

Sébastien Gobat

# L'indemnité de clientèle du distributeur

Étude de l'application  
analogique de l'art. 418u CO  
aux contrats de distribution

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



2011

# Table des matières

Liste des abréviations	XXI
Bibliographie	XXV
<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>A. La notion économique de distribution</b>	<b>7</b>
I. Définition	7
II. Rôle et fonctions de la distribution	8
1. Le rôle de la distribution	8
2. Les fonctions de la distribution	9
III. Les circuits de distribution	12
1. Notion	12
2. La longueur des circuits de distribution	12
2.1. Les circuits directs	12
2.2. Les circuits indirects	13
3. L'intensité de la distribution	14
3.1. La distribution intensive	14
3.2. La distribution exclusive	14
3.3. La distribution sélective	15
<b>B. Les contrats de distribution</b>	<b>16</b>
I. Typologie des contrats de distribution	16
1. Définition des contrats de distribution	16
1.1. L'absence de définition en droit suisse	16
1.2. Les différentes définitions et classifications proposées par la doctrine	16
1.2.1. Les critères de classification	16
1.2.2. Les propositions doctrinales	17
1.3. Définition et classification retenues	21
1.3.1. Définition du contrat de distribution	21
1.3.2. Classification des contrats de distribution	24
2. Délimitations	26
2.1. Systèmes de distribution intégrée	26
2.1.1. Accords internes à un groupe de sociétés	26
2.1.2. Contrat de travail	27
2.2. Accords de coopération horizontale	27

2.3.	Accords de sous-traitance industrielle	28
2.4.	Contrat de licence	28
2.5.	Contrat de vente simple ou à livraisons successives	28
2.6.	Mandat	29
2.7.	Contrat de courtage et contrat de commission-vente	29
2.8.	Société simple	29
2.9.	Contrats de transport de marchandises	30
3.	Quelques principes de base au sujet des contrats innommés	30
3.1.	Définition et fondements	30
3.2.	Typologie des contrats innommés	31
3.3.	La question du droit applicable aux contrats innommés	32
3.4.	Méthode et principes généraux de complément des contrats	33
3.5.	Complément des contrats innommés	35
3.5.1.	Complément des contrats mixtes	36
3.5.2.	Complément des contrats sui generis	36
II.	Les différents accords de distribution	37
1.	Le contrat de vente assorti d'obligations supplémentaires	37
2.	Le contrat estimatoire	38
2.1.	Notion	38
2.2.	Fonctions économiques	39
3.	Le contrat de concession de vente	39
3.1.	Remarque préliminaire d'ordre terminologique	39
3.2.	Notion	41
3.3.	Fonctions économiques	43
3.4.	Nature juridique	44
3.5.	Conclusion du contrat	45
3.6.	Obligations des parties	45
3.6.1.	Les obligations ayant trait aux opérations de vente	45
3.6.2.	Les obligations découlant d'une éventuelle clause d'exclusivité	47
3.6.3.	Obligation de promouvoir la vente des produits	48
3.6.4.	Les obligations inhérentes à un réseau de distribution sélective	49
3.6.5.	Autres obligations	51
3.7.	Inexécution du contrat	52
3.8.	Fin du contrat	54
3.8.1.	Causes ordinaires	54
3.8.2.	Causes extraordinaires	54
4.	Le contrat d'agence-commission	55

---

4.1. Notion	55
4.2. Fonctions économiques	56
4.3. Nature juridique	56
4.4. Conclusion du contrat	56
4.5. Obligations des parties, inexécution et fin du contrat	57
5. Le contrat d'agence	57
5.1. Notion	57
5.2. Fonctions économiques	58
5.3. Conclusion du contrat	59
5.4. Obligations de l'agent	59
5.4.1. Obligation de diligence	59
5.4.2. Obligation complémentaire de garantie (ducroire)	60
5.4.3. Obligation de fidélité	61
a) Non-exclusivité (art. 418c al. 2 CO)	61
b) Devoir de discrétion (art. 418d al. 1 CO)	61
c) Prohibition de faire concurrence (art. 418d al. 2 CO)	62
5.5. Obligations du mandant	63
5.5.1. Obligation générale de sauvegarde des intérêts de l'agent (art. 418f CO)	63
5.5.2. Obligation de paiement de la provision	64
5.5.3. Autres obligations pécuniaires	66
a) Paiement du ducroire (art. 418c al. 3 CO)	66
b) Paiement de l'indemnité pour prohibition de faire concurrence (art. 418d al. 2 CO)	66
c) Paiement de la provision d'encaissement (art. 418l CO)	66
d) Indemnisation pour perte de gain (art. 418m CO)	66
e) Remboursement des frais et débours (art. 418n CO)	67
f) Paiement de l'indemnité pour la clientèle (art. 418u CO)	67
5.6. Fin du contrat	67
5.6.1. Causes ordinaires	67
5.6.2. Causes extraordinaires	68
6. Le contrat de franchise	69
6.1. Notion	69
6.2. Fonctions économiques	70

6.3. Nature juridique	71
6.4. Conclusion du contrat	71
6.5. Obligations des parties	72
6.5.1. Obligations du franchiseur	72
6.5.2. Obligations du franchisé	73
6.6. Inexécution du contrat	73
6.7. Fin du contrat	74
6.7.1. Causes ordinaires	74
6.7.2. Causes extraordinaires	75
<b>C. L'indemnité pour la clientèle de l'art. 418u CO</b>	<b>77</b>
I. Quelques aspects historiques de l'indemnité pour la clientèle	77
1. La naissance de la Loi sur le contrat d'agence	77
1.1. Genèse de la loi	77
1.2. Motifs sous-jacents	78
1.3. L'accueil réservé par la doctrine à la nouvelle loi	80
2. L'indemnité pour la clientèle en particulier	81
2.1. L'indemnité pour la clientèle avant la Loi sur le contrat d'agence	81
2.2. L'indemnité pour la clientèle dans les différents projets de loi	82
2.3. L'indemnité pour la clientèle dans les débats parlementaires	83
II. Nature juridique et délimitations	84
1. Nature juridique de l'indemnité pour la clientèle	84
1.1. L'indemnité pour la clientèle en tant que prestation de nature contractuelle	84
1.2. Le caractère impératif de l'art. 418u CO	86
2. Délimitation par rapport à d'autres types d'indemnités	87
2.1. L'indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339b ss CO)	87
2.2. L'indemnité en cas de prohibition de concurrence (art. 418d al. 2 CO)	89
III. Conditions d'octroi de l'indemnité pour la clientèle	91
1. Augmentation sensible de clientèle due à l'activité de l'agent	91
2. Profit effectif du mandant	93
3. Caractère non inéquitable de l'octroi de l'indemnité	95
4. Absence de motifs de résiliation imputables à l'agent	96
5. Fixation du montant de l'indemnité de clientèle	98

6.	Fardeau de la preuve	100
IV.	L'indemnité pour la clientèle de l'agent en droit comparé	100
1.	Droit européen : la Directive 86/653	100
1.1.	Genèse de la Directive	100
1.2.	Aperçu sommaire du contenu de la Directive	102
1.3.	L'indemnité de clientèle ou la réparation du préjudice	103
1.3.1.	Généralités	103
1.3.2.	Le système de l'indemnité de clientèle	104
1.3.3.	Le système de la réparation du préjudice	105
1.4.	Transposition de la Directive et droit transitoire	106
2.	Allemagne	107
2.1.	Bases légales et fondements de l'indemnité de clientèle	107
2.2.	Caractère impératif	108
2.3.	Conditions d'octroi de l'indemnité de clientèle	109
2.3.1.	Aperçu	109
2.3.2.	Cessation du contrat	109
2.3.3.	Avantages retirés par le commettant	110
2.3.4.	Caractère équitable de l'octroi de l'indemnité	111
2.3.5.	Absence de motifs d'exclusion	113
a)	Résiliation du contrat par l'agent, sous réserve d'un juste motif (§ 89b al. 3 ch. 1 HGB)	113
b)	Résiliation du contrat par le commettant pour justes motifs (§ 89b al. 3 ch. 2 HGB)	114
c)	Entrée dans le contrat d'un tiers, en lieu et place de l'agent, sur la base d'un accord entre celui-ci et le commettant (§ 89b al. 3 ch. 3 HGB)	114
2.3.6.	Délai de péremption	114
2.4.	Modalités de calcul du montant de l'indemnité de clientèle	114
3.	France	117
3.1.	Bases légales et fondements de l'indemnité de clientèle	117
3.2.	Caractère impératif	120
3.3.	Conditions d'octroi de l'indemnité compensatrice	120
3.3.1.	Aperçu	120
3.3.2.	Cessation des relations	121
3.3.3.	Préjudice réparable	121
3.3.4.	Absence de motifs d'exclusion	122
3.3.5.	Délai de péremption	124
3.4.	Modalités de calcul du montant de l'indemnité compensatrice	124

<b>D. L'application analogique de l'art. 418u CO aux accords de distribution</b>	<b>127</b>
I. Le contrat de concession de vente	127
1. État de la jurisprudence avant l'ATF 134 III 497	127
1.1. Jurisprudence du Tribunal fédéral	127
1.2. Jurisprudence cantonale	129
1.2.1. L'arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 21 janvier 1954	129
1.2.2. L'arrêt de la Cour de justice civile genevoise du 2 février 1968	130
1.2.3. L'arrêt du Tribunal d'appel tessinois du 26 janvier 1977	131
1.2.4. L'arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois du 8 mai 1995	133
1.2.5. L'arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 21 mai 2002	134
2. Opinions doctrinales avant l'ATF 134 III 497	135
2.1. Les tenants de l'application analogique de l'art. 418u CO	135
2.2. Les opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO	141
3. L'ATF 134 III 497 et ses conséquences	143
3.1. État de fait	143
3.2. Considérants du Tribunal fédéral	144
3.3. Accueil réservé par la doctrine	150
3.3.1. La réaction de FOUNTOULAKIS	150
3.3.2. La réaction de VETSCH et VON DER CRONE	152
3.3.3. La réaction de WALTER	155
3.3.4. La réaction de MIR FAKHRAEI	156
3.3.5. La réaction de ZEN-RUFFINEN	157
3.3.6. Autres réactions	159
4. Résumé	160
II. Le contrat de franchise	161
1. Jurisprudence	161
2. Opinions doctrinales	161
2.1. Les tenants de l'application analogique de l'art. 418u CO	161
2.2. Les opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO	167
3. Résumé	168
III. Autres accords de distribution	169
1. Le contrat d'agence-commission	169

2.	Le contrat estimatoire	170
3.	Le contrat de station-service	170
<b>E.</b>	<b>Approche comparée</b>	<b>172</b>
I.	Allemagne	172
1.	Le contrat de concession de vente	172
	1.1. Conditions du recours au procédé de l'analogie	172
	1.1.1. Généralités	172
	1.1.2. Intégration dans l'organisation de vente	174
	1.1.3. Transfert du fonds de clientèle	176
	1.2. Conditions d'octroi de l'indemnité de clientèle	178
	1.2.1. Les conditions d'octroi en général	178
	1.2.2. La question du pouvoir attractif de la marque en particulier	179
	1.3. Modalités de calcul du montant de l'indemnité de clientèle	180
	1.4. Caractère impératif	184
2.	Le contrat de franchise	185
	2.1. Conditions du recours au procédé de l'analogie	185
	2.1.1. L'intégration dans l'organisation de vente	185
	2.1.2. Le transfert de la clientèle	186
	2.2. Modalités de calcul du montant de l'indemnité de clientèle	188
	2.3. Caractère impératif	189
3.	Le contrat d'agence-commission	189
	3.1. Conditions du recours au procédé de l'analogie	189
	3.2. Modalités de calcul du montant de l'indemnité de clientèle	191
	3.3. Caractère impératif	191
II.	France	192
1.	Le contrat de concession de vente	192
	1.1. Le refus constant de la jurisprudence française	192
	1.2. Les propositions doctrinales	194
	1.2.1. Théorie de la liquidation de la communauté d'entreprises intégrées	194
	1.2.2. Théorie de la corrélation entre la clause de non-concurrence postcontractuelle et l'indemnité de clientèle	195
	1.2.3. L'application analogique de l'art. L 134-12 C. com.	196
2.	Le contrat de franchise	199
3.	Le contrat d'agence-commission	200



<b>F. Position personnelle</b>	<b>202</b>
I. Le recours au procédé de l'analogie	202
1. Les conditions pour recourir au procédé de l'analogie en général	202
1.1. Contrats innommés et recours au procédé de l'analogie	202
1.2. Les conditions de base pour recourir au procédé de l'analogie	204
2. L'interprétation de l'art. 418u CO	205
2.1. <i>Ratio legis</i> de l'art. 418u CO	205
2.2. L'art. 418u CO cache-t'il un silence qualifié du législateur ?	209
2.3. Le caractère singulier de l'art. 418u CO	211
2.4. L'inégalité de traitement envers d'autres intermédiaires	213
II. Analyse de l'ATF 134 III 497	214
1. Remarque préliminaire	214
2. Appréciation générale	215
3. L'examen des circonstances du cas concret	215
4. Le caractère exceptionnel de l'art. 418u CO	216
5. Les conditions de l'analogie	217
5.1. L'intégration dans l'organisation de vente du concédant	217
5.2. Le transfert du fonds de clientèle	219
6. La question du pouvoir attractif de la marque ( <i>Sogwirkung der Marke</i> )	220
7. Caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie	222
8. Calcul du montant de l'indemnité pour la clientèle	222
III. Conditions d'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution	223
1. Le contrat de concession de vente	223
1.1. L'intégration dans l'organisation de vente du fournisseur	223
1.1.1. L'intégration dans l'organisation de vente : un critère pertinent ?	223
1.1.2. La notion de dépendance économique	226
a) La notion de dépendance économique en droit de la concurrence	226
b) La notion de dépendance économique en droit des assurances sociales	228
c) Le distributeur en tant que personne assimilée à un salarié	229

1.2. La dépendance économique accrue du concessionnaire à l'égard du concédant	232
1.2.1. Rôle déterminant du concédant dans l'avenir économique du concessionnaire	233
1.2.2. L'influence prédominante du concédant sur la stratégie commerciale du concessionnaire	235
1.2.3. Les critères non pertinents	238
1.2.4. La question de l'exclusivité en particulier	239
1.3. Le transfert du fonds de clientèle	240
1.3.1. La notion de clientèle	240
1.3.2. La continuité du courant d'affaires entre le concédant et la clientèle du concessionnaire	242
1.3.3. La nécessité de distinguer selon les types de clientèle et de produits	245
1.3.4. Les obligations contractuelles permettant d'assurer la continuité du courant d'affaires	246
a) L'obligation de transférer les contrats existant avec la clientèle	246
b) L'obligation directe ou indirecte de transmettre les coordonnées de la clientèle	247
1.3.5. Le pouvoir attractif de la marque	249
a) Produits de marque	250
b) Produits sans marque ou dont la marque indiffère les consommateurs	253
c) En résumé	254
1.4. Fardeau et appréciation de la preuve	255
1.5. Le caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie	258
2. Le contrat de franchise	261
2.1. La dépendance économique accrue du franchisé	261
2.2. Le transfert du fonds de clientèle	262
2.2.1. Le statut de quasi-filiale du franchisé	262
2.2.2. Les arguments des opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO	264
2.3. Caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie et fardeau de la preuve	264
3. Le contrat d'agence-commission	265
3.1. La dépendance économique accrue de l'agent-commissionnaire	265

3.2. Le transfert du fonds de clientèle	265
3.3. Caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie et fardeau de la preuve	267
IV. Le calcul du montant de l'indemnité	267
1. Analyse de la jurisprudence cantonale	267
1.1. L'arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 21 mai 2002	267
1.2. L'arrêt de la Cour de justice de Genève du 3 septembre 2009	268
2. Modalités de calcul de l'indemnité	271
2.1. Remarque préliminaire	271
2.2. Définition du montant maximal de l'indemnité	272
2.2.1. Création d'une base de comparaison suffisante	272
a) Le risque commercial	273
b) Les risques inhérents aux variations de prix	274
c) Le risque de stockage	275
d) Le risque de crédit	275
e) Les frais liés directement à la vente des produits	275
2.2.2. Détermination du revenu annuel net	276
2.3. Exemple de calcul	277
2.3.1. La rémunération usuelle de l'agent comme méthode de calcul alternative	278
2.3.2. Fixation par convention des critères de calcul	279
2.4. La définition du montant d'indemnité convenable	279
2.5. Le calcul de l'indemnité du franchisé et de l'agent-commissionnaire	280
2.5.1. Contrat de franchise	280
2.5.2. Contrat d'agence-commission	281
<b>Conclusion</b>	<b>282</b>