Le contrat d'agence se distingue du contrat de travail (art. 319 ss CO), particulièrement du contrat de voyageur de commerce (art. 347 ss CO), par l'indépendance de l'agent et l'absence de pouvoir de subordination entre le mandant et l'agent<sup>10</sup>. L'indépendance doit être comprise dans un sens juridique, et non économique, dans la mesure où le caractère durable du contrat entraîne une dépendance économique accrue de l'agent envers le mandant<sup>11</sup>. L'indépendance de l'agent se mesure, en principe, à sa liberté d'organiser son travail, de disposer de son temps comme il l'entend, de tenir sa propre comptabilité et de louer lui-même des locaux de l'agence. Il n'est pas non plus lié par les instructions de son mandant et il peut engager son propre personnel<sup>12</sup>.

La contrepartie due par le mandant consiste en règle générale en une provision calculée en fonction du résultat de l'activité de l'agent (art. 418g ss CO)<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message Contrat d'agence, p. 684 ; MARCHAND, p. 906.

<sup>8</sup> ATF 118 IV 403, consid. 2a ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5042.

<sup>9</sup> MARCHAND, p. 906.

<sup>10</sup> ATF 99 II 313 ; MARCHAND, p. 906.

<sup>11</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.218/2005 du 3 avril 2006, consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.270/2002 du 11 février 2003, consid. 2.2.

<sup>12</sup> TF, 4C.218/2005, 3 avril 2006, consid. 3.2.

<sup>13</sup> *Ibid.*, consid. 3.2.

## B. Le contrat de distribution exclusive

Le contrat de distribution exclusive est un contrat de durée, innommé *sui generis*<sup>14</sup> et fréquemment utilisé en pratique (notamment dans l'industrie automobile et pharmaceutique)<sup>15</sup>. La jurisprudence et la doctrine utilisent également les termes de « contrat de concession de vente » ou de « contrat de représentation exclusive » pour le décrire. Par souci de clarté, nous emploierons uniquement les termes suivants : le contrat de distribution exclusive, le distributeur exclusif et le fournisseur.

Le contrat de distribution exclusive est un contrat par lequel le fournisseur s'oblige à livrer au distributeur exclusif des biens déterminés et à lui assurer l'exclusivité (totale ou partielle) de la vente sur un territoire déterminé. En contrepartie, le distributeur exclusif s'engage à payer le prix des biens et à promouvoir la vente de ceux-ci dans ce territoire<sup>16</sup>. Ce contrat peut avoir des contenus divers, impliquant un lien plus ou moins étroit entre les parties, mais il comprend dans tous les cas un double rapport d'échange : un premier entre l'obligation du fournisseur de s'abstenir de vendre dans le territoire réservé et l'obligation du distributeur exclusif de promouvoir les ventes, et un second entre l'obligation du fournisseur de livrer la marchandise et celle du distributeur d'en payer le prix<sup>17</sup>.

La clause d'exclusivité est une caractéristique essentielle de ce contrat, qui n'est comme telle déduite d'aucun contrat nommé, même si elle présente des analogies avec le contrat d'agence (art. 418f al. 3 et 418g al. 2 CO)<sup>18</sup>. Cette clause implique un aspect marqué d'*intuitu personae*, de sorte que la confiance mutuelle entre les parties est déterminante<sup>19</sup>. Son intensité peut varier, mais la clause d'exclusivité simple impose au fournisseur de s'interdire de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur dans le territoire contractuel<sup>20</sup>. Quant à la promotion promise par le distributeur au fournisseur, elle peut prendre diverses formes suivant le but recherché par les parties et l'intensité de leur collaboration<sup>21</sup>.

Le distributeur exclusif s'adonne à une activité d'achat-vente en concluant en son nom et pour son propre compte des contrats de revente portant sur les produits acquis auprès du fournisseur. Sa rémunération dépend de la marge qu'il peut réaliser entre le prix d'acquisition des produits auprès du fournisseur et le prix de revente<sup>22</sup>. C'est donc le distributeur, en tant que revendeur indépendant, qui supporte en principe le risque commercial lié à la distribution aux clients

---

<sup>14</sup> ATF 78 II 32, consid. 2, JdT 1952 I 492 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_61/2008 du 22 mai 2008, consid. 2 ; HUGUENIN, N 3844 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7250 ; MÜLLER, Contrats de distribution, N 32. *Contra* BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 115, qui considèrent le contrat de distribution exclusive comme étant un contrat mixte et *sui generis*.

<sup>15</sup> MÜLLER N 2998 ; ENGEL, p. 763.

<sup>16</sup> TF, 4A\_61/2008, 22 mai 2008, consid. 2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.130 du 18 juin 2004, consid. 2.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7239 ; MÜLLER, Contrats de distribution, N 32.

<sup>17</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_613/2009 du 2 juillet 2010, consid. 3 ; TF, 4C.130/2004, 18 juin 2004, consid. 2.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7246.

<sup>18</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7252 et les références citées ; MÜLLER, Contrats de distribution, N 32 ; MÜLLER, N 3006. La clause d'exclusivité n'est pas un élément caractéristique du contrat d'agence, mais doit être expressément prévue. En outre, la clause n'empêche pas que des affaires soient conclues par le mandant lui-même dans le rayon attribué à l'agent, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 5116.

<sup>19</sup> ATF 54 II 375, JdT 1929 I 362 ; RODONDI, p. 94.

<sup>20</sup> XOUDIS, p. 35.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>22</sup> GOBAT, p. 41.

finaux<sup>23</sup>. Il se distingue ainsi de l'agent, par son indépendance accrue, agissant en son nom et pour son propre compte, tandis que l'agent agit au nom et pour le compte du mandant.

Cependant, l'indépendance juridique du distributeur est susceptible d'être réduite en fonction des engagements supplémentaires auxquels il aurait consenti<sup>24</sup>. Il peut par exemple s'obliger à commander une quantité minimum de produits, à engager du personnel qualifié, à assurer un service après-vente, à assumer la garantie du fabricant, à mettre sur pied une campagne publicitaire, à s'interdire d'acquérir des produits concurrents, à remettre des rapports circonstanciés sur les conditions du marché, à remettre régulièrement des comptes, etc. Ces obligations supplémentaires favorisent l'intégration du distributeur exclusif dans le système de distribution du fournisseur<sup>25</sup>.

Cette forme de distribution vise souvent un large territoire (e.g. lorsque le distributeur exclusif est l'importateur pour un pays), et donc à un stade intermédiaire de la distribution pour lequel l'organisation du réseau de revente et les efforts promotionnels sont importants. L'exclusivité peut également être accordée à un détaillant, par exemple pour une ville ou une région donnée. La distribution au niveau du détail existe dans certains réseaux de produits de luxe ou de voiture automobiles. Dans ces cas, le fournisseur cherche à obtenir de la part du distributeur des investissements importants en échange d'une protection territoriale<sup>26</sup>.

L'avantage du contrat de distribution exclusive pour le fournisseur réside dans le fait que la distribution ne nécessite pas d'investissements de sa part, que le risque de vente incombe au distributeur<sup>27</sup> et qu'il bénéficie de la clientèle constituée par le distributeur. L'intérêt du distributeur exclusif consiste à profiter de la notoriété de la marque du fournisseur et de jouir de l'absence de toute concurrence dans le rayon d'exclusivité<sup>28</sup>.

### **III. Le recours au procédé de l'analogie**

#### **A. Quelques remarques préliminaires**

Les contrats innommés ont ceci de particulier qu'ils peuvent présenter une double lacune. En effet, non seulement la loi est lacunaire puisque le législateur n'a pas réglementé le contrat en question mais le contrat lui-même peut également comporter une lacune<sup>29</sup>. L'opportunité d'appliquer par analogie une règle spéciale à un contrat innommé intervient suite au constat d'une lacune dans le contrat<sup>30</sup>. La lacune ne peut être constatée qu'à l'issue de l'interprétation du contrat conformément à l'art. 18 CO<sup>31</sup>. Ainsi, si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle ou présumée des parties sur la question litigieuse, il doit combler la lacune<sup>32</sup>. La lacune doit concerner uniquement un point secondaire. S'il s'agit d'un point essentiel,

---

<sup>23</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 113.

<sup>24</sup> RODONDI, p. 94.

<sup>25</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7247 ; RODONDI, p. 103 s.

<sup>26</sup> XOUDIS, p. 36 s.

<sup>27</sup> HONSELL p. 479.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> KRAMER p. 171 ; GOBAT, p. 202.

<sup>30</sup> CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 29.

<sup>31</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1031 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 30 ; GOBAT, p. 33.

<sup>32</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1029.



objectivement ou subjectivement, il n'y a pas d'accord entre les parties et le juge ne peut y suppléer<sup>33</sup>.

Afin de combler une lacune d'un contrat typique innommé, le juge peut, s'il l'estime opportun, recourir au procédé de l'analogie<sup>34</sup>. Ce faisant, il fait acte de législateur conformément à l'art. 1 al. 2 CC en comblant, en réalité, une lacune de la loi<sup>35</sup>.

## **B. Les conditions de base pour recourir au procédé de l'analogie**

Le recours au procédé de l'analogie consiste à appliquer une disposition légale à un état de fait n'étant pas expressément visé par celle-ci<sup>36</sup>. Pour ce faire, il convient de déterminer au préalable le but et les valeurs (*ratio legis*) poursuivis par la norme appelée à être appliquée par analogie<sup>37</sup>. En effet, ce but et ces valeurs sont le « levier matériel de l'analogie »<sup>38</sup>. Lorsque la *ratio legis* ne peut être établie avec certitude, l'analogie est par définition exclue<sup>39</sup>. Il faut par la suite que cette *ratio legis* concorde avec l'état de fait que l'on cherche à compléter<sup>40</sup>. KRAMER résume le procédé de l'analogie comme « [...] Der *ratio legis* über den Wortsinn hinaus zum Durchbruch zu verhelfen »<sup>41</sup>.

La pratique des tribunaux révèle que les juges n'examinent pas toujours la *ratio legis* d'une norme avant de procéder à son application par analogie. Il arrive même que les tribunaux appliquent directement, soit sans référence à la méthode de l'analogie, des règles de contrats nommés à certains contrats innommés<sup>42</sup>.

Le fondement de l'application par analogie réside dans le principe de l'égalité de traitement entre les justiciables (art. 8 Cst.). Autrement dit, deux situations égales ou semblables doivent être traitées de la même manière alors que deux situations inégales ou dissemblables appellent un traitement différencié. Cette disposition constitutionnelle oblige dès lors le juge à recourir à l'analogie lorsqu'elle s'impose<sup>43</sup>.

## **C. L'application par analogie d'une règle spéciale impérative**

Les dispositions impératives poursuivent un but d'intérêt supérieur, qui a le pas sur la volonté des parties<sup>44</sup>. Le but de ces normes est de protéger l'une des deux parties au contrat, voire les deux dans certaines situations, ou encore de répondre à un intérêt plus général<sup>45</sup>. Lorsque la

---

<sup>33</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1031.

<sup>34</sup> Pour les autres méthodes auxquelles le juge peut recourir pour combler une lacune contractuelle, cf. CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 43 ss.

<sup>35</sup> ATF 96 II 355, consid. 2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.24/1999 du 7 décembre 1999, consid. 4, SJ 2000 459 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 42 et les références citées ; MANAÏ, p. 131 ; GOBAT, p. 203 s. La doctrine minoritaire considère le procédé de l'analogie comme un moyen d'interprétation (art. 1 al. 1 CC). Pour plus d'informations sur ce courant doctrinal, cf. BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER CC I N 376 s.

<sup>36</sup> KRAMER, p. 229 ; GOBAT, p. 204.

<sup>37</sup> KRAMER, p. 230 ; GOBAT, p. 204 ; STEINAUER, N 386.

<sup>38</sup> STEINAUER, N 386.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 134 n. 41 et les références citées.

<sup>40</sup> HUGUENIN, N 3710 ; GOBAT, p. 204 ; STEINAUER, N 386.

<sup>41</sup> KRAMER, p. 236. Traduction libre : « [...] Pour aider la *ratio legis* à dépasser le sens littéral du mot ».

<sup>42</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_435/2007 du 26 mars 2008, consid. 3.1 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 43.

<sup>43</sup> KRAMER, p. 231 ; GOBAT, p. 205.

<sup>44</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 73.

<sup>45</sup> CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 52.

norme vise à protéger spécifiquement l'une des parties au contrat, le législateur le fait au motif qu'il considère généralement celle-ci comme étant la partie dite faible<sup>46</sup>.

En principe, le droit impératif n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations qui sont directement visées par la loi<sup>47</sup>. Néanmoins, conformément à un principe clairement reconnu par la doctrine, il est possible d'appliquer par analogie une disposition impérative à un contrat innommé<sup>48</sup>. Dans un tel cas, le juge devra se montrer très prudent par respect du principe de la liberté contractuelle. Il devra dûment justifier l'application à titre impératif d'une disposition en dehors de son cadre légal en fonction du but de protection de cette dernière<sup>49</sup>. L'application analogique d'une norme impérative requiert une motivation d'un degré de précision supérieur<sup>50</sup>.

Méthodologiquement, le juge doit déterminer « [...] que la différence existant entre le contrat innommé concerné et le modèle légal (de contrat nommé) ne change pas la situation du point de vue du but de protection de la norme impérative en cause et du besoin de protection et/ou de l'intérêt destiné à être protégé de sorte que l'application impérative de la norme reste justifiée »<sup>51</sup>. Autrement dit, il faut vérifier que la partie qui profite de la règle impérative dans le contrat innommé a le même besoin de protection que la partie directement visée par la norme légale<sup>52</sup>.

## **IV. L'interdiction d'une activité concurrente**

### **A. Pendant la durée du contrat**

#### **1. Dans le contrat d'agence (art. 418c al. 1 et 2 CO)**

Selon l'art. 418c al. 1 CO, l'agent veille aux intérêts du mandant avec la diligence requise d'un bon commerçant. L'agent est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat<sup>53</sup>. Il a ainsi un devoir de fidélité<sup>54</sup>. Celui-ci découle de manière implicite du devoir de l'agent de veiller aux intérêts du mandant prévu par l'art. 418c al. 1 CO<sup>55</sup>. En vertu de l'art. 418c al. 2 CO, l'agent peut travailler pour d'autres mandants sans violer son obligation de fidélité. La loi ne lui impose donc pas une obligation d'exclusivité, mais le contrat peut en prévoir une par écrit<sup>56</sup>. Cependant, le devoir de fidélité de l'agent l'empêche de travailler pour des concurrents de son mandant<sup>57</sup>. L'agent peut donc uniquement travailler pour des entreprises exerçant leurs activités dans d'autres domaines<sup>58</sup>.

---

<sup>46</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 76.

<sup>47</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_404/2008 du 18 décembre 2006, consid. 4.1.3 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 52.

<sup>48</sup> GOBAT, p. 258 s. et les références citées.

<sup>49</sup> CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 52.

<sup>50</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 32.

<sup>51</sup> CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, N 54.

<sup>52</sup> MORIN, III.B.2.

<sup>53</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 5078.

<sup>54</sup> MIRFAKHRAEI, N 33.

<sup>55</sup> ZK-BÜHLER, CO 418c N 4 s.

<sup>56</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 5085.

<sup>57</sup> ATF 136 III 518, consid. 4.4, JdT 2013 II 308 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_212/2013 du 10 octobre 2013, consid. 2.2.

<sup>58</sup> CR CO I-DREYER, CO 418c N 14.

## 2. Dans le contrat de distribution exclusive

Le distributeur exclusif, doit-il, à l'instar de l'agent, s'empêcher de travailler pour des concurrents de son fournisseur ? La question de l'application par analogie de l'art. 418c al. 1 CO, fondant le devoir de fidélité de l'agent, au distributeur exclusif est controversée en doctrine<sup>59</sup>. A notre connaissance, aucune décision judiciaire n'a été rendue en la matière.

L'interdiction d'une activité concurrente pendant la durée du contrat vise en réalité la question de savoir si le distributeur exclusif est contraint de respecter une exclusivité d'achat, c'est-à-dire l'obligation du distributeur de ne s'approvisionner qu'auprès du fournisseur pour les produits visés (« *single branding* »)<sup>60</sup>. Lorsque le contrat de distribution exclusive prévoit une clause d'approvisionnement exclusif, celle-ci déploie ses effets en vertu de la liberté contractuelle<sup>61</sup>.

En cas de silence du contrat, KUHN est d'avis que le distributeur exclusif a une obligation légale de non-concurrence qui découle de l'application par analogie de l'obligation de diligence et de fidélité de l'agent (art. 418c al. 1 CO)<sup>62</sup>. D'autres auteurs considèrent qu'il est erroné de déduire une obligation légale de non-concurrence dans le contrat de distribution exclusive, et retiennent que seule une clause contractuelle est apte à fonder une telle obligation. Ces auteurs estiment ainsi que le distributeur exclusif n'est tenu à aucune fidélité particulière envers le mandant<sup>63</sup>. JACOBS admet une obligation de non-concurrence lorsque le contrat impose au distributeur une obligation de fidélité particulièrement étendue<sup>64</sup>. Quant à MEYER, il associe la clause d'approvisionnement exclusif à un des éléments constituant le noyau intrinsèque du contrat de distribution exclusive<sup>65</sup>. A notre sens, cette clause est optionnelle, et n'appartient pas au noyau du contrat de distribution exclusive<sup>66</sup>.

Une partie de la doctrine récente apporte une solution plus nuancée en soutenant que la réponse devrait dépendre des circonstances concrètes. L'obligation de non-concurrence dépendra du degré d'intégration du distributeur exclusif dans le réseau de distribution du fournisseur. Seule une intégration forte justifie que l'on admette une obligation de fidélité analogue à celle de l'agent<sup>67</sup>. En effet, dans ces cas, la situation du distributeur exclusif est proche de celle de l'agent<sup>68</sup>. En revanche, il est douteux d'admettre une obligation de fidélité envers le fournisseur lorsque le distributeur exclusif est indépendant et économiquement autonome<sup>69</sup>.

Afin de garantir la sécurité juridique, MIRFAKHRAEI propose d'appliquer par analogie l'art. 418c al. 2 CO au contrat de distribution exclusive de sorte que le distributeur exclusif

---

<sup>59</sup> HUGUENIN, N 3861 ; MÜLLER, N 3028.

<sup>60</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7282 ; MIRFAKHRAEI, N 90 ; FAVRE, p. 959 ; BÉNÉDICT, p. 33.

<sup>61</sup> Une clause de « *Best Efforts* » peut, selon les cas, s'analyser aussi comme une obligation tacite de non-concurrence, cf. EGLI, p. 131.

<sup>62</sup> KUHN, p. 201.

<sup>63</sup> EGLI, p. 131 n. 4 ; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, p. 28 ; BK-GAUTSCHI, CO 418d N 4d.

<sup>64</sup> CHK-JACOBS, Vorb OR 184 ff/Alleinvertriebsvertrag, N 29.

<sup>65</sup> MEYER p. 108.

<sup>66</sup> Cf. XOUDIS, p. 32, qui distingue le contrat d'approvisionnement exclusif du contrat de distribution exclusive.

<sup>67</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 127 ; HUGUENIN, N 3861 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7282 ; MÜLLER, N 3028 ; HARTMANN, p. 35.

<sup>68</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 127 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7282.

<sup>69</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 127 et les références citées.

puisse travailler pour plusieurs fournisseurs, sauf convention écrite prévoyant le contraire. Autrement dit, la clause d'exclusivité de fournitures doit être prévue par écrit dans le contrat de distribution exclusive<sup>70</sup>.

Compte tenu de la situation juridique controversée, il est recommandé de régler la question contractuellement<sup>71</sup>.

## **B. Après la fin du contrat**

### **1. Dans le contrat d'agence (art. 418d al. 2 CO)**

Aux termes de l'art. 418d al. 2 CO, l'agent peut s'interdire de faire concurrence au mandant après la fin du contrat. En vertu de l'art. 418d al. 2 *ab initio* CO, les dispositions sur le contrat de travail (art. 340 ss CO) sont applicables par analogie à l'obligation contractuelle de ne pas faire concurrence. La clause nécessite la forme écrite (art. 340 al. 1 CO), et doit être limitée quant au lieu, au temps et à la nature des affaires, et ne doit pas compromettre l'avenir économique de l'agent (art. 340a al. 1 CO)<sup>72</sup>. L'accord n'est valable qu'à deux conditions cumulatives (art. 340 al. 2 CO). La première impose à l'agent d'avoir eu connaissance, lors des rapports contractuels, de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires du mandant. La deuxième exige que les informations obtenues soient de nature à causer au mandant un préjudice sensible<sup>73</sup>.

Contrairement à ce qui prévaut pour le contrat de travail<sup>74</sup>, l'agent a droit, à la fin du contrat, à une indemnité spéciale équitable qui ne peut pas lui être supprimée par convention (l'art. 418d al. 2 *in fine* CO). La loi instaure cette indemnité impérative pour que l'agent obtienne une contrepartie pour la limitation de sa liberté économique, autrement l'art. 27 CC serait compromis<sup>75</sup>. Si les parties n'ont pas fixé elles-mêmes le montant de cette indemnité, le juge le fera en tenant compte du fait que l'indemnité représente la contre-valeur du dommage subi par l'agent, en raison de la prohibition de faire concurrence<sup>76</sup>. Si le mandant renonce unilatéralement à la prohibition, l'agent conserve tout de même son droit à l'indemnité<sup>77</sup>. Par contre, si le contrat prévoit la possibilité pour le mandant de renoncer à l'interdiction de faire concurrence, et que celui-ci en fait usage à la fin du contrat, l'agent perd son droit à l'indemnité<sup>78</sup>. L'agent a le droit à cette indemnité, même s'il résilie lui-même le contrat<sup>79</sup>.

### **2. Dans le contrat de distribution exclusive**

Le distributeur exclusif peut s'obliger à ne pas faire concurrence au fournisseur après la fin du contrat. Deux questions se posent. La première est celle de savoir si la clause de non-

---

<sup>70</sup> MIRFAKHRAEL, N 90

<sup>71</sup> HUGUENIN, N 3861.

<sup>72</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 5090.

<sup>73</sup> CR CO I-DREYER, CO 418d N 8.

<sup>74</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 5091.

<sup>75</sup> ATF 95 II 143, consid. II.3, JdT 1970 I 339 ; ENGEL, p. 556.

<sup>76</sup> ATF 95 II 143, consid. II.5b, JdT 1970 I 339 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5092.

<sup>77</sup> ATF 95 II 143, consid. II.4, JdT 1970 I 339.

<sup>78</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 5091.

<sup>79</sup> ATF 95 II 143, consid. II.3, JdT 1970 I 339.

concurrence est soumise à des conditions analogues à celles applicables dans le contrat d'agence, et partant au contrat de travail. La deuxième est celle de savoir si le distributeur peut prétendre, comme l'agent, à une indemnité de non-concurrence post-contractuelle.

L'application analogique de l'art. 418d al. 2 CO au contrat de distribution exclusive est controversée<sup>80</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur cette question. Par contre, il existe un arrêt isolé rendu le 26 avril 1978 par la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Zurich<sup>81</sup>. Dans cet arrêt, le contrat de distribution exclusive en question contenait une clause de prohibition de concurrence pour une durée de trois ans. Celle-ci ne prévoyait pas un droit à une indemnité spéciale équitable. En outre, une autre clause contractuelle spécifiait que la distributrice exclusive n'avait le droit à aucune indemnité à la fin du contrat<sup>82</sup>. La distributrice a violé la clause de prohibition de concurrence. Le fournisseur a actionné la distributrice en justice pour violation contractuelle. Le Tribunal de première instance a retenu que la clause était nulle puisque les parties n'avaient pas convenu au préalable un accord sur le principe d'une indemnité conformément à l'art. 418d al. 2 *in fine* CO applicable par analogie<sup>83</sup>. Suite au recours du fournisseur, la Cour de justice zurichoise relève au préalable que même si l'art. 418d al. 2 *in fine* CO devait s'appliquer par analogie au contrat de distribution exclusive, la clause de prohibition de concurrence ne serait pas nulle, contrairement à l'opinion du Tribunal de première instance. En effet, vu le caractère impératif de l'indemnité, il suffirait que la distributrice introduise une demande en paiement de l'indemnité<sup>84</sup>.

Suite à cette parenthèse, la Cour décrète finalement que l'art. 418d al. 2 *in fine* CO n'est pas applicable par analogie au contrat de distribution exclusive<sup>85</sup>. La distributrice exclusive ne peut donc pas prétendre à l'octroi d'une indemnité spéciale équitable. Les juges zurichois rappellent, à juste titre, que l'application par analogie d'une disposition impérative à un contrat innommé ne doit être admise que s'il existe des raisons convaincantes. En l'absence de telles raisons, le principe de la liberté contractuelle prévaut (art. 19 al. 1 CO). Le facteur décisif réside en ce que les intérêts destinés à être protégés par la norme impérative, coïncident avec la situation de fait de la distributrice exclusive<sup>86</sup>. Partant, la Cour analyse le but de protection de l'art. 418d al. 2 *in fine* CO et remarque que cette disposition a été introduite dans l'optique de protéger la partie faible du contrat, soit l'agent économiquement dépendant du mandant<sup>87</sup>. L'élément déterminant semble donc être la dépendance économique. Bien que la distributrice exclusive fût *in casu* fortement intégrée dans l'organisation de vente du distributeur<sup>88</sup>, les juges zurichois ont passé outre un possible rapprochement avec la position de l'agent. A l'appui de leur décision, ils soulèvent en sus que l'art. 418d al. 2 *in fine* CO est une norme singulière du droit suisse, en ce qu'elle crée un privilège dont ne bénéficie pas les autres partenaires contractuels, notamment les travailleurs<sup>89</sup>.

---

<sup>80</sup> MIRFAKHRAEL, N 918.

<sup>81</sup> Tribunal cantonal ZH, du 26 avril 1978, in ZR 78/1979 p. 148 ss.

<sup>82</sup> *Ibid.*, consid. 3b.

<sup>83</sup> *Ibid.*, consid. 2.

<sup>84</sup> *Ibid.*, consid. 3.

<sup>85</sup> *Ibid.*, consid. 4.

<sup>86</sup> *Ibid.*, consid. 5b ; cf. *supra*, III.C.

<sup>87</sup> *Ibid.*, consid. 5c et les références citées.

<sup>88</sup> *Ibid.*, consid. 5d s.

<sup>89</sup> *Ibid.*, consid. 5c s.

En revanche, la Cour a conclu à l'application par analogie des dispositions sur le contrat de travail (art. 340 ss CO) au contrat de distribution exclusive<sup>90</sup>. Contrairement à l'indemnité spéciale équitable, les articles 340 ss CO sont des dispositions applicables tant dans le droit du travail que dans le droit du contrat d'agence (art. 418d al. 1 *ab initio* CO). Selon la Cour, cela signifie qu'elles expriment des idées juridiques générales qui peuvent donc être appliquées par analogie à des contrats d'un type apparenté, tel que le contrat de distribution exclusive<sup>91</sup>. De plus, dans le cas d'espèce, la distributrice exclusive était économiquement dépendante à l'égard du fournisseur, ce qui la rapprochait d'un travailleur. En effet, le fournisseur avait arrangé le crédit bancaire avec lequel la distributrice put commencer à exploiter son entreprise. La distributrice exclusive était aussi étroitement intégrée dans l'organisation de vente du fournisseur puisqu'elle s'était notamment obligée à approcher les clients du fournisseur et mettre à jour le fichier client du fournisseur, sous peine de résiliation du contrat<sup>92</sup>. Ainsi, l'argument de la dépendance économique de la distributrice exclusive a joué un rôle pour l'admission de l'application analogique des articles 340 ss CO mais n'a eu curieusement aucun impact sur l'examen de l'application par analogie de l'art. 418d al. 2 *in fine* CO.

Du côté de la doctrine, une majorité d'auteurs est en faveur de l'application par analogie de l'art. 418d al. 2 CO et, partant, des articles 340 ss CO, au contrat de distribution exclusive. Partant, ces auteurs estiment que le distributeur exclusif a droit à l'octroi d'une indemnité spéciale équitable<sup>93</sup>. Parmi ces auteurs, MIRFAKHRAEI juge que les principes concernant l'application analogique d'une règle impérative<sup>94</sup> sont réalisés dans le cadre de l'indemnité spéciale équitable de droit impératif<sup>95</sup>. En effet, cet auteur remarque que le Conseil fédéral, dans son message relatif au projet de loi sur le contrat d'agence, a affirmé qu'il se justifiait d'accorder une indemnité à l'agent en raison de son indépendance<sup>96</sup>. Autrement dit, le législateur a décidé de prévoir une indemnité impérative en faveur de l'agent, dans la mesure où celui-ci est indépendant contrairement au travailleur<sup>97</sup>. Puisque l'agent et le distributeur exclusif sont indépendants les deux sur le plan juridique et qu'ils « [...] se trouvent dans la même situation lorsqu'ils doivent respecter une clause de non-concurrence post-contractuelle », le caractère impératif de l'indemnité doit être conservé lors de l'application par analogie<sup>98</sup>.

La doctrine minoritaire, opposée à l'application par analogie de l'art. 418d al. 2 *in fine* CO, refuse d'accorder une indemnité au distributeur exclusif<sup>99</sup>. CHERPILLOD justifie son refus par le caractère exceptionnel de l'indemnité<sup>100</sup>. Il refuse par ailleurs l'application par analogie de l'art. 418d al. 2 *ab initio* CO. A cet effet, il précise que la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle doit s'analyser au regard de l'art. 27 CC et non des articles 340 ss CO puisque ces derniers sont fortement marqués par des considérations d'ordre social tendant à protéger

---

<sup>90</sup> Tribunal cantonal ZH, du 26 avril 1978, consid. 5e, *in* ZR 78/1979 p. 148 ss ; BK-GAUTSCHI, CO 418d N 4d.; BÉNÉDICT, p. 75.

<sup>91</sup> Tribunal cantonal ZH, du 26 avril 1978, consid. 5e, *in* ZR 78/1979 p. 148 ss.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 127 ; HUGUENIN, N 3861 ; HONSELL, p. 480 ; CHK-JACOBS, Vorb OR 184 ff/Alleinvertriebsvertrag N 29 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7281 ; MIRFAKHRAEI, N 286 ; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, p. 29 ; MEYER, p. 293 ; KUHN, p. 201 ; BÉNÉDICT, p. 75 ; BK-GAUTSCHI, CO 418d N 4d.

<sup>94</sup> Cf. *supra*, III.C.

<sup>95</sup> MIRFAKHRAEI, N 929.

<sup>96</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message Contrat d'agence, p. 696.

<sup>97</sup> MIRFAKHRAEI, N 929.

<sup>98</sup> *Ibid.*, N 929.

<sup>99</sup> CHERPILLOD, Fin des accords de distribution, N 48 ; ZK-BÜHLER, CO 418d N 51.

<sup>100</sup> CHERPILLOD, Fin des accords de distribution, N 48.

spécifiquement le travailleur. Cet auteur remarque qu'en outre, l'analogie n'est pas nécessairement réalisée. Il donne l'exemple de l'art. 340 al. 2 CO qui érige en condition de validité que l'employé ait eu connaissance de la clientèle de l'employeur ou de secrets de fabrication ou d'affaires de celui-ci, et il fait remarquer que le distributeur exclusif travaille sa propre clientèle et n'a pas nécessairement accès à des secrets d'affaires du fournisseur<sup>101</sup>. Il estime néanmoins que « [...] les principes généraux posés par le législateur à propos du contrat de travail interviendront pour préciser ce que serait une prohibition excessive au regard de l'article 27 CC »<sup>102</sup>. Par exemple, l'interdiction de concurrence devrait être convenue par écrit (art. 340 al. 1 CO), ne serait valable que si elle est mise à charge d'un véritable concurrent potentiel et devrait être convenablement limitée quant au temps, au lieu et au genre d'affaires<sup>103</sup>.

Quant à BÜLHER, il est tout de même favorable à l'application analogique des articles 340 ss CO au contrat de distribution exclusive<sup>104</sup>.

Vu l'insécurité juridique, il est recommandé de prévoir une indemnisation en faveur du distributeur exclusif auquel une clause de prohibition de concurrence est imposée après la fin du contrat, tout particulièrement lorsque les relations contractuelles ont duré et qu'une clientèle constituée est transférée au fournisseur ou au nouveau distributeur<sup>105</sup>.

## **V. L'indemnité pour la clientèle**

### **A. Dans le contrat d'agence (art. 418u CO)**

En vertu de l'art. 418u CO, l'agent peut prétendre à l'octroi d'une indemnité de clientèle à la fin du contrat d'agence, lorsqu'il a sensiblement augmenté le nombre des clients du mandant, et que ce dernier en tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ces clients même après la fin du contrat.

#### **1. La nature de l'indemnité pour la clientèle**

L'indemnité pour la clientèle est une institution propre au contrat d'agence<sup>106</sup>. Cette indemnité ne constitue ni une rémunération supplémentaire pour des prestations fournies par l'agent en cours de contrat, ni une indemnisation pour un dommage que l'agent serait réputé avoir subi. L'indemnité représente une contre-prestation due à l'agent pour le profit que le mandant réalise après la fin du contrat, du fait que le nombre de ses clients a augmenté grâce à l'activité de l'agent<sup>107</sup>. En effet, la constitution d'une clientèle représente un élément du « *goodwill* » d'une entreprise, et a, de par ce fait, une valeur économique<sup>108</sup>. En résumé, l'indemnité est une

---

<sup>101</sup> CHERPILLOD, Fin des accords de distribution, N 47. *Contra* MIRFAKHRAEI, N 952, qui considère que cette condition est réalisée dès lors que le distributeur exclusif transfère sa clientèle au fournisseur dès la fin du contrat. Un exemple de transfert de la clientèle peut être les articles de marque.

<sup>102</sup> CHERPILLOD, Fin des accords de distribution, N 47.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> ZK-BÜHLER, CO 418d N 51.

<sup>105</sup> REYMOND, N 89.

<sup>106</sup> FAVRE, p. 972.

<sup>107</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.1 ; ATF 122 III 66, consid. 3d ; ATF 110 II 280, consid. 3b ; ATF 84 II 529, consid. 2, JdT 1959 I 332.

<sup>108</sup> GOBAT, p. 240.

prestation de nature contractuelle<sup>109</sup>, servant à corriger un décalage temporel, en ce qu'elle rétribue l'agent pour l'effet différé de son activité en faveur du mandant<sup>110</sup>.

Au cours des débats parlementaires, le principe même d'une indemnité pour la clientèle a été fortement controversé<sup>111</sup>. D'un côté, les tenants de l'indemnité ont trouvé juste et approprié que l'agent ayant participé à la création de la clientèle du mandant reçoive cette compensation<sup>112</sup>. De l'autre côté, les opposants ont remis en question la valeur ajoutée prétendument apporté par l'agent. Nous ne pouvons que rejoindre l'avis du parlementaire SPEISER, qui a notamment mis en exergue l'incohérence d'une telle norme en ce qu'elle crée un privilège en faveur de l'agent dont ne bénéficie pas l'employé lié par un contrat de travail qui en ferait tout autant pour la vente et l'élargissement de la clientèle<sup>113</sup>. Dans le même sens, il nous semble particulièrement curieux que le voyageur de commerce ne puisse prétendre à l'octroi d'une indemnité pour la clientèle<sup>114</sup>, alors que, à l'instar de l'agent, il s'engage à négocier ou à conclure des affaires pour le compte d'un commerçant qui se charge de le rémunérer (art. 347 al. 1 CO).

A ce titre, le Tribunal fédéral souligne que l'art. 418u CO est une disposition exceptionnelle dans le système du droit civil suisse, en tant qu'elle contraint une partie, qui a exécuté toutes ses obligations, à rétribuer son cocontractant pour des avantages qu'elle retire de l'exécution du contrat après que celui-ci a pris fin<sup>115</sup>.

Cette indemnité est impérative en Suisse (art. 418u al. 1 *in fine* CO), comme elle l'est dans toute l'Europe<sup>116</sup>. Les agents ne peuvent donc renoncer à l'indemnité au moment de la conclusion du contrat et pendant sa durée. Néanmoins, ils peuvent y renoncer une fois le contrat ayant pris fin<sup>117</sup>.

## 2. Les conditions d'octroi de l'indemnité pour la clientèle

En vertu de l'art. 418u CO, l'octroi d'une indemnité est soumis à quatre conditions cumulatives : (a) l'augmentation sensible de la clientèle due à l'activité de l'agent, (b) le profit effectif du mandant, (c) le caractère non inéquitable de l'octroi de l'indemnité et (d) l'absence de motifs de résiliation imputables à l'agent<sup>118</sup>.

### a) L'augmentation sensible de la clientèle due à l'activité de l'agent

Premièrement, l'agent doit augmenter de manière sensible le nombre des clients du mandant. La clientèle visée par l'art. 418u al. 1 CO est celle susceptible de passer des commandes plus ou moins régulièrement<sup>119</sup>. Tel n'est pas le cas d'une clientèle « one shot », qui ne présente pas

---

<sup>109</sup> GOBAT, p. 86 ; BK-GAUTSCHI, CO 418u N 2a.

<sup>110</sup> CHAPPUIS, p. 89.

<sup>111</sup> STÜSSI, *in* BSt./CE 1948, p. 62.

<sup>112</sup> WENK, *in* BSt./CE 1948, p. 63.

<sup>113</sup> SPEISER, *in* BSt./CE 1948, p. 63.

<sup>114</sup> Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 3271 et 3330.

<sup>115</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.1 ; ATF 88 II 169, consid. 7.

<sup>116</sup> Cf. Directive 86/653 du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, JOUE 1986 L 389, p. 20, art. 17 à 19.

<sup>117</sup> ATF 85 II 118, JdT 1959 I 339 ; GOBAT, p. 87 ; BURNAND, p. 98.

<sup>118</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.1 ; TF, 4C.218/2005, 3 avril 2006, consid. 4 à 6 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5184.

<sup>119</sup> ATF 103 II 277, consid. 3a ; CR CO I-DREYER, CO 418u N 5 ; BURNAND, p. 107 s.



une certaine continuité dans ses rapports avec le mandant<sup>120</sup>. Il en va ainsi des clients de produits qui ne sont pas des objets de consommation répétée, par exemple des acheteurs d'aspirateurs ou de machines à coudre<sup>121</sup>. Il faut un lien de causalité entre l'augmentation sensible de la clientèle et l'activité de l'agent. C'est notamment le cas lorsque l'agent apporte une clientèle qui lui est attachée, qu'il acquiert de nouveaux clients pendant la durée du contrat ou qu'il amène des clients existant à conclure des nouvelles affaires<sup>122</sup>. En revanche, si l'augmentation de la clientèle résulte exclusivement de l'activité du mandant ou de l'évolution de la situation économique, le droit à l'indemnité tombe<sup>123</sup>. L'augmentation peut également résulter de l'activité de l'agent en conjonction avec d'autres facteurs comme l'activité du mandant, l'évolution de la situation du marché, la suprématie ou la situation de quasi-monopole du mandant pour les produits ou services offerts sur le marché, le développement de la conjoncture ou les articles de marques<sup>124</sup>. Dans de tels cas, le droit à l'indemnité persiste, mais son montant devra être adapté en conséquence lors de l'examen du caractère convenable du montant de l'indemnité de clientèle<sup>125</sup>. Le critère du nombre de clients n'est pas suffisant pour juger de l'augmentation de la clientèle<sup>126</sup>. Pour le Tribunal fédéral, le critère déterminant est celui du chiffre d'affaires obtenu par l'agent.<sup>127</sup> En effet, l'acquisition d'un nouveau gros client peut s'avérer plus profitable que celle de plusieurs petits clients<sup>128</sup>. Aucune méthode n'a été fixée par le Tribunal fédéral afin de jauger du caractère « sensible » de l'augmentation<sup>129</sup>. Récemment, notre Haute Cour a confirmé un arrêt de la Cour de justice genevoise<sup>130</sup> octroyant une indemnité pour la clientèle à un agent ayant « [...] beaucoup contribué au développement de la clientèle, apportant la plus grande partie de celle-ci ». Le chiffre d'affaires de la mandante à l'arrivée de l'agent était de 136'750 francs en 1998, puis est passé à 2'054'909 francs en 1999, pour ensuite pratiquement doubler en 2000 et 2001<sup>131</sup>.

#### b) Le profit effectif du mandant

Deuxièmement, il faut que le mandant puisse, après la fin du contrat, très vraisemblablement compter sur la fidélité des clients apportés par l'agent, et retirer de ceux-ci un profit significatif sur le plan économique<sup>132</sup>. Cela suppose que le portefeuille d'affaires se renouvelle après la fin du contrat<sup>133</sup>.

#### c) Le caractère non inéquitable de l'octroi de l'indemnité

Troisièmement, l'octroi de l'indemnité ne doit pas paraître inéquitable. La loi ne donne pas d'exemple d'indemnité inéquitable<sup>134</sup>. Le juge, par le biais de son pouvoir d'appréciation

---

<sup>120</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 425.

<sup>121</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 5.

<sup>122</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_335/2009 du 16 octobre 2009, consid. 3.2 ; TF 4C.218/2005, 3 avril 2006, consid. 4.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5184.

<sup>123</sup> BSK OR I-PÄRLI, CO 418u N 4.

<sup>124</sup> MIRFAKHRAEI, N 286 et les références citées.

<sup>125</sup> BSK OR I-PÄRLI, CO 418u N 4 ; MIRFAKHRAEI, N 286 et 336 ; CR CO I-DREYER, CO 418u N 6.

<sup>126</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 7 ; BURNAND, p. 112.

<sup>127</sup> TF 4C.218/2005, 3 avril 2006, consid. 4.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5184 ; CHERPILLOD, N 312.

<sup>128</sup> MIRFAKHRAEI, N 287 ; FOUNTOULAKIS, Agentur – und Fachhändlerverträge, p. 84.

<sup>129</sup> MIRFAKHRAEI, N 288.

<sup>130</sup> Arrêt en ligne de la Cour de Justice du canton de Genève ACJC/954/2015 du 28 août 2015.

<sup>131</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_544/2015 du 17 mars 2016, consid. 4.2.

<sup>132</sup> ATF 103 II 277, consid. 3a et 4b ; TF 4A\_335/2009, 16 octobre 2009, consid. 3.2.

<sup>133</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 9 ; BURNAND, p. 115.

<sup>134</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 426 ; GOBAT, p. 95.

(art. 4 CC), détermine si l'attribution d'une indemnité est inéquitable ou non. Il peut réduire, voire refuser une indemnité inéquitable<sup>135</sup>. Une partie de la doctrine estime que l'iniquité de l'indemnité en exclut automatiquement l'octroi, sans considération pour une éventuelle réduction<sup>136</sup>. L'indemnité est, pour rappel, « [...] une compensation supplémentaire pour les prestations de l'agent telles qu'elles ont trouvé leur expression dans l'augmentation du nombre des clients »<sup>137</sup>. Partant de ce constat, l'octroi d'une indemnité de clientèle apparaîtra comme inéquitable lorsque l'agent a déjà perçu une compensation suffisante pendant la durée de son contrat<sup>138</sup>. Tel sera notamment le cas si l'agent a bénéficié de provisions particulièrement élevées ou s'il a touché des primes de promotion. Le financement des prestations de prévoyance fournies par le mandant en faveur de l'agent peut aussi être pris en compte<sup>139</sup>. La durée du contrat est également un facteur déterminant. En effet, plus la durée du contrat a été longue, plus l'agent aura été rémunéré pour ses prestations<sup>140</sup>.

d) L'absence de motifs de résiliation imputables à l'agent

Quatrièmement, l'agent perd son droit à l'indemnité si la résiliation lui est imputable (art. 418u al. 3 CO). Il importe peu que la résiliation soit le fait du mandant ou de l'agent, tant que celle-ci est due à une faute de l'agent<sup>141</sup>. L'indemnité est également exclue lorsque l'agent résilie le contrat sans motif justifié ou donne au mandant un motif justifié de résilier le contrat<sup>142</sup>. En revanche, l'indemnité reste due lorsque le motif de résiliation réside en la personne de l'agent, mais qu'il est indépendant de sa volonté. Tel est le cas lorsque la résiliation est due à l'âge, à la maladie, au décès ou au terme d'un contrat de durée<sup>143</sup>.

### 3. La fixation du montant de l'indemnité pour la clientèle

La loi fixe deux limites au montant de l'indemnité. La première est que l'indemnité doit être convenable (art. 418u al. 1 CO). L'indemnité est convenable lorsqu'elle est dans un rapport raisonnable avec la valeur économique procurée par la clientèle<sup>144</sup>. L'examen du caractère convenable de l'indemnité relève du libre pouvoir d'appréciation du juge<sup>145</sup>.

La deuxième limite restreint l'indemnité à un seuil maximal. L'indemnité ne peut pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins longtemps (art. 418u al. 2 CO). Le gain annuel net comprend le gain annuel global (*e.g.* le revenu fixe, les diverses commissions, les primes de promotion, etc.) retranché des frais et charges annuels incombant à

---

<sup>135</sup> ATF 110 II 476, JdT 1985 I 376 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5184.

<sup>136</sup> BSK OR I-PÄRLI, CO 418u N 9 ; CR CO I-DREYER, CO 418u N 10 ; ZEN-RUFFINEN, p. 426.

<sup>137</sup> ATF 84 II 529, consid. 2, JdT 1959 I 332.

<sup>138</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 11 ; GOBAT, p. 96 ; BURNAND, p. 118.

<sup>139</sup> ATF 110 II 476, consid. 3d, JdT 1985 I 376 ; BSK OR I-PÄRLI, CO 418u N 10 ; CR CO I-DREYER, CO 418u N 11.

<sup>140</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 11 ; ZEN-RUFFINEN, p. 426 ; BURNAND, p. 119.

<sup>141</sup> ATF 110 II 280, consid. 3c ; HUGUENIN, N 3422.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> CR CO I-DREYER, CO 418u N 12.

<sup>144</sup> BURNAND, p. 124.

<sup>145</sup> ATF 84 II 529, consid. 2, JdT 1959 I 332.

l'agent en raison de son activité (e.g. les cotisations d'assurances, le loyer, les frais de bureau et de transport, les prestations sociales, etc.)<sup>146</sup>.

#### **4. Le fardeau de la preuve**

L'agent doit établir la réalisation des deux premières conditions, soit l'augmentation sensible de la clientèle due à son activité et le profit effectif qu'en tire le mandant (art. 8 CC). La preuve du profit effectif ne doit pas être soumise à des exigences trop sévères<sup>147</sup>. En revanche, le mandant doit prouver que l'indemnité est inéquitable ou qu'elle doit être réduite par rapport au gain annuel de l'agent<sup>148</sup>.

### **B. Dans le contrat de distribution exclusive**

Depuis des décennies, la question de savoir si l'indemnité pour la clientèle devait être également reconnue au distributeur exclusif fut débattue<sup>149</sup>. En Europe, aucune directive n'existe à ce sujet, mais l'Allemagne<sup>150</sup> et la Belgique<sup>151</sup> l'ont par exemple admis dans leur droit national. En Suisse, l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 mai 2008 (ATF 134 III 497) a marqué un tournant dans le domaine de la distribution.

#### **1. La jurisprudence fédérale avant l'ATF 134 III 497**

Le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive pour la première fois le 15 mai 1962 dans l'ATF 88 II 169. Le litige opposait un fournisseur d'appareils antiparasitaires fabriqués par une société allemande contre son distributeur suisse dont l'exclusivité de vente portait sur quelques cantons suisses. Le distributeur exclusif agissait en qualité de revendeur indépendant. L'instance cantonale inférieure lui avait alloué 6'400 francs à titre d'indemnité pour la clientèle par application analogique de l'art. 418u CO.

En premier lieu, le Tribunal fédéral différencie le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive en ce que le distributeur exclusif est « [...] un commerçant indépendant, qui dirige son affaire selon son bon vouloir et se borne à acheter auprès de son cocontractant les produits qu'il vend pour son propre compte. Il se distingue en cela de l'agent dont l'office consiste à négocier la conclusion d'affaires ou à en conclure au nom et pour le compte de ses mandants »<sup>152</sup>.

En second lieu, notre Haute Cour écarte l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive en raison de sa nature. En effet, l'indemnité suppose que les clients de l'agent deviennent des clients du mandant. Or, selon le Tribunal fédéral, tel n'est pas le cas du distributeur exclusif qui « [...] n'est pas tenu de mettre son mandant, au cours ou à l'expiration

---

<sup>146</sup> ATF 84 II 164, consid. 5 ; CR CO I-DREYER, CO 418u N 14.

<sup>147</sup> ATF 103 II 277 consid. 2, JdT 1978 I 214

<sup>148</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.1 et les références citées.

<sup>149</sup> CHAPPUIS, p. 87.

<sup>150</sup> L'indemnité pour la clientèle est admise par une jurisprudence constante, cf. MIRFAKHRAEI, N 747 ss et GOBAT, p. 172 ss.

<sup>151</sup> Cf. art. X.37 CDE.

<sup>152</sup> ATF 88 II 169, consid. 7.

du contrat, au bénéfice de cette valeur économique qui constitue le fondement de l'indemnité pour la clientèle »<sup>153</sup>. Cette dissemblance entre l'agent et le distributeur exclusif est la raison principale du refus de l'octroi d'une indemnité pour la clientèle au distributeur exclusif.

En outre, le Tribunal fédéral rappelle la nature singulière de l'indemnité pour la clientèle<sup>154</sup>, et ajoute que « [c]ette innovation controversée ne saurait être étendue », car sinon « [o]n en viendrait très vite, par identité de motifs, à l'appliquer à tout contrat lorsqu'un profit est retiré, après son expiration, de l'activité antérieure du partenaire (mandataire, employé, chef de vente, ingénieur, chef de fabrication, directeur commercial ou de banque, représentant, voyageur de commerce) »<sup>155</sup>.

Toutefois, le Tribunal fédéral n'exclut pas pleinement l'application analogique de l'art. 418u CO, réservant des « cas très spéciaux » dans lesquels le fournisseur, par exemple, se réserverait un droit de contrôle très large et obligerait le distributeur exclusif à s'intégrer dans son organisation de vente, à le renseigner ou à lui céder son fonds de clientèle à la fin du contrat<sup>156</sup>. Dans le cas d'espèce, le distributeur exclusif ne s'inscrivait pas dans la catégorie des « cas très spéciaux ». Nous verrons par la suite comment le Tribunal fédéral a précisé cette notion des « cas très spéciaux » dans l'ATF 134 III 497<sup>157</sup>. Le Tribunal fédéral n'a pas procédé à un réexamen de sa jurisprudence en la matière jusqu'à l'ATF 134 III 497.

## 2. L'analyse de l'ATF 134 III 497

Plus de quatre décennies plus tard, notre Haute Cour s'est penché une seconde fois sur la question de l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive<sup>158</sup>.

### a) L'état de fait

Le 3 mars 1992, une société d'un fournisseur genevois, dont le but principal est la fabrication et la vente de produits cosmétique et de soins corporels, a conclu un contrat de distribution exclusive avec une société de droit tchèque. Ce contrat, soumis au droit suisse et à la juridiction des tribunaux helvétiques, comportait le droit exclusif de vendre des parfums de marque sur le territoire de la Tchécoslovaquie. L'accord était valable jusqu'au 31 décembre 1994 et reconductible ensuite d'année en année, sauf résiliation écrite signifiée 90 jours avant l'échéance.

L'accord de distribution exclusive prévoyait des modalités en faveur du fournisseur et un certain nombre d'obligations à charge de la distributrice exclusive. Il était prévu que les commandes de marchandises ne seraient considérées comme acceptées qu'à réception d'une confirmation écrite du fournisseur et que les factures seraient établies après la livraison des produits.

---

<sup>153</sup> ATF 88 II 169, consid. 7.

<sup>154</sup> Cf. *supra* V.A.1.

<sup>155</sup> ATF 88 II 169, consid. 7.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Cf. *infra* V.B.2.

<sup>158</sup> ATF 134 III 497.

De son côté, la distributrice s'engageait : à acheter une quantité minimale de marchandise par année, à assurer sur son territoire d'exclusivité la promotion des produits du fournisseur en dépensant pour ce faire une somme au moins égale à 10% des ventes nettes des produits, à maintenir un stock moyen d'une certaine valeur pour une durée de trois mois, à fournir mensuellement un rapport sur les ventes et les stocks ainsi qu'une liste indiquant les contrats de vente par client, à fournir des renseignements sur l'activité des concurrents, à permettre la consultation de ses livres, à tolérer des inspections et des audits par tout représentant du fournisseur. A l'extinction des rapports contractuels, l'accord prévoyait que la distributrice cesse toute activité de vente des produits et que le fournisseur reprenne les marchandises stockées à certaines conditions.

A la suite de la division de la Tchécoslovaquie en deux républiques, les parties ont signé, le 8 janvier 1993, un amendement prévoyant que le territoire de distribution s'étendait à la Tchéquie et à la Slovaquie. Dans cette optique, une deuxième société de distribution a été créée. En 2001, le fournisseur a rencontré des difficultés qui l'ont amené à résilier les deux accords de distribution exclusive. Les distributrices ont assigné le fournisseur devant les tribunaux genevois en concluant notamment au paiement d'une indemnité pour la clientèle. Elles ont été déboutées par le Tribunal de première instance, jugement qui est par la suite confirmé par la Chambre civile de la Cour de justice genevoise. Formant un recours en matière civile, les deux sociétés distributrices ont saisi le Tribunal fédéral qui a admis partiellement le recours, notamment sur le principe de l'octroi d'une indemnité pour la clientèle, et a renvoyé le dossier à la cour cantonale afin qu'elle examine la question de son montant.

#### b) Le cheminement jusqu'à l'analogie : des dissemblances aux convergences

Le point de départ de la réflexion réside dans le fait que l'octroi d'une indemnité suppose, dans le contrat d'agence, que les clients de l'agent deviennent les clients du mandant. Tel n'est pas le cas du distributeur exclusif qui, selon la vision classique, vend les biens en son propre nom et développe sa propre clientèle<sup>159</sup>. Ces dissemblances entre l'agent et le distributeur exclusif ont motivé la décision prise dans l'ATF 88 II 169<sup>160</sup>.

Or, depuis l'ancienne jurisprudence, la question était controversée<sup>161</sup>. La doctrine a fait couler beaucoup d'encre au sujet de l'éventuelle application analogique de l'art. 418u CO au distributeur exclusif. La doctrine majoritaire s'est prononcée en faveur de l'octroi de l'indemnité pour la clientèle au distributeur exclusif « [...] à des conditions qui ne sont certes pas strictement définies, mais qui requièrent, à tout le moins, que la situation du représentant [distributeur] exclusif soit économiquement comparable, dans le cas examiné, à celle de l'agent »<sup>162</sup>. Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral nous livre les trois principaux constats doctrinaux des tenants de l'application analogique.

Premièrement, la doctrine majoritaire souligne le changement des circonstances économiques et de la nature des relations contractuelles. En effet, le modèle classique du commerce des

---

<sup>159</sup> CHAPPUIS, p. 89 s.

<sup>160</sup> Cf. *supra* V.B.1..

<sup>161</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 126.

<sup>162</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.2 et les références citées.

marchandises, caractérisé par une séparation nette des secteurs de la production et de la distribution, correspond de moins en moins à la réalité économique moderne. La doctrine majoritaire a mis en évidence que la distribution s'est transformée progressivement en « [...] un modèle dont le trait marquant réside dans une intégration toujours plus poussée, sur un axe vertical, du secteur de la distribution dans celui de la production »<sup>163</sup>. Ainsi, le modèle classique dont s'inspirait l'ancienne jurisprudence est dépassé. Le commerçant juridiquement et économiquement indépendant, agissant en son nom et pour son propre compte, a fait place à un distributeur qui est lié durablement à son fournisseur et à qui de nombreuses restrictions à sa liberté d'action sont imposées<sup>164</sup>.

Deuxièmement, la doctrine reproche à l'analyse faite à l'époque par le Tribunal fédéral, de ne pas avoir pris en compte le pouvoir attractif de la marque<sup>165</sup>. Le contrat de distribution exclusive est utilisé pour assurer la distribution de produits de marque<sup>166</sup>. Le distributeur exclusif s'efforce de développer la notoriété de la marque par son travail. Suivant les circonstances, la clientèle acquise par le distributeur restera attachée à la marque, et donc au fournisseur, après la fin du contrat<sup>167</sup>.

Troisièmement, la doctrine met en évidence le fait que le distributeur exclusif, en sa qualité d'indépendant exposé à tous les aléas de la vie des affaires, court plus de risques que l'agent<sup>168</sup>.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral observe qu'un arrêt valaisan<sup>169</sup> a alloué en 2002 une indemnité pour la clientèle à un distributeur exclusif. Les juges valaisans furent les seuls à franchir le pas de l'analogie, depuis l'ATF 88 II 169<sup>170</sup>. Se fondant sur les avis de BÉNÉDICT et de CHERPILLOD, la Cour valaisanne souligne que « [...] la réalité dément souvent l'hypothèse voulant que le [fournisseur] ne profite plus de la clientèle du [distributeur exclusif] postérieurement à la résiliation du contrat »<sup>171</sup>. En effet, la Cour rappelle que le contrat de distribution exclusive est conclu pour assurer la distribution de produits de marque, et que « [...] plus la marque est notoire, plus la personnalité du vendeur s'efface derrière celle-ci »<sup>172</sup>. Dans une telle situation, le distributeur exclusif qui déploie ses efforts en vue d'acquérir des clients pour la marque du fournisseur, procure par la même occasion indirectement une clientèle à son fournisseur<sup>173</sup>. Il s'ensuit qu'il existe des cas où la fonction économique du distributeur exclusif est semblable à celle d'un agent<sup>174</sup>. Les juges valaisans ont ainsi pris en considération le pouvoir attractif de la marque soulevé par la doctrine.

Par la suite, notre Haute Cour adopte une approche de droit comparé. Elle constate que le droit allemand a reconnu de longue date au distributeur exclusif le droit à une indemnité pour la clientèle lorsque deux conditions sont réunies. La première condition concerne l'intégration du

---

<sup>163</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.2 ; BAUDENBACHER, p. 86 s.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.2.

<sup>166</sup> BÉNÉDICT, p. 71.

<sup>167</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.2.

<sup>168</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.2 ; CHAPPUIS, p. 90.

<sup>169</sup> Tribunal cantonal VS, du 21 mai 2002, in RVJ 2003 p. 282.

<sup>170</sup> GOBAT, p. 160.

<sup>171</sup> Tribunal cantonal VS, du 21 mai 2002, consid. 4d, in RVJ 2003 p. 282 ; CHERPILLOD, N 307 ; BÉNÉDICT, p. 71.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Tribunal cantonal VS, du 21 mai 2002, consid. 4d, in RVJ 2003 p. 282.

distributeur exclusif dans l'organisation de vente du fournisseur, de telle sorte qu'il n'y ait pas simplement entre eux de pures relations de vendeur à acheteur. La deuxième condition porte sur l'obligation du distributeur exclusif de transférer au fournisseur, d'une manière ou d'une autre, la clientèle acquise au cours du contrat de distribution<sup>175</sup>.

A la grande surprise du monde juridique, le Tribunal fédéral tranche finalement dans cet arrêt la controverse en décidant que l'art. 418u CO peut être appliqué par analogie au contrat de distribution exclusive lorsque la situation du distributeur exclusif est comparable à celle d'un agent<sup>176</sup>. La condition fondamentale de l'analogie réside essentiellement dans la situation du distributeur exclusif qui doit être économiquement si proche de celle de l'agent qu'elle réclame un traitement identique<sup>177</sup>. Pour en juger, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances du cas concret<sup>178</sup>.

Notre Haute Cour constate que le législateur, en s'abstenant d'édicter des dispositions topiques au sujet du contrat de distribution exclusive, n'a pas écarté consciemment l'idée d'octroyer une indemnité pour la clientèle au distributeur exclusif. Il ne s'agit donc pas d'un silence qualifié mais d'une lacune proprement dite de la loi. En recourant au procédé de l'analogie, le Tribunal fédéral comble cette lacune<sup>179</sup>. Ce faisant, il fait acte de législateur au sens de l'art. 1 al. 2 CC<sup>180</sup>. Le fait que l'art. 418u CO revête un caractère exceptionnel ne constitue pas un motif suffisant pour exclure la mise en œuvre du procédé de l'analogie<sup>181</sup>.

### c) Les conditions de l'analogie

Pour fonder l'analogie, le Tribunal fédéral, sans le dire clairement, semble s'inspirer de la jurisprudence allemande en exigeant la réalisation de deux conditions cumulatives qui doivent être examinées *in concreto* par le juge : l'intégration du distributeur exclusif dans l'organisation de vente du fournisseur et le transfert du fonds de clientèle<sup>182</sup>. Ces deux conditions justifient l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive<sup>183</sup>. Le distributeur exclusif supporte le fardeau de la preuve de ces deux conditions<sup>184</sup>.

#### i. L'intégration du distributeur exclusif dans l'organisation de vente du fournisseur

Le distributeur exclusif doit être intégré au réseau de vente du fournisseur, comme le serait un agent. Afin de remplir cette condition, le distributeur exclusif ne doit bénéficier que d'une autonomie limitée du point de vue économique dans ses relations avec son fournisseur.

---

<sup>175</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.3 et les références citées.

<sup>176</sup> *Ibid.*, consid. 4.3.

<sup>177</sup> CHAPPUIS, p. 91.

<sup>178</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.3.

<sup>179</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.3 ; BAUDENBACHER, p. 87.

<sup>180</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1038.

<sup>181</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.3 ; BAUDENBACHER, p. 87.

<sup>182</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.2.3 et 4.4.2 ; HUGUENIN, N 3870 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7301 ; MIRFAKHRAEL, N 690 ; DREYER, p. 131 ; GOBAT, p. 217 ; FOUNTOLAKIS, p. 225.

<sup>183</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 427 ; BENEDICK/BOTTINI, N 9.

<sup>184</sup> GOBAT, p. 254.

Autrement dit, il doit être placé dans une position de dépendance et sous le contrôle de son fournisseur, nonobstant le fait qu'ils soient juridiquement indépendants l'un de l'autre<sup>185</sup>.

Le Tribunal fédéral n'établit pas une liste exhaustive des critères permettant de conclure sans autre que le distributeur exclusif est intégré au réseau de vente du fournisseur<sup>186</sup>. Dans le cas d'espèce, pour retenir une telle intégration, notre Haute Cour mentionne la réunion d'une dizaine de clauses contractuelles. Ces dernières sont les suivantes : le droit du fournisseur d'approuver les nouveaux points de vente proposés par le distributeur et le droit d'arrêter librement la production ou la commercialisation des produits ; l'obligation pour le distributeur d'effectuer un minimum annuel d'achats, d'accepter une modification unilatérale du prix et des conditions de livraison des produits, de dépenser chaque année une somme minimale à des fins publicitaires pour promouvoir les produits du fournisseur, de maintenir un certain stock de marchandises, de fournir chaque mois des rapports concernant les ventes et l'activité de ses concurrents, de mettre à disposition du fournisseur ses livres et registres, de cesser toute activité de vente des produits à l'expiration du contrat, de remettre périodiquement au fournisseur les noms et les adresses des clients<sup>187</sup>.

BENEDICK et BOTTINI proposent d'ajouter à cette liste indicative le niveau des investissements éventuellement consentis par le distributeur exclusif pour la commercialisation des produits. Plus les investissements contractuellement consentis sont importants, plus il est probable que le distributeur exclusif sera intégré dans l'organisation de vente du distributeur. Tel serait par exemple le cas d'un distributeur automobile qui s'oblige contractuellement à aménager ses salles d'expositions conformément à un standard uniforme fixé par le fournisseur, et qui doit donc investir dans l'acquisition des équipements requis<sup>188</sup>.

Concernant la dizaine de clauses retenues, l'arrêt ne spécifie malheureusement rien quant à leur pondération et leur interaction<sup>189</sup>.

## ii. Le transfert du fonds de clientèle

Le fondement de l'indemnité prévue par l'art. 418u CO est le profit que le mandant retire de l'augmentation de la clientèle due à l'activité de l'agent<sup>190</sup>. Dans le contrat de distribution exclusive, la clientèle est celle du distributeur. Pour pouvoir recourir à l'analogie, il faut que la clientèle acquise dans le cadre de l'exécution du contrat de distribution exclusive passe au fournisseur à la fin du contrat. De cette façon, le fournisseur pourra retirer un profit de l'augmentation de la clientèle, tel le mandant dans le contrat d'agence<sup>191</sup>.

Dans le cas concret, le contrat imposait aux distributrices le devoir de communiquer périodiquement au fournisseur, les coordonnées de leurs clients. Selon le Tribunal fédéral, une telle obligation permet au fournisseur « [...] de s'approprier, à l'extinction des rapports

---

<sup>185</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; DREYER, p. 131 s.

<sup>186</sup> DREYER, p. 132.

<sup>187</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; ZEN-RUFFINEN, p. 428.

<sup>188</sup> BENEDICK/BOTTINI, N 13.

<sup>189</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 424.

<sup>190</sup> Cf. *supra* V.A.1.

<sup>191</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7301 ; FAVRE, p. 972 ; DREYER, p. 132 s.



contractuels, la valeur économique que représentait la clientèle acquise par les distributrices »<sup>192</sup>. Il importe peu que le but visé par cette obligation soit celui d'une meilleure connaissance de l'évolution du marché et de la concurrence. Ainsi, l'obligation de remise périodique des noms et des adresses des clients, entraîne la même conséquence qu'une obligation du distributeur de céder son fonds de clientèle au fournisseur à la fin du contrat<sup>193</sup>.

Concernant le pouvoir attractif de la marque, notre Haute Cour relève la distinction faite par la doctrine entre la clientèle personnelle et la clientèle réelle. La première est liée au commerçant lui-même et est fondée sur la confiance dont il jouit. La deuxième est celle qui se forme autour d'une marque. Lorsque le distributeur exclusif crée une clientèle réelle, le transfert de la clientèle s'opère de façon presque automatique, car les clients tendent dans ce cas à rester fidèles à la marque plutôt qu'au distributeur exclusif<sup>194</sup>. Le fait qu'une marque ait déjà acquis une certaine renommée au moment de la conclusion du contrat de distribution exclusive est une circonstance qui devra être prise en considération lors de l'examen des conditions matérielles de l'art. 418u CO appliqué par analogie<sup>195</sup>. Suivant l'opinion de BURNAND, le Tribunal fédéral avance que « [...] dans l'hypothèse où le [distributeur exclusif] a constitué une clientèle réelle, les conditions posées par l'art. 418u CO seront presque toujours remplies »<sup>196</sup>. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral admet que les distributrices ont créé une clientèle réelle autour des parfums de marque sur les marchés tchèques et slovaques. En effet, le client qui achète ce type de bien de consommation courante attache moins d'importance à la personne qui distribue le produit qu'à la marque sous laquelle le parfum est vendu<sup>197</sup>.

Il n'est pas clair si le Tribunal fédéral exige une obligation contractuelle du distributeur de transférer au fournisseur la clientèle acquise, à l'instar de la jurisprudence allemande<sup>198</sup> dont il s'est inspiré *in casu*, ou si un simple transfert de fait est suffisant<sup>199</sup>. Par « transfert de fait », on entend notamment la création d'une clientèle réelle formée autour d'une marque<sup>200</sup>. Certes, la question ne se posait pas dans le cas concret étant donné que le contrat prévoyait une obligation à charge des distributrices de communiquer les noms et les adresses des clients. Néanmoins, il nous semble important de s'y intéresser dans la mesure où la deuxième condition de l'analogie en dépend. La doctrine majoritaire est d'avis qu'un simple transfert de fait est suffisant<sup>201</sup>. Nous craignons, comme FOUNTOLAKIS, que la nécessité de recourir à une clause contractuelle portant sur la transmission de données clients soit artificiellement contournée par le truchement d'une société tierce<sup>202</sup>.

Récemment, la Cour de justice genevoise s'est penchée sur une affaire concernant une distributrice exclusive qui commercialisait du lait infantile sous une marque. Le contrat ne

---

<sup>192</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; DREYER, p. 133.

<sup>195</sup> Cf. *infra* V.B.2.d.

<sup>196</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; BURNAND, p. 108 s.

<sup>197</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

<sup>198</sup> GOBAT, p. 176 ss.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>200</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7301.

<sup>201</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7301 ; MIRFAKHRAEI, N 692 ; GOBAT, p. 251 ; ZEN-RUFFINEN, p. 429 ; VON BÜREN/WALTER, p. 858 ; FOUNTOLAKIS, p. 225 s. ; BENEDICK/BOTTINI, N 18 s.

<sup>202</sup> FOUNTOLAKIS, p. 225 s. Il suffirait en effet que le distributeur exclusif soit obligé de transmettre des données clients à une entreprise tierce chargée de gérer la publicité et la promotion des produits du fournisseur pour exclure l'octroi d'une indemnité pour la clientèle.

prévoyait aucune obligation à charge de la distributrice exclusive de remettre les noms et les adresses des clients au fournisseur<sup>203</sup>. La Cour, pour la seconde condition de l'analogie, a analysé si la distributrice exclusive avait constitué une clientèle réelle<sup>204</sup>. En procédant de la sorte, les juges genevois ont probablement considéré qu'un transfert de fait était suffisant pour réaliser la deuxième condition de l'analogie. En effet, dans le cas contraire, la Cour aurait simplement constaté le défaut d'obligation contractuelle, et aurait d'emblée rejeté la prétention en paiement d'une indemnité pour la clientèle. Pourtant, il n'est fait mention nulle part d'une quelconque exigence concernant une obligation contractuelle de transfert du fonds de clientèle. Les juges relèvent en sus que la distributrice exclusive n'a pas communiqué sa clientèle au fournisseur<sup>205</sup>. La Cour rejeta l'appel. Examinant le recours de la distributrice exclusive, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la distributrice n'avait pas démontré avoir constitué une clientèle réelle, et par ce fait, la question de l'éventuelle indemnité de clientèle était tranchée par la négative<sup>206</sup>. A notre avis, nous pensons pouvoir en déduire qu'un simple transfert de fait satisfierait la deuxième condition de l'analogie.

La doctrine considère en sus que le transfert de la clientèle implique que le distributeur exclusif n'ait plus la possibilité de livrer les produits du fournisseur aux clients. La raison d'une telle impossibilité peut résider en des motifs de fait (*e.g.* le distributeur exclusif n'a plus de produits en stock) ou en des motifs de droit (*e.g.* le distributeur exclusif est lié au fournisseur par une clause de non-concurrence après la fin du contrat)<sup>207</sup>. En outre, il faut que le fournisseur soit en mesure, après la fin du contrat, de livrer lui-même ou à l'aide d'un nouveau distributeur, les produits contractuels aux clients<sup>208</sup>.

#### d) Les conditions matérielles de l'art. 418u CO appliquées par analogie

Une fois les deux conditions cumulatives de l'analogie remplies<sup>209</sup>, le distributeur exclusif peut prétendre à une indemnité pour la clientèle que si les quatre conditions matérielles<sup>210</sup> de l'art. 418u CO sont réalisées<sup>211</sup>. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral survole les différentes conditions matérielles de l'art. 418u CO et admet que toutes les conditions sont réunies<sup>212</sup>.

Premièrement, la condition de l'augmentation sensible de la clientèle due à l'activité des distributrices est remplie au motif que celles-ci « [...] partant quasiment de zéro, s'étaient acquies la confiance de quelque deux cents clients au moment de la résiliation de celui-ci »<sup>213</sup>.

---

<sup>203</sup> Arrêt en ligne de la Cour de Justice du canton de Genève ACJC/1666/2018 du 27 novembre 2018, consid. 7.2.1.

<sup>204</sup> *Ibid.*, consid. 7.1.3 et 7.2.1.

<sup>205</sup> *Ibid.*, consid. 7.2.1.

<sup>206</sup> TF 4A\_71/2019, 8 octobre 2019, consid. 4.7.

<sup>207</sup> FAVRE, p. 972 ; BENEDICK/BOTTINI, N 15 ; MEYER, p. 297

<sup>208</sup> FAVRE, p. 972 ; BENEDICK/BOTTINI, N 16.

<sup>209</sup> Cf. *supra* V.B.2.c.

<sup>210</sup> Cf. *supra* V.A.2.

<sup>211</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7302 ; MIRFAKHRAEI, N 693 ; FOUNTOULAKIS, p. 225.

<sup>212</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; GOBAT, p. 86.

<sup>213</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

Deuxièmement, concernant la condition du profit effectif du fournisseur, il est indiqué que le fournisseur a pu tirer un profit effectif de la clientèle après la fin du contrat parce que les marchandises commercialisées étaient des produits de marque de consommation courante<sup>214</sup>.

Troisièmement, le Tribunal fédéral examine, sous l'angle du caractère non inéquitable de l'indemnité, le pouvoir attractif de la marque sur les ventes. Il relève que la notoriété de la marque peut avoir pour conséquence de faciliter le travail du distributeur « [...] en ce sens que les efforts que celui-ci devra déployer pour commercialiser un produit ayant déjà acquis une certaine renommée seront moindres que ceux qu'il devra consentir pour fidéliser les consommateurs se voyant proposer un produit dont la marque est encore inconnue »<sup>215</sup>. Toutefois, une telle circonstance ne justifie pas de refuser toute indemnité pour la clientèle au distributeur exclusif, tant il est vrai qu'un produit, tout réputé qu'il soit, ne se vend pas de lui-même<sup>216</sup>. En effet, le distributeur exclusif devra tout de même procéder à une campagne publicitaire ou utiliser d'autres procédés marketing pour que, par exemple, les clients n'achètent pas un produit de marque concurrent<sup>217</sup>. Ce type de situation devra donc être pris en considération dans le cadre de l'examen du caractère non inéquitable de l'indemnité<sup>218</sup>. En l'occurrence, notre Haute Cour a admis le caractère équitable dans la mesure où les distributrices avaient créé des conditions favorables à la distribution des parfums du fournisseur dans un pays de l'Est « [...] peu de temps après la chute du régime communiste, soit à une époque où l'économie de marché en était encore à ses débuts dans cette partie de l'Europe »<sup>219</sup>. Nonobstant la notoriété de la marque, les distributrices ont dû déployer une activité de marketing intense afin de constituer une clientèle qui a profité au fournisseur à la fin du contrat<sup>220</sup>.

Bien que le Tribunal fédéral rattache le pouvoir attractif de la marque existant avant le début de la relation contractuelle à la condition du caractère non inéquitable de l'indemnité, nous rejoignons l'avis de MIRFAKHRAEI qui analyse une telle situation à l'aune du critère de l'augmentation sensible de la clientèle. Cet auteur considère que le pouvoir attractif de la marque est un facteur entrant en ligne de compte dans l'examen de la causalité entre l'augmentation de la clientèle et l'activité du distributeur exclusif, car dans un tel cas l'augmentation du nombre de clients est due plus à la notoriété de la marque qu'à l'activité du distributeur exclusif. Pour rappel, la fonction de la condition de l'équité est de voir si le distributeur a déjà été suffisamment compensé pendant le contrat de distribution exclusive<sup>221</sup>. Or, les articles de marques ne peuvent être analysés sous la condition d'équité, car ils ne permettent pas de voir si le distributeur exclusif a suffisamment reçu de compensations<sup>222</sup>.

Quatrièmement, le motif de résiliation du contrat ne doit pas être imputable au distributeur exclusif. Le Tribunal fédéral n'analyse pas cette condition. Il va de soi que cette dernière

---

<sup>214</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> MIRFAKHRAEI, N 700.

<sup>218</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7302 ; VETSCH/VON DER CRONE, p. 91

<sup>219</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> Cf. *supra* V.A.2.c.

<sup>222</sup> MIRFAKHRAEI, N 672 s. et 700.

condition est réalisée puisque c'est le fournisseur, rencontrant des difficultés, qui résilia les deux contrats de distribution exclusive.

e) Le caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie

Le Tribunal fédéral a jugé que le distributeur exclusif peut également se prévaloir du caractère impératif de l'art. 418u CO, même si cette disposition ne lui est applicable que par analogie<sup>223</sup>. Ainsi, les parties ne peuvent déroger à cette disposition avant ou pendant la durée du contrat de distribution exclusive<sup>224</sup>. Cela signifie que si les parties excluent conventionnellement tout droit à une indemnité pour la clientèle, et qu'il s'avère à la fin du contrat, que le distributeur exclusif réalise toutes les conditions (de l'analogie<sup>225</sup> et les conditions matérielles de l'art. 418u CO appliqué par analogie<sup>226</sup>), le distributeur exclusif pourra prétendre à l'octroi d'une indemnité pour la clientèle. Il importe peu que les parties aient prévu une clause excluant que leurs activités puissent déboucher sur la création de relations d'agences<sup>227</sup>.

f) Les critiques de la doctrine

Cet arrêt a suscité de multiples réactions en doctrine. La doctrine majoritaire l'approuve dans son résultat, mais nombreux sont les auteurs qui ont émis des critiques quant à son contenu<sup>228</sup>.

CHAPPUIS remarque que la portée de la décision est limitée par le fait que toute solution dogmatique a été exclue par le Tribunal fédéral, et que seules les circonstances du cas d'espèce sont déterminantes, de telle sorte qu'une certaine insécurité juridique s'est installée suite à cette décision<sup>229</sup>.

GOBAT critique le caractère trop vague de la notion d'« intégration dans l'organisation de vente »<sup>230</sup>. En lieu et place de cette condition, il estime que c'est le critère de la dépendance économique accrue du distributeur exclusif à l'égard du fournisseur qui devrait constituer la première condition de l'application par analogie de l'art. 418u CO<sup>231</sup>. Cet auteur est parvenu à cette conclusion après avoir établi la *ratio legis* de l'art. 418u CO conformément aux conditions du recours au procédé de l'analogie<sup>232</sup>. Selon GOBAT, la *ratio legis* de l'art. 418u CO consiste à apporter un certain niveau de protection à une partie économiquement dépendante de son partenaire contractuel<sup>233</sup>. Dès lors, recourir à la notion d'« organisation de vente » pour fonder la première condition de l'application analogique de l'art. 418u CO comporte le risque de ne pas appréhender les situations dans lesquelles le distributeur exclusif se trouve dans une relation de dépendance économique vis-à-vis de son fournisseur, mais où ce dernier ne dispose pas

---

<sup>223</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2 et les références citées ; MIRFAKHRAEI, N 743 ; GOBAT, p. 222. *Contra* VESTCH/VON DER CRONE, p. 91 s., qui considèrent que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le caractère impératif de l'art. 418u CO doit également être transposé par analogie au contrat de distribution exclusive.

<sup>224</sup> MIRFAKHRAEI, N 743.

<sup>225</sup> Cf. *supra* V.B.2.c.

<sup>226</sup> Cf. *supra* V.A.2.

<sup>227</sup> ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

<sup>228</sup> DREYER, p. 133 ; GOBAT, p. 150 ss.

<sup>229</sup> CHAPPUIS, p. 93.

<sup>230</sup> GOBAT, p. 223 ss.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 225 et 232 s.

<sup>232</sup> Cf. *supra* III.

<sup>233</sup> GOBAT, p. 205 ss et p. 223.

d'une organisation de vente à proprement parler<sup>234</sup>. Il fonde la dépendance économique accrue sur la base de deux conditions cumulatives. Premièrement, le fournisseur doit jouer un rôle déterminant dans l'avenir économique du distributeur exclusif<sup>235</sup>. Deuxièmement, le fournisseur doit disposer d'une influence prédominante sur la stratégie commerciale de distribution du distributeur exclusif<sup>236</sup>.

Dans le même sens, DREYER et ZEN-RUFFINEN partagent l'avis que le critère de la dépendance économique devrait être la condition de base permettant de créer une analogie entre la position du distributeur exclusif et celle de l'agent. Ils proposent de se référer à la notion de dépendance économique en droit de la concurrence<sup>237</sup>.

ZEN-RUFFINEN craint que cet arrêt conduise à une généralisation injustifiée de l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive. En effet, les clauses contractuelles retenues par le Tribunal fédéral sont pour la plupart des dispositions habituelles du contenu des contrats de distribution exclusive qui ne créent pas une dépendance économique du distributeur envers son fournisseur<sup>238</sup>. Par ailleurs, cette auteure relève que certaines clauses retenues dans le cas d'espèce sont inhabituelles en pratique. Elle cite à cet effet l'obligation d'accepter une modification unilatérale du prix et des conditions de livraison des produits acquis, la liberté du fournisseur d'arrêter librement la production ou la commercialisation de n'importe quel produit et surtout l'obligation du distributeur de communiquer au fournisseur les noms et les adresses des clients. Certes, ces clauses sont à même de créer une dépendance économique, mais elles ne sont pas courantes en pratique. Il ne faut ainsi pas généraliser l'application analogique de l'art. 418u CO sur la base d'une situation de fait très particulière peu représentative d'une « réalité économique moderne »<sup>239</sup>. En pratique, le distributeur exclusif se trouve rarement dans une situation de dépendance économique, contrairement à l'agent. Le distributeur exclusif dispose très souvent de la puissance économique nécessaire pour négocier librement le contrat et il dépend rarement d'un seul produit et d'un seul fournisseur. Il n'y aura pas de dépendance économique si le distributeur peut se tourner, sans coûts excessifs, vers d'autres produits ou d'autres fournisseurs<sup>240</sup>. Finalement, le pouvoir attractif de la marque ne permet pas à lui seul de justifier l'application par analogie de l'art. 418u CO. ZEN-RUFFINEN rappelle qu'il ne faut pas confondre les conditions matérielles de l'art. 418u CO avec les conditions de l'application par analogie de cet article<sup>241</sup>.

FOUNTOULAKIS trouve dommage que le Tribunal fédéral ne se soit pas penché sur le calcul du montant de l'indemnité pour la clientèle. Elle rappelle que l'indemnité de l'agent est essentiellement calculée sur la base des provisions perçues et que les bénéfices que retire le distributeur exclusif découlent de la différence existant entre ses prix d'achat et de revente des produits. Selon cette auteure, il convient de prendre en considération, dans la fixation du

---

<sup>234</sup> GOBAT, p. 225. GOBAT mentionne à cet effet une affaire traitée par la Cour fédérale allemande qui nia l'intégration d'un distributeur exclusif dans l'organisation de vente de son fournisseur parce que le distributeur écoulait la marchandise par l'entremise d'une société disposant d'une position monopolistique, cf. GOBAT, p. 224.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 233 ss.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 235 ss.

<sup>237</sup> DREYER, p. 135 ; ZEN-RUFFINEN, p. 430 ss.

<sup>238</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 432 ss.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 429 s.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 436 ss.

montant de l'indemnité, la nature différente des sources de revenus de l'agent, respectivement du distributeur exclusif. En effet, les bénéfices réalisés par le distributeur ne peuvent pas simplement se substituer aux gains de l'agent, car ces bénéfices ne rémunèrent pas le distributeur uniquement pour l'acquisition de la clientèle mais également pour les risques inhérents aux variations de prix, de marché, de stock et de crédit qu'il supporte<sup>242</sup>. Dans le même sens, VESTCH et VON DER CRONE estiment qu'il faut prendre en considération, lors de la fixation du montant de l'indemnité, le fait que les bénéfices retirés par un distributeur exclusif couvrent d'autres risques que ceux assumés par l'agent<sup>243</sup>.

Comme THÉVENOZ et DE WERRA<sup>244</sup>, nous regrettons la brève motivation du Tribunal fédéral justifiant l'application par analogie du caractère impératif de l'art. 418u CO au contrat de distribution exclusive. A notre avis, une telle ingérence du juge dans la sphère de liberté contractuelle des parties aurait mérité une fine analyse de la *ratio legis* poursuivie par l'art. 418u CO et de la manière dont cette *ratio legis* s'inscrit dans le contrat de distribution exclusive. En effet, il convient de rappeler que l'application par analogie d'une règle impérative doit être dûment justifiée<sup>245</sup>. En outre, il nous semble exagéré d'imposer le caractère impératif de cette norme à deux partenaires commerciaux, même si leur collaboration est étroite. À notre sens, l'art. 418u CO aurait dû être appliqué par analogie certes, mais à titre dispositif. De cette façon, les parties auraient pu déroger à l'art. 418u CO si tel en était leur volonté.

DREYER constate que le contrat de distribution exclusive a souvent une dimension internationale en ce que soit l'une des parties n'est pas domicilié en Suisse, soit l'activité du distributeur doit être exercée hors du territoire suisse. Il se peut également que deux parties contractantes étrangères incluent dans leur contrat une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse<sup>246</sup>. Le caractère impératif de l'art. 418u CO risque de diminuer l'attractivité du droit suisse sur le plan international<sup>247</sup>. A cet égard, certains auteurs proposent de soumettre la partie du contrat sur l'indemnité de clientèle à un droit étranger ne connaissant pas cette règle et de garder le droit suisse pour le reste du contrat<sup>248</sup>. Le procédé pourrait cependant se révéler abusif, surtout si le fournisseur se trouve dans une position de force<sup>249</sup>. L'autre possibilité pour contourner le caractère impératif serait de prévoir un arbitrage en équité (art. 187 al. 2 LDIP)<sup>250</sup>. Dans ce cas, il est possible de libérer les arbitres de l'obligation de respecter le caractère impératif de l'art. 418u CO, pour autant que cette norme ne fasse pas partie de l'ordre public<sup>251</sup>.

### 3. La jurisprudence fédérale depuis l'ATF 134 III 497

Deux ans plus tard, dans un arrêt isolé et non publié, le Tribunal fédéral a refusé d'accorder une indemnité pour la clientèle à un distributeur exclusif, considérant qu'il agissait en son nom et pour son propre compte, de sorte que les articles 418a ss CO ne pouvaient s'appliquer par

---

<sup>242</sup> FOUNTOULAKIS, p. 226.

<sup>243</sup> VESTCH/VON DER CRONE, p. 91.

<sup>244</sup> CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Des contrats innommés, n. 89.

<sup>245</sup> Cf. *supra* III.C.

<sup>246</sup> DREYER, p. 138.

<sup>247</sup> ZEN-RUFFINEN, p. 423.

<sup>248</sup> MIRFAKHRAEI, N 744 ; DREYER, p. 139.

<sup>249</sup> FAVRE, p. 959 et les références citées.

<sup>250</sup> MIRFAKHRAEI, N 744.

<sup>251</sup> CR LDIP-BUCHER, LDIP 187 N 54.

analogie<sup>252</sup>. Notre Haute Cour ne cite ni les ATF 134 III 497 et 88 II 169, ni les avis doctrinaux en la matière. Cette décision semble en contradiction avec l'ATF 134 III 497<sup>253</sup>. Face à cette insécurité, une motion a été déposée visant à clarifier l'application par analogie de l'art. 418u CO aux contrats de distribution<sup>254</sup>. Cette motion proposait notamment de permettre aux parties à un contrat de distribution de pouvoir déroger à l'art. 418u CO<sup>255</sup>. Elle a cependant été rejetée.

Le Tribunal fédéral n'a plus eu véritablement affaire à la problématique de l'indemnité de clientèle jusqu'au 8 octobre 2019, date à laquelle il examina le recours d'une distributrice exclusive grecque contre son fournisseur. Notre Haute Cour a cité à cet égard les principes posés par l'ATF 134 III 497<sup>256</sup>. Elle a rappelé notamment les principes dictant le fardeau de la preuve<sup>257</sup>, pour arriver à la conclusion que la distributrice n'avait pas démontré avoir constitué une clientèle réelle dont la défenderesse aurait pu profiter<sup>258</sup>. Ainsi, le recours a été rejeté. Cet arrêt confirme que l'ATF 134 III 497 est toujours d'actualité dans le paysage des contrats de distribution exclusive.

## **VI. La fin du contrat de distribution exclusive**

### **A. La résiliation ordinaire : l'application par analogie de l'art. 418q al. 1 CO**

Lorsque le contrat de distribution exclusive ne fixe pas un terme ou ne prévoit pas de lui-même les cas dans lesquels les parties peuvent le résilier, la doctrine majoritaire, sur la base d'une ancienne jurisprudence, préconise d'appliquer par analogie l'art. 418q al. 1 CO durant la première année<sup>259</sup>. Cette disposition dit que le contrat peut être résilié au cours de la première année moyennant un congé donné un mois d'avance pour la fin d'un mois.

En revanche, si le contrat de distribution exclusive a duré plus d'un an au moment de la résiliation, la doctrine majoritaire conseille d'appliquer par analogie l'art. 546 al. 1 CO qui prévoit un délai de préavis de six mois<sup>260</sup>. L'application du délai de six mois de l'art. 546 CO offre au distributeur dépendant économiquement plus de temps dans sa recherche d'alternatives commerciales et/ou de réutilisations des investissements consentis que les deux mois prévus par l'art. 418q al. 2 CO<sup>261</sup>. L'inapplicabilité de l'art. 418q al. 2 CO découle de la volonté de protéger le distributeur qui supporte un risque économique supérieur à l'agent<sup>262</sup>.

---

<sup>252</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_86/2010 du 5 juillet 2010, consid. 1.3.

<sup>253</sup> MIRFAKHRAEI, N 670.

<sup>254</sup> Motion déposée par le Conseiller national Luc BARTHASSAT, 12.3855, « Clarifier l'application de l'article 418u du Code des obligations aux contrats de distribution » du 27 septembre 2012.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> TF 4A\_71/2019, 8 octobre 2019, consid. 4.1 ss.

<sup>257</sup> *Ibid.*, consid. 4.1.2 s.

<sup>258</sup> *Ibid.*, consid. 4.7.

<sup>259</sup> ATF 89 II 30, consid. 2, JdT 1963 I 591 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 123 ; HUGUENIN N 3867 ; HONSELL, p. 479 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7288 s. ; MÜLLER N 3031 ; MEYER, p. 271 ; KUHN, p. 197 s.

<sup>260</sup> ATF 107 II 216, consid. 4, JdT 1982 I 66 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 123 ; HUGUENIN N 3867 ; HONSELL, p. 479 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 7289 ; MÜLLER N 3031.

<sup>261</sup> GRADIS, p. 235.

<sup>262</sup> *Ibid.*

## **B. La résiliation pour justes motifs : l'application par analogie de l'art. 418r CO ?**

L'art. 418r al. 1 CO prévoit que le mandant et l'agent peuvent, sans avertissement préalable, résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs. L'ancienne jurisprudence appliquait par analogie l'art. 418r al. 1 CO au contrat de distribution exclusive<sup>263</sup>. Il est cependant inutile d'appliquer par analogie cette disposition au contrat de distribution exclusive puisque ce dernier, en tant que contrat de durée, est désormais soumis au principe général de la résiliation pour justes motifs élaboré par le Tribunal fédéral<sup>264</sup>.

L'art. 418r al. 2 CO rend applicable par analogie les règles relatives au contrat de travail, dont l'art. 337c CO et l'art. 337d CO. Nous nous cantonnerons à l'examen de l'art. 337c CO. Cette dernière disposition permet à l'employeur de mettre fin au contrat de travail, même en l'absence de justes motifs, moyennant la réparation du préjudice causé (al. 1 et al. 2) et le paiement d'une indemnité (al. 3)<sup>265</sup>. Ainsi, en cas de résiliation injustifiée, le mandant est tenu de réparer le dommage causé à l'agent au sens de l'art. 337c al. 1 et al. 2 CO<sup>266</sup> et doit lui payer une indemnité en vertu de l'art. 337c al. 3 CO<sup>267</sup>.

L'application par analogie de 337c CO par renvoi de l'art. 418r al. 2 CO au contrat de distribution exclusive a été débattue en doctrine. L'enjeu de cette question réside dans la possibilité pour le distributeur exclusif d'exiger l'exécution en nature du contrat en cas de résiliation injustifiée. En effet, si l'art. 418r al. 2 CO était applicable par analogie, le distributeur exclusif, victime d'une résiliation injustifiée, ne pourrait pas réclamer l'exécution en nature du contrat mais aurait le droit tout au plus à des dommages-intérêts<sup>268</sup>. VENTURI-ZEN-RUFFINEN remarque que « [d]ans la pratique, la question est cependant moins importante qu'il n'y paraît à première vue, car le cocontractant renoncera très souvent (pour des raisons d'opportunité) à demander l'exécution en nature, même s'il dispose en théorie de cette voie »<sup>269</sup>.

La doctrine majoritaire soutient qu'une résiliation prononcée pour justes motifs, alors que ces derniers sont inexistantes, est inefficace, de sorte que le contrat continue à produire ses effets<sup>270</sup>. VULLIÉTY soutient à l'appui de sa position que la fin abrupte du contrat est commercialement inadaptée au contrat de distribution exclusive. Il assure que l'intérêt prioritaire du distributeur est de « rester dans la course » en se développant sur le marché des produits qu'il promet. En étant simplement le créancier de dommages-intérêts suite à une résiliation immédiate injustifiée, le distributeur n'atteint pas ses objectifs sur le marché. En outre, une fin abrupte véhicule une image négative, « source de défiance », qui pourrait avoir pour conséquence la non-attribution de nouveaux contrats de distribution exclusive<sup>271</sup>.

---

<sup>263</sup> ATF 89 II 30, consid. 4, JdT 1963 I 591 ; ENGEL, p. 767 s. ; KUHN, p. 194.

<sup>264</sup> ATF 128 428 consid. 3, JdT 2005 I 284 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2014 du 3 février 2015, consid. 3.2 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, CO Einl. vor Art. 184 ff. N 124 ; HUGUENIN, N 3868 ; VULLIÉTY, p. 95 et 111.

<sup>265</sup> CR CO I-AUBERT, CO 337c N 1 et N 14.

<sup>266</sup> ATF 125 III 14, consid. 2a, JdT 1999 I 359 ; TF 4A\_544/2015, 17 mars 2016, consid. 2.1.

<sup>267</sup> TF 4A\_544/2015, 17 mars 2016, consid. 3.1.

<sup>268</sup> VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 28.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>270</sup> VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Thèse, N 1430 ; CHERPILLOD, Fin des accords de distribution, N 36 ; VULLIÉTY, p. 102 s.

<sup>271</sup> VULLIÉTY, p. 107.



La doctrine minoritaire considère qu'une résiliation injustifiée est efficace, de sorte que la seule sanction est l'octroi de dommages et intérêts<sup>272</sup>. Cette opinion est notamment motivée par trois arguments. Premièrement, le fondement d'une résiliation immédiate pour de justes motifs est la rupture définitive du lien de confiance entre les parties. Ce lien de confiance est primordial dans les contrats de durée, dans la mesure où il constitue le fondement de toute collaboration durable. Or, même si la résiliation est fondée sur des motifs injustifiés, le lien de confiance est de toute façon définitivement rompu<sup>273</sup>. Le juge ne devrait pas pouvoir forcer deux parties à collaborer lorsqu'elles n'ont plus confiance entre elles<sup>274</sup>. Deuxièmement, on ne saurait exiger des parties qu'elles attendent une décision judiciaire (sur le bien-fondé des motifs de la résiliation immédiate), en général tardive, pour être fixées sur le sort du contrat<sup>275</sup>. Autrement dit, on ne saurait exiger des parties qu'elles continuent à exécuter normalement leur contrat alors qu'un litige a éclaté entre elles et qu'elles ont perdu leur lien de confiance<sup>276</sup>. S'il s'avère, à la suite du jugement, que la résiliation était justifiée, le juge aura exigé d'une partie qu'elle tolère l'intolérable<sup>277</sup>. Troisièmement, MIRFAKHRAEI pense que l'argument de l'image négative est à double tranchant puisque le fournisseur qui résilie de manière injustifiée, aura par la suite une mauvaise réputation sur le marché et les éventuels distributeurs exclusifs souhaitant travailler pour lui renonceront à le faire<sup>278</sup>. Convaincus par ces arguments, nous nous rangeons du côté de la doctrine minoritaire.

Dans l'ATF 133 III 360, le Tribunal fédéral, suivant la doctrine majoritaire, a exclu l'application de l'art. 337c CO à un contrat de licence au motif que l'art. 337c CO était « un mécanisme exceptionnel réservé au contrat de travail » et qu'« [o]n ne voit dès lors pas pour quels motifs il se justifierait d'appliquer au contrat de licence des règles qui ne valent que pour le contrat de travail [...] »<sup>279</sup>. Certains auteurs infèrent que cette nouvelle jurisprudence exclut l'application par analogie de l'art. 337c CO par renvoi de l'art. 418r al. 2 CO au contrat de distribution exclusive<sup>280</sup>.

KULL a vivement critiqué le résultat de cette jurisprudence, avançant, entre autres, que les contrats de distribution devraient également bénéficier du régime applicable aux contrats de durée réglementés (e.g. contrat d'agence, contrat de mandat) où la résiliation injustifiée est efficace, ceci afin de répondre à un besoin de sécurité juridique<sup>281</sup>. Le Tribunal fédéral a mentionné les arguments de cet auteur dans une jurisprudence, sans pour autant entrer en matière sur ceux-ci, car le litige en question ne concernait pas les contrats de distribution<sup>282</sup>. Par conséquent, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, mais a tout de même confirmé les principes énoncés dans l'ATF 133 III 360 dans le cas d'espèce portant sur un accord de délimitation<sup>283</sup>.

---

<sup>272</sup> MIRFAKHRAEI, N 869 ss ; MARCHAND, Résiliation, p. 101 s.

<sup>273</sup> MIRFAKHRAEI, N 870,

<sup>274</sup> Cf. MIRFAKHRAEI, N 870 et MARCHAND, Résiliation, p. 106 ss.

<sup>275</sup> MIRFAKHRAEI, N 872 ; MARCHAND, Résiliation, p. 101 s.

<sup>276</sup> MIRFAKHRAEI, N 872.

<sup>277</sup> MARCHAND, Résiliation, p. 99.

<sup>278</sup> MIRFAKHRAEI, N 871.

<sup>279</sup> ATF 133 III 360, consid. 8.2 s., SJ 2007 I 482.

<sup>280</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 7293 ; CHAPPUIS, p. 85 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 30.

<sup>281</sup> KULL, p. 253.

<sup>282</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_589/2011 du 5 avril 2012, consid. 10.

<sup>283</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_589/2011 du 5 avril 2012, consid. 10 ; HUGUENIN, N 3868.

## VII. Conclusion

En conclusion, le contrat de distribution exclusive n'étant pas réglementé par la loi, il laisse place à bon nombre de controverses doctrinales et très peu de jurisprudence. La raison réside sans doute dans le fait qu'un grand nombre des contrats de distribution exclusive comportent des clauses d'arbitrage, faisant échapper aux juridictions étatiques le soin d'en dessiner les contours. Cette convention essentielle de la vie des affaires dénote une certitude : l'application analogique systématique des règles du contrat d'agence est exclue.

En effet, nous avons constaté que l'application analogique des règles du contrat d'agence au sujet de l'interdiction d'une activité concurrente, que ce soit pendant les rapports contractuels ou après la fin du contrat, est controversée en doctrine, et laissée sans réponses dans la jurisprudence fédérale.

En 2008, le Tribunal fédéral a franchi un pas important en rendant possible l'application par analogie de l'art. 418u CO à titre impératif au contrat de distribution exclusive. Le distributeur exclusif peut prétendre à l'indemnité pour la clientèle uniquement s'il est intégré dans l'organisation de vente du fournisseur et s'il lui transfère la clientèle à la fin du contrat. Cette décision a été accueillie de manière positive dans la littérature, même si elle appelle encore quelques précisions, s'agissant notamment des modalités de calcul du montant de l'indemnité. Plus d'une décennie plus tard, il est possible d'affirmer que les craintes liées à l'augmentation des litiges s'avèrent infondées. Nous l'avons vu, le Tribunal fédéral est entré uniquement deux fois en matière sur la question, toujours en rejetant au final la demande du distributeur. On peut dès lors conclure que l'ATF 134 III 497 n'a pas conduit à une généralisation de l'application analogique de l'art. 418u CO. L'explication repose vraisemblablement sur la difficulté, pour le distributeur, d'apporter la preuve de la réalisation des deux conditions de l'analogie. Par ailleurs, les fournisseurs ont peut-être choisi de s'orienter vers une forme de distribution filialisée, ou bien les partenaires commerciaux optent tout simplement moins pour le droit suisse.

Enfin, l'art. 418q al. 1 CO est applicable par analogie. Il n'en va pas de même de l'art. 418r al. 1 CO, puisque la résiliation immédiate pour justes motifs trouve son fondement dans le principe général régissant les contrats de durée. Quant à l'art. 418r al. 2 CO qui renvoie à l'art. 337c CO, l'ATF 133 III 360 semble dénier l'application par analogie de ces dispositions au contrat de distribution exclusive.

La seule manière de prévenir les incertitudes qui planent sur le contrat de distribution exclusive, est de soigneusement rédiger les droits et les obligations des parties dans le contrat.

## Bibliographie

### Doctrine :

BAUDENBACHER Carl, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen, *in* Innominatverträge : Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, [FORSTMOSER Peter/TERCIER Pierre/ZÄCH Roger, édit.], Zurich (Schulthess) 1988, p. 81 ss.

BENEDICK Gilles/BOTTINI Paolo, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, *in* Jusletter 3 novembre 2008 [[https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2008/495/\\_6868.html](https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2008/495/_6868.html) ONCE] (10.07.2020).

BÉNÉDICT Martine, Le contrat de concession de vente exclusive, thèse, Lausanne 1975.

BUCHER Andreas (édit.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2011 (cité : CR LDIP-AUTEUR).

BÜHLER Theodor, Der Agenturvertrag : Art. 418a-418v OR, Zürcher Kommentar, vol. V 2f, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2000 (cité : ZK- BÜHLER).

BURNAND Jean-Claude, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle selon l'art. 418u CO, thèse, Lausanne 1975.

CHAPPUIS Benoît, Les contrats de distribution exclusive, *in* La pratique contractuelle : Actualité et perspectives - Symposium en droit des contrats, [PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 73 ss.

CHERPILLOD Ivan, La fin des contrats de durée, Lausanne (CEDIDAC) 1988.

CHERPILLOD Ivan, La fin des accords de distribution, *in* Les accords de distribution, [GILLIÉRON Philippe/LING Peter, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2005, p. 189 ss (cité : CHERPILLOD, Fin des accords de distribution).

DREYER Dominique, Contrats de distribution : deux questions, *in* La pratique contractuelle 3 : symposium en droit des contrats, [PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2012, p. 129 ss.

EGLI Felix W., Risikoausgleich durch Distributionsverträge, *in* Vertriebsverträge, [ARTER Olivier, édit.], Berne (Stämpfli) 2007, p. 125 ss.

EMMENEGGER Susan/TSCHENTSCHER Axel, Einleitung : Art. 1 – 9 ZGB, Berner Kommentar, vol. I, Berne (Stämpfli) 2012 (cité : BK- EMMENEGGER/TSCHENTSCHER).

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2000.

FAVRE Pascal G., Contrat de représentation exclusive, *in* Recueil de contrats commerciaux : Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, [MARCHAND Sylvain/CHAPPUIS Christine/HIRSCH Laurent, édít.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 927 ss.

FOUNTOULAKIS Christiana, Agentur – und Fachhändlerverträge – jüngere Rechtsprechung und aktuelle Probleme, *in* Vertriebsverträge, [ARTER Olivier, édít.], Berne (Stämpfli) 2007, p. 49 ss (cité : FOUNTOULAKIS, Agentur – und Fachhändlerverträge).

FOUNTOULAKIS Christiana, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrags) : Anmerkungen zu BGE 4A\_61/2008 vom 22.5.2008, *in* Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Recht 5/2008, p. 221 ss.

GAUTSCHI Georg, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag : Artikel 407 – 424 OR, Berner Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1964 (cité : BK-GAUTSCHI).

GOBAT Sébastien, L'indemnité de clientèle du distributeur : Etude de l'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution, thèse Berne, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2011.

GRADIS Cyril, Difficultés économiques dans les relations contractuelles : Résiliation des contrats de distribution et dépendance économique, *in* Les difficultés économiques en droit, [HECKENDORN URSCHELER Lukas/TOPAZ DRUCKMANN Karen, édít.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2015, p. 233 ss.

HARTMANN Jürg E., Vertriebsverträge im internationalen Kontext : Alleinvertriebsvertrag und verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007.

HARTMANN Jürg E./ EGLI Felix W./MEYER-HAUSER Bernhard F., Der Alleinvertriebsvertrag : Ein Praktikerleitfaden mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2<sup>e</sup> éd., Saint-Gall (Dike) 1995.

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht : Besonderer Teil, 10<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2017.

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht : Allgemeiner und Besonderer Teil, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2019.

KRAMER Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2019.

KUHN Moritz, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), *in* Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, [FORSTMOSER Peter/HEINI Anton/GIGER Hans/SCHLUEP Walter R., édit.], Zurich (Schulthess) 1989, p. 187 ss.

KULL Michael, Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, *in* Schweizerische Juristen-Teitung (RJS/SJZ) 107/2011, p. 245 ss.

LA SPADA Fabrizio, La typologie des accords de distribution, *in* Les accords de distribution, [GILLIÉRON Philippe/LING Peter, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2005, p. 3 ss.

MANAÏ Dominique, Clés pour une introduction au droit, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2012.

MARCHAND Sylvain, Contrat d'agence, *in* Recueil de contrats commerciaux : modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, [MARCHAND Sylvain/CHAPPUIS Christine/HIRSCH Laurent, édit.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 893 ss.

MEYER Christian Alexander, Der Alleinvertrieb, 2<sup>e</sup> éd., Saint-Gall (Sogetes) 1992.

MIRFAKHRAEI Kaveh, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, thèse Genève, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2014.

MORIN Ariane, Les règles impératives et dispositives applicables aux contrats de type commercial, *in* Bulletin CEDIDAC, n°79 (2018).

MÜLLER Christoph, Contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli) 2012.

MÜLLER Christoph, Les contrats de distribution, *in* Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, [CARRON Blaise/MÜLLER Christoph, édit.], Bâle, Neuchâtel (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 59 ss (cité : MÜLLER, Contrats de distribution).

MÜLLER-CHEN Markus/HUGUENIN Claire (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1 : Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2016 (cité : CHK-AUTEUR).

REYMOND Philippe, La rédaction des accords de distribution : IV. Clauses essentielles, nécessaires et recommandées ; droit impératif / C) Résiliation, *in* Les accords de distribution, [GILLIÉRON Philippe/LING Peter, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2005, p. 72 ss.

RODONDI Olivier, Partie I : Présentation générale des contrats de distribution /IV. Le contrat de concession de vente exclusive, *in* Les contrats de distribution : Quelques aspects juridiques, [CHERPILLOD Ivan/IYNEDJIAN Nicolas/KILLIAS Pierre-Alain/MUSTAKI Guy/RAPP Jean-Marc, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 1998, p. 91 ss.

STEINAUER Paul-Henri, *Traité de droit privé suisse II/1 : Le Titre préliminaire du Code civil*, Tome 1, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009.

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2019.

THÉVENOZ Luc/ WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing Lichtenhahn) 2012 (cité : CR CO I– AUTEUR).

VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, in *La Semaine judiciaire (SJ)* 2008 II, p. 1 ss.

VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, thèse Fribourg, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2007 (cité : VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Thèse).

VETSCH Johannes/VON DER CRONE Hans Caspar, *Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen*, in *Revue Suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW)* 1/2009, p. 79 ss.

VON BÜREN Roland/WALTER Hans Peter, *Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008*, in *Revue de la société des juristes bernois (RJB/ZBJV)* 145/2009, p. 856 ss.

VULLIÉTY Jean-Paul, *Résiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit suisse : Poursuite ou fin du contrat ?*, in *La Semaine judiciaire (SJ)* 2003 II, p. 91 ss.

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 7<sup>e</sup> éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2019 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

XOUDIS Julia, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2002.

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, *Indemnité pour la clientèle : bonne affaire pour les distributeurs ?*, in *Economie Environnement Ethique : de la responsabilité sociale et sociétale*, [TRIGO TRINDADE Rita/PETER Henry/BOVET Christian, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 423 ss.

#### Document officiel :

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 27 novembre 1947 à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence*, FF 1947 III 681 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Contrat d'agence*).