



L'indemnité de clientèle du franchisé

Conditions d'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de franchise

SÉBASTIEN GOBAT

537

Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence en admettant, à certaines conditions, l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de concession de vente exclusive. La présente contribution traite cette question dans le contexte du contrat de franchise et tente de définir les conditions auxquelles un franchisé peut prétendre au versement d'une indemnité de clientèle. À travers cet article, l'auteur présente un volet de la thèse qu'il a consacrée à la problématique plus générale de l'indemnité de clientèle des différents types de distributeurs.

In BGE 134 III 497 hat das Bundesgericht, in Änderung seiner Rechtsprechung, unter bestimmten Voraussetzungen die analoge Anwendung des Art. 418u OR auf den Alleinvertriebsvertrag bejaht. Der vorliegende Aufsatz untersucht die Thematik im Bereich des Franchisevertrags, insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Franchisenehmer Anspruch auf eine Kundenentschädigung hat. Dabei nimmt der Autor Bezug auf die verschiedenen Kriterien, die er im Zusammenhang mit seiner grösseren Arbeit über Kundenentschädigung bei verschiedenen Typen von Vertriebsverträgen vertreten hat.

Plan

- I. Introduction
- II. Analyse de l'ATF 134 III 497
 - A. État de fait
 - B. Remarques préliminaires
 - C. Les conditions de l'application analogique de l'art. 418u CO
 1. Distinction entre conditions de l'analogie et conditions matérielles
 2. L'intégration dans l'organisation de vente du concédant
 3. Le transfert du fonds de clientèle
- III. Le transfert de ces principes au contrat de franchise
 - A. État des lieux de la question
 - B. Les conditions du recours au procédé de l'analogie
 - C. *Ratio legis* de l'art. 418u CO
 - D. L'art. 418u CO cache-t-il un silence qualifié du législateur ?
- IV. Les conditions d'application de l'art. 418u CO au contrat de franchise
 - A. L'intégration dans l'organisation de vente du fournisseur : un critère pertinent ?
 - B. La dépendance économique accrue du franchisé
 1. La notion de dépendance économique accrue
 2. La situation du franchisé
 - C. Le transfert du fonds de clientèle
 1. Le statut de quasi-filiale du franchisé
 2. Produits sans marque ou dont la marque indiffère les consommateurs
 3. Les arguments des opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO
 - D. Caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie
- V. Conclusion

I. Introduction

Depuis la seconde moitié du siècle passé, les distributeurs de biens et services ont connu une intégration croissante dans l'organisation de vente de leurs fournisseurs. Les formes de distribution intégrée auxquelles a permis d'aboutir une telle évolution sont multiples¹. Parmi elles, le contrat de franchise en représente sans conteste la forme la plus aboutie, dans la mesure où le franchisé acquiert un statut de quasi-filiale du franchiseur. Bien qu'il représente une réalité économique avérée, le contrat de franchise, à l'instar du contrat de concession de vente, n'a pas retenu l'attention du législateur. C'est donc à l'aune des développements jurisprudentiels et doctrinaux que ces contrats doivent être appréhendés.

Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral, sous couvert d'une « précision de la jurisprudence », a reconnu la figure du distributeur intégré et l'évolution subie par le secteur de la distribution depuis plus d'un demi-siècle, en admettant le principe de l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de concession de vente exclusive. Ce faisant, notre Haute Cour a répondu aux nombreux appels de la doctrine et, bien que n'ayant examiné que le cas du contrat de concession de vente exclusive, ouvert la voie à l'application analogique de cette disposition à d'autres formes de distribution, en particulier au contrat de franchise. La présente contribution vise donc à présenter les conditions auxquelles une indemnité de

SÉBASTIEN GOBAT, Dr en droit et lic. ès sc. éco., avocat, Berne. Sa thèse « L'indemnité de clientèle du distributeur, Étude de l'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution » a été publiée chez Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, ISBN 978-3-7255-6468-2.

¹ On pense en particulier au contrat de concession de vente ou au contrat d'agence (art. 418a ss CO).

clientèle au sens de l'art. 418u CO peut être allouée au franchisé.

II. Analyse de l'ATF 134 III 497

A. État de fait

Un fournisseur genevois actif dans la fabrication et la vente de produits cosmétiques avait conclu un accord de distribution avec une société tchèque établie à Prague. Ce contrat conférait à cette dernière le droit exclusif de vendre des parfums de marque sur le territoire tchécoslovaque. En contrepartie, la distributrice était soumise à différentes obligations, notamment celles de respecter des quantités minimales d'achat, de promouvoir les produits du fabricant, de fournir un rapport sur l'évolution des ventes, de produire une liste des contrats de vente par client ou encore de collecter des renseignements sur l'activité des concurrents. Après que la Tchécoslovaquie ait été scindée en deux républiques, les parties signèrent en janvier 1993 un avenant au contrat initial qui prévoyait une nouvelle répartition du territoire entre Tchéquie et Slovaquie. Une deuxième société de distribution fut alors créée. Après que leurs relations se furent détériorées dans le courant de l'année 2001, le fournisseur résilia les contrats qui le liaient à ses distributrices pour la fin de la même année.

B. Remarques préliminaires

En admettant l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de concession de vente, le Tribunal fédéral a répondu aux appels d'une doctrine devenue majoritaire² et confirmé une tendance jurisprudentielle qui se dessinait sur le plan cantonal³. Les juges fédéraux ont ainsi reconnu l'« intégration toujours plus poussée, sur un axe vertical, du secteur de la distribution dans celui de la production » opposée au modèle classique « caractérisé par une séparation nette des secteurs de la production et de la distribution » dont s'inspirait l'ancienne jurisprudence fédérale⁴. De notre point de vue, une telle « précision de la jurisprudence » doit être approuvée dans la mesure où elle tranche une question controversée depuis plus d'un demi-siècle. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois constaté qu'il n'était guère possible de traiter de manière

dogmatique une question aussi controversée, « la sécurité du droit dût-elle en pâtir »⁵. L'octroi d'une indemnité de clientèle au concessionnaire exclusif dépendra ainsi toujours de l'examen des circonstances du cas concret⁶.

C. Les conditions de l'application analogique de l'art. 418u CO

1. Distinction entre conditions de l'analogie et conditions matérielles

Lorsque la situation du représentant exclusif se rapproche de celle d'un agent, « il se justifie alors de traiter le premier à l'égal du second et de lui reconnaître le droit à une indemnité pour la clientèle aux conditions et dans les limites fixées à l'art. 418u CO »⁷. Le Tribunal fédéral opère une distinction nette entre les conditions permettant de recourir à l'analogie (*Analogievoraussetzungen*) et les conditions matérielles d'octroi de l'indemnité de clientèle exigées par l'art. 418u CO (*Tatbestandsvoraussetzungen*)⁸. S'agissant des premières, les juges fédéraux s'inspirent clairement de la jurisprudence allemande en exigeant l'intégration du concessionnaire dans l'organisation de vente du concédant, de même que le transfert à ce dernier du fonds de clientèle à la fin du contrat⁹.

2. L'intégration dans l'organisation de vente du concédant

L'instance inférieure avait nié cette première condition au motif que les distributrices étaient libres d'organiser librement leurs activités et le développement de leurs affaires. Le Tribunal fédéral a quant à lui estimé que pareille circonstance n'empêchait pas « que les distributrices aient pu être intégrées au réseau de vente de la concédante, comme l'eût été un agent, et que, à l'instar de cet intermédiaire, elles n'aient bénéficié que d'une autonomie limitée, du point de vue économique, dans leurs relations avec

⁵ ATF 134 III 497 consid. 4.3.

⁶ *Ibid.* (n. 5).

⁷ ATF 134 III 497 consid. 4.3.

⁸ Sur cette distinction, voir en particulier CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, *Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrag)*, in : recht 2008, 221 ss, 225.

⁹ MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, *Indemnité pour la clientèle : bonne affaire pour les distributeurs ?* in : Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet (éd.), *Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Zurich/Bâle/Genève 2009, 423 ss, 427 s. estime pour sa part que le Tribunal fédéral a posé comme seconde condition le transfert de la clientèle opéré par le pouvoir attractif de la marque.

² ATF 134 III 497 consid. 4.2.2. et les réf. cit.

³ Tribunal cantonal (VS), 21.5.2002, in : RVJ 2003, 282 ss.

⁴ ATF 134 III 497 consid. 4.2.2. ; 88 II 169.

la concédante, bien qu'elles fussent juridiquement indépendantes de celle-ci »¹⁰. Par cette affirmation, le Tribunal fédéral met en exergue le rapport de dépendance économique existant entre concessionnaire et concédante.

Au même chapitre, notre Haute Cour souligne l'évolution qu'a connue l'activité de concessionnaire exclusif depuis l'ATF 88 II 169 dans lequel celui-ci était dépeint comme « 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 »¹¹. Selon la formule consacrée par la Cour fédérale allemande, les relations des parties ne sauraient se résumer à une « *blosse Verkäufer-Käufer Beziehung* »¹².

Les juges fédéraux se sont ensuite penchés sur l'enchevêtrement de clauses qui caractérisaient la relation contractuelle des parties pour admettre, *in fine*, l'intégration des distributrices dans l'organisation de vente de leur fournisseur. Les clauses déterminantes, susceptibles de placer les premières « dans la dépendance et sous le contrôle »¹³ du second, étaient les suivantes¹⁴ : droit de la concédante d'approuver les nouveaux points de vente proposés par les distributrices, d'arrêter librement la production ou la commercialisation de n'importe quel produit, obligation des distributrices 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, de maintenir un certain niveau de stock de produits, de fournir différents rapports et listes relatifs à l'évolution des ventes et à l'activité des concurrents, d'ouvrir ses livres et registres à tout représentant de la concédante et obligation de cesser toute activité de vente des produits de la concédante, une fois les rapports contractuels terminés.

À l'instar de ZEN-RUFFINEN, on peut regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas développé la question de l'interaction et de la pondération des clauses susmentionnées. Comme l'affirme avec pertinence cet auteur, « seuls deux cas sont clairs : si aucun des critères n'est présent, le distributeur n'a pas droit à une indemnité pour la clientèle ; si tous les critères sont présents en revanche, il peut prétendre à cette indemnité »¹⁵. Il sied également de relever que la clause d'exclusivité territoriale dont bénéficiaient les distributrices ne semble pas avoir joué de rôle détermi-

nant dans l'examen du degré d'intégration dans l'organisation de vente de la concédante¹⁶.

3. Le transfert du fonds de clientèle

Outre les obligations décrites plus haut, les distributrices étaient tenues de communiquer régulièrement les coordonnées de leur clientèle à la concédante¹⁷. De l'avis du Tribunal fédéral, « dans les faits, pareille obligation entraînait la même conséquence qu'une obligation du concessionnaire de céder son fonds de clientèle au concédant à la fin du contrat »¹⁸. La concédante a tenté d'opposer qu'une telle obligation ne visait qu'à obtenir une meilleure connaissance du marché local, tout en maintenant une certaine image de marque des produits. Cet argument n'a pas été entendu par les sages de Mon-Repos, lesquels ont rejoint sur ce point la jurisprudence allemande selon laquelle les motifs sous-jacents à l'obligation de communiquer les données clients ne sauraient être déterminants dans l'examen de cette condition de l'analogie¹⁹.

S'agissant de la question du transfert du fonds de clientèle, on ne saurait dire si le Tribunal fédéral exige une obligation contractuelle du concessionnaire de fournir les coordonnées de sa clientèle au concédant (*vertragliche Herausgabepflicht*) ou si la simple possibilité de jouir, dans les faits, du fonds de clientèle du concessionnaire (*faktische Nutzungsmöglichkeit*) est suffisante. Il est vrai, qu'en l'espèce, la question ne se posait pas en des termes aussi clairs, dès lors que le contrat imposait sans équivoque aux distributrices l'obligation de transmettre les coordonnées de leurs clients. Dans la mesure où l'ATF 134 III 497 s'inspire largement de la jurisprudence allemande, tout porte à croire que le Tribunal fédéral exigera à l'avenir une obligation contractuelle de communiquer (même indirectement) les données relatives aux clients²⁰.

III. Le transfert de ces principes au contrat de franchise

A. État des lieux de la question

À notre connaissance, il n'existe à ce jour pas de jurisprudence (cantonale et fédérale) traitant de la question de

¹⁰ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

¹¹ ATF 88 II 169 consid. 7.

¹² BGH du 13.6.2007, *in* : NJW-RR 2007, 1327 s.

¹³ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

¹⁴ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

¹⁵ ZEN-RUFFINEN (n. 9), 424.

¹⁶ Dans ce sens ég. FOUNTOLAKIS (n. 8), 223 s. ; HANS PETER WALTER, *Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008*, *in* : RSJB 2008, 856 ss, 859.

¹⁷ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

¹⁸ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

¹⁹ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2. et les réf. cit.

²⁰ Dans le même sens, FOUNTOLAKIS (n. 8), 225, n. 34.

l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de franchise. Sur le plan doctrinal, une majorité d'auteurs se montre favorable à l'octroi d'une indemnité de clientèle au franchisé²¹. Les opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de franchise contestent ou, à tout le moins, relativisent l'effet du pouvoir attractif de la marque, arguant que le franchisé ne fait « que » profiter d'un concept commercial éprouvé, mis à sa disposition par le franchiseur²².

B. Les conditions du recours au procédé de l'analogie

Le procédé de l'analogie permet au juge d'appliquer une (ou plusieurs) disposition(s) légale(s) à un état de fait que celle(s)-ci ne couvre(nt) pas explicitement, pour autant qu'il y ait identité de motifs entre les situations de fait considérées²³. Un tel procédé implique donc d'établir au préalable le but et les valeurs (*ratio legis*) poursuivis par la ou les dispositions que l'on cherche à appliquer par analogie²⁴. Il en résulte que le procédé de l'analogie

n'entre pas en ligne de compte dans les cas où la *ratio legis* ne peut être établie avec certitude²⁵. La *ratio legis* doit ensuite concorder avec l'état de fait appelé à être comblé par ce procédé²⁶. Enfin, des motifs matériels sérieux (*ernsthafte sachliche Gründe*) peuvent s'opposer à l'application analogique d'une norme²⁷.

Le recours au procédé de l'analogie est une émanation du principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre justiciables (*Gleichheitssatz*) que consacre l'art. 8 Cst²⁸. Autrement dit, ce qui est semblable doit être traité de manière identique, ce qui est dissemblable doit subir un traitement différencié. Un tel fondement constitutionnel oblige ainsi le juge à recourir au procédé de l'analogie lorsque les conditions de celle-ci sont réunies (*Analogiegebot*)²⁹.

C. Ratio legis de l'art. 418u CO

L'idée de réglementer le contrat d'agence procédait d'un double objectif : il s'agissait, d'une part, de pallier l'insécurité juridique inhérente à la jurisprudence fédérale quelque peu hasardeuse de l'époque, d'autre part, d'offrir aux agents une protection analogue à celle dont jouissaient déjà les voyageurs de commerce³⁰. Les agents ressentaient en effet « cette inégalité de traitement comme une injustice »³¹. Pour procéder à une comparaison des situations de l'agent et du voyageur de commerce, le Message retenait que « l'élément décisif est toutefois de savoir non pas si l'agent est juridiquement indépendant, mais bien s'il est économiquement autonome. Or tel n'est pas le cas. En fait, l'agent – spécialement celui qui représente une seule entreprise – dépend de son mandant même si ce n'est pas dans la même mesure que le voyageur de commerce »³².

Il ressort des travaux préparatoires que le but visé par l'introduction de l'art. 418s CO³³ était avant tout d'apporter un meilleur niveau de protection à l'agent, compte tenu du rapport de dépendance économique accru le liant

²¹ SÉBASTIEN GOBAT, L'indemnité de clientèle du distributeur, Étude de l'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution, thèse Berne 2011, 261 ss ; MICHAEL KULL, Der Franchisevertrag im schweizerischen Recht, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2002, 101 ss, 104 ; MATTHIAS STEIN-WIGGER, Die Beendigung des Franchisevertrages : eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, thèse Bâle 1999, 330 ss ; IVAN CHERPILLOD, La fin des contrats de distribution, in : Ivan Cherpillod et al. (éd.), Les Contrats de Distribution, Contributions offertes au professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans, Lausanne 1998, 429 ss, 451 ss ; MARTIN J. EBNETER, Der Franchise-Vertrag : unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, thèse Zurich 1997, 167 ss ; CARL BAUDENBACHER, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen Recht, in : Ernst A. Kramer (éd.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising, 2^e éd., Berne et al. 1992, 365 ss, 382 ; VICTOR G. SCHULTHESS, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1975, 202 ss.

²² THIERRY DE HALLER, Le contrat de franchise en droit suisse, thèse Lausanne 1978, 134 ss ; THEODOR BÜHLER, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a–418v OR, Zurich 2000, Art. 418u N 68 ; MARIO WANG, Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie, in : Ernst A. Kramer (éd.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising, 2^e éd., Berne et al. 1992, 335 ss, 362 ; ALEXANDER MEYER, Der Alleinvertrieb, 2^e éd., Saint-Gall 1992, 305 s.

²³ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3^e éd., Berne et al. 2010, 195 ; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Berne 2003, N 202.

²⁴ PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, Tome II/1, Bâle 2009, N 386 ; HAUSHEER/JAUN (n. 23), Art. 1 ZGB, N 205 qui font référence au « *massgeblicher Wertungsgesichtspunkt* ».

²⁵ HAUSHEER/JAUN (n. 23), Art. 1 ZGB, N 205 ; ERNST A. KRAMER, Analogie und Willkürverbot, in : Beiträge zur Methode des Rechts : St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Berne/Stuttgart 1981, 114.

²⁶ HAUSHEER/JAUN (n. 23), Art. 1 ZGB, N 205.

²⁷ HAUSHEER/JAUN (n. 23), Art. 1 ZGB, N 205.

²⁸ KRAMER (n. 23), 197.

²⁹ KRAMER (n. 23), 197.

³⁰ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence du 27 novembre 1947, in : FF 1948 III 681 ss (ci-après : le Message), 684.

³¹ Message (n. 30), 686.

³² Message (n. 30), 686.

³³ L'art. 418s du projet correspond à l'art. 418u CO actuel.

à son mandant³⁴. Il n'était toutefois pas question de lui conférer une protection que l'on pourrait qualifier de « sociale »³⁵. Pour reprendre la formule consacrée par le Message, l'agent ne devait pas ainsi se retrouver « mis dans la rue »³⁶. Par l'octroi d'une indemnité de clientèle, le législateur a également souhaité tenir compte du fait que l'agent se voit contraint, pendant la durée contractuelle, de fournir certaines prestations (notamment le développement d'un fonds de clientèle au profit du mandant) dont les effets n'interviennent qu'une fois le contrat terminé, et sans qu'aucune autre forme de rémunération ne soit prévue à la fin du contrat. Des considérations d'équité (*Billigkeitserwägungen*) ne sont pas non plus étrangères à cette disposition³⁷. Enfin, en privilégiant le paiement d'une somme forfaitaire, le législateur a souhaité contribuer à une plus grande sécurité juridique et favoriser des situations juridiques claires.

D. L'art. 418u CO cache-t'il un silence qualifié du législateur ?

Un silence qualifié (*qualifiziertes Schweigen*) du législateur est en principe incompatible avec le recours au procédé de l'analogie, dès lors que « l'absence de règle (ou d'exception) explicite confère un statut juridique à la situation qui n'est pas régie spécialement »³⁸. Le législateur identifie le problème, mais se refuse à légiférer à son sujet³⁹. S'agissant de la question de l'octroi d'une indemnité pour la clientèle à d'autres distributeurs que l'agent, certains auteurs, dont SCHÖNLE en particulier, estimaient que la loi ne présentait pas de lacune à cet endroit⁴⁰. Selon

cet auteur, « même s'il était opportun – ce qui n'est pas le cas – d'accorder au concessionnaire ou à certains concessionnaires l'indemnité de clientèle de l'art. 418u CO, il n'en reste pas moins que le législateur, en édictant cette disposition, n'a pas voulu une telle assimilation, pas plus qu'il n'a entendu reconnaître un droit à indemnité d'autres personnes fournissant pendant la période contractuelle des prestations dont le partenaire peut encore profiter après la fin du contrat »⁴¹.

Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral s'est clairement distancié de l'argumentation de SCHÖNLE et du controversé adage latin « *singularia non sunt extendenda* », affirmant que le législateur fédéral, bien que s'étant abstenu d'édicter des dispositions topiques au sujet du contrat de représentation exclusive, n'avait pas pour autant écarté consciemment l'idée d'octroyer une indemnité pour la clientèle au concessionnaire. Ce n'est donc pas à un silence qualifié qu'on a affaire, mais bien à une lacune proprement dite de la loi, qu'il s'agit de combler par le procédé de l'analogie⁴².

IV. Les conditions d'application de l'art. 418u CO au contrat de franchise

A. L'intégration dans l'organisation de vente du fournisseur : un critère pertinent ?

La première condition de l'analogie, soit l'intégration du distributeur dans l'organisation de vente de son fournisseur, semble être admise de manière quasi unanime par la doctrine et la jurisprudence. Or, encore faut-il que les situations de l'agent et du distributeur soient comparables d'un point de vue économique⁴³. S'agissant de ce dernier point, les états de fait ne doivent pas seulement présenter des similitudes d'ordre formel, mais être concordantes quant aux buts et valeurs de l'art. 418u CO. C'est dans ce but et ces valeurs que réside le véritable levier matériel de l'analogie⁴⁴. Comme il a été indiqué plus haut, la *ratio legis* de l'art. 418u CO se résume, en substance, à appor-

³⁴ Péclard, *in* : BSt./CN 1948, 4 pour qui l'expression de protection est toutefois dangereuse, le législateur ne devant avoir de préférence pour aucune des parties.

³⁵ JEAN-CLAUDE BURNAND, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle selon l'art. 418u CO, thèse Lausanne 1977, 96.

³⁶ Message (n. 30), 705.

³⁷ Cf. art. 418u al. 1 *in fine* CO : « à moins que ce ne soit inéquitable ».

³⁸ STEINAUER (n. 24), N 368 ; au sujet de l'argumentation *a contrario* qui résulte d'un silence qualifié du législateur, voir en particulier ATF 132 III 470 consid. 5.1. : « *Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), ist kein Platz für richterliche Lückenfüllung* ».

³⁹ STEINAUER (n. 24), N 368.

⁴⁰ HERBERT SCHÖNLE, De la représentation exclusive en droit suisse et comparé, Recueil de travaux publié à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 octobre 1969, Genève 1969, 141 ss, 151 ss ; BÜHLER (n. 22), Art. 418u N 68 qui prend pour sa part appui sur le droit européen afin d'étayer son propos, en estimant que le législateur européen, à travers la Directive, aurait souhaité octroyer une indemnité de clientèle uniquement aux

agents commerciaux excluant ainsi tous les autres intermédiaires commerciaux.

⁴¹ SCHÖNLE (n. 40), 155.

⁴² ATF 134 III 497 consid. 4.3. ; voir cependant l'avis (postérieur à l'arrêt en question) de ZEN-RUFFINEN (n. 9), 431, laquelle estime que le caractère exceptionnel de l'art. 418u CO est suffisant pour admettre de manière restrictive son application analogique.

⁴³ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2.

⁴⁴ STEINAUER (n. 24), 134.

ter un meilleur niveau de protection à une partie économiquement dépendante de son partenaire contractuel. Il est donc légitime de s'interroger sur la pertinence du critère de l'intégration dans l'organisation de vente du concédant⁴⁵.

En effet, la notion d'« organisation de vente » (ou « système de distribution ») demeure relativement floue. Ce problème est notamment illustré par un arrêt de la Cour fédérale allemande dans lequel celle-ci avait nié l'intégration d'un concessionnaire dans l'organisation de vente de son fournisseur au motif qu'il ne disposait pas d'« organisation de vente » (*Absatzorganisation*) à proprement parler⁴⁶. Pour les juges allemands, le fait que l'intermédiaire en question ait pu écouler la marchandise du producteur par l'entremise d'une société disposant d'une position monopolistique sur le marché visé rendait superflue la condition d'intégration dans l'organisation de vente du concédant⁴⁷. Cette décision est critiquable dans la mesure où elle méconnaît la fonction d'intermédiation de la distribution. En effet, un fournisseur fera précisément appel à des tiers pour ne pas avoir à investir dans une propre structure d'écoulement de ses produits sur le marché visé⁴⁸. Le raisonnement de la Cour fédérale allemande pourrait donc conduire à nier toute indemnité de clientèle aux distributeurs qui revendent les produits de sociétés ne possédant pas de filiales ou d'autres formes d'organisation sur le territoire concerné.

Recourir à la notion d'« organisation de vente » pour fonder la première condition de l'application analogique de l'art. 418u CO comporte ainsi le risque d'ignorer cer-

taines situations dans lesquelles un distributeur se trouve manifestement dans une relation de dépendance économique vis-à-vis de son fournisseur, mais où celui-ci ne dispose pas d'une organisation de vente à proprement parler⁴⁹. La forme du système de distribution du fournisseur ne saurait donc être déterminante. À l'instar de ZEN-RUFFINEN⁵⁰, nous préconisons de recourir au critère de dépendance économique pour appréhender la première condition d'application par analogie de l'art. 418u CO aux contrats de distribution⁵¹.

B. La dépendance économique accrue du franchisé

1. La notion de dépendance économique accrue

Selon l'approche retenue ici, nous estimons qu'un distributeur se trouve dans un rapport de dépendance économique accrue à l'égard de son fournisseur lorsque que les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies : le fournisseur joue un rôle déterminant dans l'avenir économique du distributeur et dispose d'une influence prédominante sur la stratégie commerciale de distribution de ce dernier⁵².

La première condition sera généralement remplie dans les cas où le distributeur est obligé de s'approvisionner exclusivement (ou de manière prépondérante, soit à raison d'au moins 50 % de son chiffre d'affaires) auprès d'un même fournisseur⁵³. Une éventuelle clause de non-concurrence post-contractuelle, le cas échéant assortie d'une clause pénale, est également symptomatique du degré de dépendance économique du distributeur.

⁴⁵ Également sceptique mais pour des raisons quelque peu différentes, MEYER (n. 22), 312 : « *Ich vermag keinen Grund zu erkennen, warum dieses Kriterium zur Analogiebildung zugunsten des Alleinabnehmers erforderlich sein soll, da es auf den Agenten auch nicht angewandt wird. Der Alleinabnehmer ist mindestens ebenso in das Absatzsystem seines Lieferanten integriert wie der Agent in dasjenige des Auftraggebers, wenn die Beziehung der Parteien auf Dauer ausgerichtet ist* ». Cf. ég. JOHANNES VETSCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, in : RSDA 2009, 79 ss, 90.

⁴⁶ BGH du 13.6.2007, in : NJW-RR 2007, 1327 s. : « *Es ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte zu 2 überhaupt eine Absatzorganisation für den chinesischen Markt unterhielt* » ; cf. ég. BGH du 12.3.2003, in : NJW-RR 2003, 895.

⁴⁷ BGH du 13.6.2007, in : NJW-RR 2007, 1327 s.

⁴⁸ RAIMOND EMDE, Vertriebsrecht : Rechtsprechungs- und Literaturüberblick 2007 (2. Teil), in : BB 2008, 2762 se montre également critique envers cette jurisprudence : « *Entgegen dem BGH dürfte es auf die Absatzorganisation des Unternehmers nicht ankommen. Selbst wenn er nur einen einzigen Mittler beschäftigt, kann jener eine eigene Absatzorganisation des Unternehmers ersetzen. Noch weniger kommt es auf die Absatzorganisation des Mittlers selbst an* ».

⁴⁹ À l'extrême, on peut imaginer le cas du concédant ne disposant que d'un bureau, d'un ordinateur muni d'une connexion Internet et d'un téléphone portable qui achète des produits à un fabricant pour mieux les revendre par le biais d'un concessionnaire sur un territoire défini. Dans pareil cas, il ne saurait non plus être question d'« organisation de vente ».

⁵⁰ ZEN-RUFFINEN (n. 9), 431 n. 38.

⁵¹ GOBAT (n. 21), 223 ss et 261 ; cf. ég. CLAUDE CHAMPAUD, La concession commerciale, in : RTD com. 1963, 451 ss N 33 : « En effet, on peut penser que de deux choses l'une : ou la clientèle est propre au concédant et celui-ci la retrouve légitimement en fin de concession, ou elle est propre au concessionnaire et il doit être en mesure de la conserver à l'issue du contrat. En réalité cette contradiction résulte de la nature même des relations et des situations juridiques des parties. Elle est le fruit de la contradiction des principes d'indépendance juridique et de subordination économique sur lesquels reposent leur convention ».

⁵² À ce sujet, cf. plus particulièrement GOBAT (n. 21), 226 ss.

⁵³ GOBAT (n. 21), 232 ss et les réf. cit.

S'agissant de la seconde condition, l'influence du fournisseur sera prédominante lorsque le distributeur « ne dispose plus d'une latitude d'action suffisante pour fixer librement les paramètres essentiels de sa stratégie commerciale de distribution »⁵⁴. La stratégie commerciale de distribution du fournisseur se matérialisera généralement dans le *marketing-mix* adopté par ce dernier, en particulier dans les clauses contractuelles en reflétant les trois variables que sont le produit (*product*), le canal de distribution (*place*) et la promotion des ventes (*promotion*)⁵⁵. À noter que la variable du prix (*price*) ne saurait être pertinente dans la mesure où une quelconque influence du fournisseur sur la fixation de ce paramètre est prohibée par le droit de la concurrence.

2. La situation du franchisé

En matière de franchise, les conditions pour admettre un rapport de dépendance économique accrue au sens décrit plus haut devraient généralement être remplies. Par définition, un franchisé est en principe tenu d'écouler les produits de son franchiseur à l'exclusion de tout autre produit concurrent. Ainsi, franchiseur et franchisé partagent un même destin sur le plan économique, la marche des affaires du premier étant déterminante sur celle du second. De plus, étant donné l'obligation de faire usage d'un concept commercial prédéfini par le franchiseur, l'influence de ce dernier sur la stratégie commerciale de distribution du franchisé sera prédominante, voire absolue.

En droit allemand, doctrine et jurisprudence semblent admettre de manière quasi unanime l'intégration du franchisé dans l'organisation de vente du franchiseur⁵⁶. Admettre l'intégration du concessionnaire dans l'organisation de vente du concédant revient, *a maiore minus*, à en faire autant pour le franchisé. On ne peut en effet nier que l'intensité avec laquelle coopèrent franchiseur et franchisé est généralement plus forte que celle caractérisant les relations commerciales du concessionnaire et du concédant. En droit suisse, la première condition du recours au procédé de l'analogie (appréhendée sous l'angle de la dépendance économique ou de l'intégration du franchisé dans l'organisation de vente du franchiseur) devrait, en principe, être remplie dans les cas de franchise présentant une configuration typique.

C. Le transfert du fonds de clientèle

1. Le statut de quasi-filiale du franchisé

Contrairement à l'agent, le franchisé agit en son nom et pour son propre compte. D'un point de vue juridique, il devient ainsi maître (« propriétaire ») du fonds de clientèle qu'il développe pendant la durée du contrat. La seconde condition permettant de fonder l'application analogique de l'art. 418u CO implique donc que ce fonds de clientèle soit transféré au franchiseur, afin que celui-ci puisse en jouir à la fin des relations contractuelles.

Au même titre que le mandant dans le contrat d'agence, le franchiseur doit être en mesure de tirer profit du fonds de clientèle du franchisé immédiatement après la cessation des relations contractuelles, sans interruption, et sans avoir à requérir d'informations supplémentaires auprès de ce dernier⁵⁷. Autrement dit, la continuité du courant d'affaires développé et entretenu par le franchisé déchu doit être garantie au moment où le contrat prend fin⁵⁸. En revanche, il suffit que le franchiseur ait la *possibilité* de tirer profit de ce courant d'affaires (*Nutzungsmöglichkeit*). À l'instar des principes développés par la Cour fédérale allemande, le fait que le franchiseur en fasse ou non usage ne saurait être déterminant⁵⁹.

⁵⁴ GOBAT (n. 21), 237.

⁵⁵ Au sujet des différentes clauses et de leur attribution aux différentes variables, cf. GOBAT (n. 21), 237 s.

⁵⁶ GOBAT (n. 21), 185 ss et les réf. cit.

⁵⁷ GOBAT (n. 21), 244 et 262 ; cf. ég. CORDULA STUMPF, *Vertragshändlerausgleich analog § 89b HGB – praktische und dogmatische Fehlerverortung ?* in : NJW 1998, 12 ss, 15 et les réf. cit. : « *Entscheidend ist insoweit allein, dass der Hersteller in derselben Weise wie ein Unternehmer beim Ausscheiden des Handelsvertreters den Kundenstamm des Vertragshändlers sofort nach der Beendigung des Vertrags für sich nutzbar machen kann* » ; cf. ég. SCHMIDT, 2359 s. : « *Charakteristisch für den vom Handelsvertreter erworbenen Kundenstamm ist also gar nicht so sehr, dass der Unternehmer vor und nach dem Ende des Vertragsverhältnisses durch ein automatisch fortlaufendes Rechtsverhältnis mit dem Kundenstamm verbunden bleibt, charakteristisch ist das Faktum einer erkennbaren Beständigkeit des Absatzverhältnisses, die Kontinuität des Kundenstamms* ».

⁵⁸ Cf. DIDIER FERRIER, *Droit de la distribution*, 4^e éd., Paris 2006, N 266 qui fait référence à la notion de courant d'affaires dans le cadre du contrat de commission : « Seul le mandat, qualifié d'intérêt commun, peut donc justifier l'indemnisation du cocontractant victime de la résiliation du contrat de représentation à durée indéterminée. La solution conforte l'idée que l'indemnisation est liée à la création d'un courant d'affaires entre le fournisseur et la clientèle apportée par certains diffuseurs tels que les VRP, les mandataires ou les agents commerciaux ». Cf. ég. KARSTEN SCHMIDT, *Kundenstammüberlassung und « Sogwirkung der Marke » : taugliche Kriterien für den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers ?* in : DB 1979, 2357 ss, 2360 pour qui il est question de « *Kontinuität des Kundenstamms* ».

⁵⁹ Cf. notamment BGH du 26.2.1997, in : BB 1997, 852 = NJW 1997, 1503 (« arrêt Renault »).

En matière de concession de vente, une partie de la doctrine allemande estime qu'une jouissance dans les faits (*faktische Nutzungsmöglichkeit*) du fonds de clientèle est suffisante pour en admettre le transfert. Ces auteurs s'opposent à la position défendue par la Cour fédérale allemande, laquelle exige, de jurisprudence constante, que le transfert de la clientèle se reflète, à tout le moins, dans une obligation contractuelle imposée au distributeur (*vertragliche Herausgabepflicht*). De notre point de vue, pareille controverse n'a pas de raison d'être en matière de franchise. En effet, le statut de « quasi-filiale » du franchisé conduit généralement à ce que les clients de celui-ci ignorent l'identité du véritable ayant droit de la franchise⁶⁰. En achetant p. ex. une montre de luxe dans une boutique franchisée, la plupart des clients s'engagent (émotionnellement) avec le franchiseur, en tant que titulaire de la marque du produit vendu, et non avec le franchisé qui s'avère pourtant être juridiquement la partie au contrat de vente conclu.

D'un point de vue économique, la clientèle passe donc automatiquement au franchiseur, sans qu'un acte de transfert particulier ne soit nécessaire au moment où le contrat prend fin. Pareil transfert de clientèle s'opère donc par le pouvoir attractif de la marque du franchiseur, lequel est exacerbé par la configuration même du contrat de franchise. En effet, les systèmes de franchise impliquent, par définition, un effacement quasi total du franchisé derrière la marque du franchiseur. Pour le franchisé, il n'est donc pour ainsi dire pas possible de se créer un propre fonds de clientèle⁶¹. À noter que même si l'on devait se rallier à la position défendue par la Cour fédérale allemande (*i.e.* obligation contractuelle de transfert), les droits de contrôle et d'information que s'arrogent le franchiseur sont généralement tels qu'il y aurait également lieu, selon cette approche, d'admettre le transfert du fonds de clientèle en faveur de ce dernier.

2. Produits sans marque ou dont la marque indiffère les consommateurs

Lorsque le contrat de franchise porte sur des produits sans marque (p. ex. : produits de consommation courante, alimentation) ou dont la marque indiffère le consommateur (p. ex. : essence), il convient, à notre sens, de suivre les principes développés par certaines instances inférieures

allemandes⁶². En vertu de cette jurisprudence, la clientèle propre aux « *anonyme Massengeschäfte* » demeure attachée au point de vente lorsque l'exploitation de celui-ci perdure. Le transfert du fonds de clientèle en faveur du franchiseur s'opère donc par le simple fait de poursuivre (directement ou indirectement) l'exploitation du point de vente concerné⁶³.

En revanche, lorsque c'est l'ex-franchisé qui reprend l'exploitation du point de vente avec d'autres produits, un transfert de clientèle au franchiseur ne saurait entrer en ligne de compte. À l'instar de la position défendue par WANG pour le secteur des services (en particulier l'hôtellerie), la clientèle tendrait ainsi à rester fidèle à l'établissement et non à l'enseigne du franchiseur⁶⁴. Cette problématique démontre la nécessité d'adopter une approche différenciée en fonction du type de clientèle ou de produits.

3. Les arguments des opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO

L'argument clé des opposants à l'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de franchise consiste à relativiser fortement, voire à nier, les efforts consentis par le franchisé pour écouler la marchandise du franchiseur. Pour ces auteurs, le franchisé n'aurait aucun mérite à reprendre un concept commercial éprouvé par le franchiseur. Pour reprendre les termes de MEYER, « *ausser der Konzeptumsetzung hat der Franchisenehmer überhaupt keinen Beitrag geleistet* »⁶⁵. On peut opposer à cette vision des choses la complexité inhérente à la mise en place et à l'exploitation d'un système de distribution. En effet, les questions auxquelles doit répondre quotidiennement un franchisé (p. ex. en matière d'importation des produits, de logistique, de gestion de la relation client, de service après-vente, etc.) démontrent à l'envi que les produits franchisés ne se vendent pas d'eux-mêmes⁶⁶.

⁶⁰ STEIN-WIGGER (n. 21), 199 et 330, ainsi que les réf. cit.

⁶¹ CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich et al. 2008, N 1565 ; BAUDENBACHER (n. 21), 382 s.

⁶² STEFFEN ALBICKER, *Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers/« Eifler »* gemäss § 89 b HGB analog, in : EWIR 2004, 69 ss et les réf. jurisprudentielles cit.

⁶³ Dans ce sens, cf. ALBICKER (n. 62), 70 : « *im Bereich des anonymen Massengeschäfts (Bäckerei in bestimmten Lagen, Tankstellen) dürfte die Tendenz der Rechtsprechung, bei Fortführung des Geschäfts eine faktische Kontinuität des Kundenstamms für eine Nutzbarmachung der Kunden genügen zu lassen, die Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs für Franchisenehmer erleichtern.* ».

⁶⁴ WANG (n. 22), 362.

⁶⁵ MEYER (n. 22), 305.

⁶⁶ Dans le même sens, STEIN-WIGGER (n. 21), 331 : « *Es wird geradezu als Binsenwahrheit bezeichnet, dass sich auch unter einer bekannten Marke vertriebene Waren und Dienstleistungen nicht von selbst verkaufen* » ; cf. ég. BAUDENBACHER (n. 21), 383.

D. Caractère impératif de l'art. 418u CO appliqué par analogie

Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral a clairement affirmé qu'il n'était pas possible de supprimer par convention l'indemnité de clientèle⁶⁷. Autrement dit, le concessionnaire peut également se prévaloir du caractère impératif de l'art. 418u CO, quand bien même celui-ci se verrait appliqué par analogie. En matière de franchise, on peine à croire qu'il puisse en aller différemment. C'est par ailleurs la position qu'avait adoptée notre Haute Cour dans son « arrêt phare » en matière de franchise où il avait notamment été question d'appliquer par analogie des dispositions impératives du contrat de travail⁶⁸. De notre point de vue, il devrait néanmoins être possible de fixer par avance les modalités de calcul de l'indemnité de clientèle⁶⁹. Les fournisseurs seraient bien inspirés de prévoir une telle clause dans leurs contrats de distribution.

V. Conclusion

Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral a clairement ouvert la voie à l'application analogique de l'art. 418u CO à d'autres formes de distribution, en particulier au contrat de franchise. Compte tenu du statut de quasi-filiale du franchisé et du pouvoir attractif de la marque des produits qu'il vend, les conditions de recours au procédé de l'analogie devraient, en principe, être remplies dans une configuration de franchise typique. On peut dès lors se demander si un tel revirement de jurisprudence profitera véritablement aux distributeurs. En effet, ces derniers peuvent légitimement craindre que certains fournisseurs optent à l'avenir pour une solution de distribution filialisée⁷⁰.

⁶⁷ ATF 134 III 497 consid. 4.4.2. ; contrairement à ce que soutiennent VETSCH/VON DER CRONE (n. 45), 91 s.

⁶⁸ ATF 118 II 157.

⁶⁹ GOBAT (n. 21), 279.

⁷⁰ Dans le même sens, ZEN-RUFFINEN (n. 9), 438.