

La protection des investissements du distributeur contre la résiliation abusive

*Ivan Cherpillod**

A. Introduction

Dans les accords de distribution en particulier, il est fréquent que le distributeur soit contractuellement tenu de faire des dépenses qui peuvent se révéler substantielles (obligation de consacrer une part de son chiffre d'affaires à la publicité pour les produits contractuels, de mettre sur pied une force de vente spécifiquement destinée à la promotion de ces produits, de disposer d'entrepôts ou de locaux de vente correspondant à certaines caractéristiques spécifiques, etc.). Il se peut aussi que le contrat soit muet à ce sujet, mais que le distributeur soit incité à effectuer de telles dépenses ; p.ex., le distributeur peut se trouver dans une situation de réelle dépendance vis-à-vis du fournisseur si ce dernier est en mesure de résilier le contrat à bref délai (par crainte de voir son contrat résilié pour son prochain terme, le distributeur n'a pratiquement guère de choix lorsque le fournisseur lui demande d'engager certains frais). Plus généralement, le distributeur peut être amené à faire des investissements importants pour développer la promotion des produits, dans l'espoir de bénéficier ensuite d'un retour sur investissement.

Si le concédant (fournisseur) résilie le contrat en conformité avec les dispositions de celui-ci (résiliation ordinaire avec préavis) ou si le contrat prend fin (contrat de durée déterminée), le distributeur supporte normalement le risque de n'avoir pas encore pu amortir à ce moment les investissements qu'il avait consentis pour développer son activité selon le contrat.

Toutefois, il est possible que le fournisseur ait incité le concessionnaire à effectuer des investissements importants, spécifiques à la distribution des produits contractuels, et ensuite qu'il résilie le contrat – pour reprendre lui-même la distribution ou pour la confier à un tiers – alors que le distributeur n'a pu amortir ces investissements. Si le contrat vient à être résilié dans de telles circonstances, en particulier, on doit examiner si une telle résiliation a été opérée conformément aux règles de la bonne foi, et si le concédant peut le cas échéant être tenu d'indemniser le distributeur.

Ce problème n'est assurément pas nouveau, mais il nous est apparu que la littérature consacrée à ce sujet a évolué significativement au cours de ces dernières années, ce qui justifie de faire le point sur cette question.

**Avocat, professeur associé à l'Université de Lausanne*

B. Les contrats concernés par la problématique

On peut distinguer différents types d'accords de distribution (agence, contrat de distribution exclusive, franchise, en particulier)¹. Par la suite, nous laisserons de côté les contrats d'agence, qui font l'objet d'une réglementation légale et pour lesquels la problématique de la protection des investissements paraît moins aiguë que pour les distributeurs et les franchisés.

Les contrats de distribution exclusive (ou de concession de vente exclusive) sont des contrats innomés par lesquels l'une des parties, le fournisseur (ou concédant) accorde à l'autre partie (le distributeur, ou concessionnaire) le droit exclusif de revendre ses produits dans un certain territoire ; en contrepartie, le distributeur doit y promouvoir la distribution des produits². Ces accords sont considérés comme étant des contrats *sui generis*, qui possèdent certains éléments d'un contrat de vente et ceux d'un contrat d'agence, ainsi que d'autres éléments³. Au contraire des contrats d'agence, le contrat de distribution est caractérisé par le fait que le distributeur achète et revend les produits en son nom et pour son propre compte⁴. Le Tribunal fédéral l'a résumé ainsi : « Dans le contrat dit de représentation exclusive, le représentant 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 »⁵. On relèvera toutefois que si le concessionnaire est bel et bien un commerçant indépendant d'un point de vue juridique, il est fréquent en pratique qu'il soit hautement intégré au réseau de vente du fournisseur et que son indépendance soit largement réduite, notamment en ce qui concerne la manière dont il entend conduire la distribution des produits⁶. Par conséquent, il peut être amené par le fournisseur à opérer certains investissements importants, spécifiques à cette relation contractuelle (et qui ne peuvent donc être amortis autrement), et si le fournisseur résilie ensuite le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas être amortis, la question d'une éventuelle indemnisation va se poser.

Les contrats de distribution sélective, comme ceux de distribution exclusive, comportent aussi une concession de vente, mais qui n'est pas exclusive. En outre, le distributeur doit satisfaire à certaines conditions pour être agréé : selon les cas, il sera requis du distributeur qu'il aménage son point de vente d'une certaine façon et selon certaines caractéristiques, qu'il offre certaines prestations de conseil à la clientèle, ainsi qu'un service après-vente, etc.⁷. De son côté, le fournisseur⁸ n'approvisionnera que les revendeurs qui remplissent les mêmes conditions, de manière à n'écouler ses produits que par l'intermédiaire du réseau formé par les revendeurs agréés. Pour la problématique traitée ici, les contrats de distribution sélective peuvent soulever les mêmes questions et appeler les mêmes réponses que les contrats de distribution exclusive.

¹ Cf. LA SPADA, La typologie des accords de distribution, in: Gilliéron / Ling (éd.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, p. 3 ss.

² LA SPADA (note 1), p. 15; BENEDICT, Le contrat de concession de vente exclusive, thèse Lausanne 1975, p. 17, p.ex.

³ AMSTUTZ/SCHLUEP, in: Obligationenrecht I, in: Honsell/Vogt/ Wiegand (éd.), Basler Kommentar, 4^{ème} éd., Bâle 2007, Einl. vor Art. 184 ff. n. 134.

⁴ LA SPADA (note 1), p. 17; AMSTUTZ/SCHLUEP (note 3), Einl. vor Art. 184 ff. n. 135.

⁵ ATF 88 II 169, JT 1963 I 88.

⁶ Dans l'ATF 134 III 497, le Tribunal fédéral a reconnu que la pratique s'écartait considérablement de cet « archétype », et c'est d'ailleurs ce qui l'a conduit à admettre la possibilité d'accorder une indemnité de clientèle au distributeur.

⁷ Cf. not. LA SPADA (note 1), p. 20 ss.

⁸ Qui peut être un distributeur exclusif, sous contrat avec le producteur.

Les contrats de franchise peuvent aussi comprendre une concession de vente de produits, mais l'opération peut également porter sur des services : dans ces contrats, le concédant (franchiseur) accorde au franchiseé le droit d'utiliser son nom commercial, sa marque, ou son enseigne, ainsi qu'un certain savoir-faire relatif à la manière dont les produits ou services doivent être commercialisés. Le franchiseé est tenu de respecter les directives du franchiseur concernant la vente des produits ou services, de sorte que leur commercialisation soit effectuée dans le respect d'un concept uniforme⁹. Il s'agit aussi de contrats innomés *sui generis*¹⁰. Les questions relatives à la protection des investissements qui n'ont pu être amortis avant la résiliation se posent aussi pour le franchiseé : pour se conformer au concept uniforme du franchiseur, le franchiseé est très souvent amené à consentir des investissements spécifiques à la franchise, lesquels ne peuvent pas être amortis en dehors de cette relation d'affaires puisqu'ils sont spécifiques.

Cette problématique n'est pas nécessairement propre aux contrats de distribution : elle peut se rencontrer pour tous les contrats de durée dans lesquels l'une des parties est amenée à consentir des dépenses substantielles spécifiques au développement de la relation contractuelle. En particulier, un licencié peut être amené à faire des investissements considérables en vue de la production et de la commercialisation des produits sous licence, et il peut arriver que son contrat soit résilié avant leur amortissement. Toutefois, la problématique paraît plus aiguë dans les contrats de distribution, parce que le fournisseur cherche souvent à intégrer le distributeur dans son organisation de vente et donc à lui faire engager certaines dépenses – tandis que dans les contrats de licence (du moins lorsqu'ils portent sur une technologie), le licencié décide lui-même des investissements qu'il va effectuer, sans interférence de la part du donneur. Dans les contrats de distribution en revanche, il est plus fréquent que le distributeur soit incité par le fournisseur à investir pour développer la relation contractuelle. Dans ce cas-là, si le distributeur se fait ensuite retirer la distribution des produits, la question d'une indemnisation pour compenser la part non amortie de ces investissements se pose avec une acuité toute particulière.

C. Fondements juridiques d'une protection des investissements faits par le distributeur

Les accords de distribution peuvent être conclus pour une durée déterminée (durée fixe, le contrat prenant fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé) ou pour une durée indéterminée (le contrat prend alors fin moyennant une résiliation avec un certain préavis). Sous réserve des règles du droit de la concurrence¹¹, les parties sont libres de définir la durée de leur accord

⁹ Cf. not. LA SPADA (note 1), p. 25 ss.

¹⁰ A moins que dans le cas particulier, le franchiseé ne soit une personne physique obligée de suivre les directives du franchiseur au point que l'on devrait considérer qu'il s'agit alors d'un contrat de travail : ATF 118 II 157, JT 1993 I 648.

¹¹ En ce qui concerne le droit de la concurrence, il est rappelé que la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (du 21 octobre 2002) dispose qu'en règle générale, des clauses se rapportant à la résiliation des contrats affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsque la résiliation n'est pas justifiée par écrit et que les modalités de résiliation suivantes ne sont pas respectées:

- a) un accord conclu pour une durée d'au moins cinq ans; dans ce cas, chaque partie doit s'engager à notifier à l'autre partie au moins six mois à l'avance son intention de ne pas renouveler l'accord;
- b) pour les contrats de durée indéterminée, le délai de résiliation doit être d'au moins deux ans;
- c) pour les contrats de durée indéterminée, ce délai peut-être ramené à un an au moins, lorsque:

ainsi que les règles relatives à sa résiliation (ordinaire)¹². En ce qui concerne le délai de résiliation, un délai de six mois est généralement considéré comme étant approprié, du moins pour les accords qui ont duré plus d'un an¹³.

Si l'accord de distribution est résilié par le fournisseur en application des règles contractuelles relatives à la résiliation ordinaire du contrat (résiliation avec un certain préavis), ou s'il n'est pas renouvelé (contrat conclu pour une durée déterminée, sans clause de reconduction tacite), il est possible que le distributeur n'ait pas encore amorti ses investissements à ce moment.

En soi, il s'agit d'un risque qui doit normalement être supporté par le distributeur. Tel est le principe.

Il est cependant admis en doctrine que la résiliation – même opérée conformément aux dispositions contractuelles – puisse être faite contrairement aux règles de la bonne foi. Selon une approche, l'exercice du droit de résiliation, comme celui de n'importe quel droit formateur, peut être abusif au sens de l'art. 2 al. 2 CC (ci-dessous section I). Une autre approche peut être construite sur la base de la responsabilité du fait de la confiance créée: la résiliation opérée contrairement aux règles de la bonne foi peut générer une responsabilité à raison des attentes légitimes qui ont été suscitées auprès du partenaire (ci-dessous section II). Enfin, il a été soutenu – en particulier pour les accords de distribution tels que les contrats de franchise et les accords similaires – que le distributeur peut avoir un droit à une compensation pour les investissements qu'il a effectués lorsqu'ils ont été induits par le fournisseur, du moins si la résiliation est intervenue contrairement aux règles de la bonne foi (ci-dessous section III).

I. Résiliation abusive

1. Application de l'art. 2 al. 2 CC

Même lorsque la résiliation est opérée conformément aux règles contractuelles applicables, en respectant le préavis convenu, il est maintenant largement admis qu'elle puisse être abusive.

Plus généralement, comme tout droit formateur, la résiliation est soumise aux principes généraux du droit, et notamment à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)¹⁴. Le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue dans une affaire concernant un contrat de licence¹⁵.

i) le fournisseur d'automobiles est tenu de verser en application de dispositions légales ou d'une convention particulière une indemnité appropriée, ou que

ii) le fournisseur d'automobiles résilie l'accord en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau.

¹² La résiliation pour justes motifs, elle, est relativement impérative en ce sens que si des justes motifs sont réalisés, la résiliation du contrat est possible quoi que prévoie le contrat à ce sujet : VENTURI – ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse Fribourg 2007, p. 327.

¹³ ATF 107 II 217, JT 1982 I 67. A notre avis, ces règles ne sont pas impératives: les parties peuvent se mettre d'accord sur un préavis différent, qu'il soit plus court ou plus long : CHERPILLOD, La fin des accords de distribution, in: Gilliéron/Ling, (éd.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, p. 196.

¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9^{ème} éd., Zurich 2008, n. 152, p. 31; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Zurich 2008, p. 1191.

¹⁵ ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482: "la disdetta è un diritto formatore (Gestaltungsrecht) che concede a una parte contrattuale la possibilità di modificare unilateralmente la situazione giuridica dell'altra (parte), senza la sua partecipazione (...). Di principio, essa esplica i suoi effetti solamente se non risulta in contrasto con le

Les règles relatives au contrat de travail contiennent des dispositions spéciales à ce sujet (art. 336 ss CO, qui prévoient que la résiliation peut être abusive p.ex. si elle est donnée pour des motifs inhérents à la personnalité du travailleur; dans ce cas, la résiliation est valable, mais ouvre la voie au paiement d'une indemnité, qui ne peut cependant excéder l'équivalent de six mois de salaire¹⁶). Ces règles doivent être considérées comme étant spécifiques au contrat de travail et ne peuvent être appliquées par analogie à un contrat de distribution¹⁷.

En ce qui concerne les accords de distribution exclusive, il a été expressément admis que le droit de résilier le contrat est soumis à la limite générale de l'interdiction de l'abus de droit¹⁸. La même opinion se retrouve à propos des contrats de franchise¹⁹.

Ces auteurs ne donnent généralement pas davantage d'indications sur les circonstances dans lesquelles une résiliation peut être abusive. Il a cependant été affirmé, à propos des contrats de franchise, que la résiliation pourrait être abusive soit sous l'angle du *venire contra factum proprium*, soit en cas de disproportion flagrante entre les intérêts en présence : sous l'angle du *venire contra factum proprium*, la résiliation serait abusive lorsque le franchiseur a induit le franchisé à effectuer certains investissements, p.ex. en lui prescrivant la construction de certains entrepôts, l'aménagement de locaux d'exposition ou l'acquisition de certaines machines, qui ne peuvent être amortis en dehors de la relation contractuelle, et que le franchiseur déçoit ensuite la confiance ainsi créée en résiliant le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas être amortis, causant de la sorte un dommage au franchisé ; par ailleurs, toujours selon cette opinion, il y aurait une disproportion flagrante des intérêts en présence lorsque l'existence économique du franchisé serait hautement menacée, sans que le franchiseur ne puisse justifier la résiliation par des intérêts équivalents²⁰.

2. Conséquences d'une résiliation abusive

Les auteurs précités sont avares de précisions sur les conséquences d'une résiliation abusive. On doit admettre qu'une telle résiliation n'est pas valable²¹, et que des dommages-intérêts peuvent être réclamés²².

regole della buona fede (art. 2 CC) e, in caso di una disdetta anticipata, se vi è un motivo grave suscettibile di giustificirla".

¹⁶ Mais la résiliation est valable: ATF 118 II 157, JT 1993 I 648.

¹⁷ A moins qu'il ne faille considérer le distributeur comme un simple travailleur dans le cas particulier, ce qu'avait admis le Tribunal fédéral dans un cas concernant un contrat de franchise : ATF 118 II 157, JT 1993 I 648.

¹⁸ BÉNÉDICT (note 2), p. 67 ; MEYER, Der Alleinvertrieb, 2^{ème} éd. St-Gall 1992, p. 282.

¹⁹ AMSTUTZ/SCHLUEP (note 3), Einl. vor Art. 184 ff. n. 171. SCHULTHESS, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1975, p. 200. Cf. ég. BAUDENBACHER, Die Behandlung des Franchisevertrags im schweizerischen und im europäischen Recht, in: E. Kramer (éd.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2^{ème} éd., Berne, Stuttgart et Vienne 1992, p. 383 ss.

²⁰ WILDHABER, Franchising im internationalen Privatrecht, thèse St-Gall 1991, p. 105 ss. Un exemple est également donné par BÉNÉDICT (note 2), p. 67: « *L'exemple typique d'abus du droit de non-renouvellement est celui du concédant qui obtient du concessionnaire qu'il transforme et agrandisse ses magasins d'exposition sous la promesse tacite d'une longue et fructueuse collaboration et qui, l'année suivante, ne renouvelle pas le contrat ou le résilie en respectant les délais prévus* ».

²¹ AMSTUTZ/SCHLUEP (note 3), Einl. vor Art. 184 ff. n. 171: „*Auch eine fristgerechte Kündigung zeitigt Wirkungen nur unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. II, Abs. 2 ZGB)*“. Cf. ég. ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482: la résiliation est effective à moins qu'elle n'ait été faite en violation des règles de la bonne foi (art. 2 CC) ; cela signifie *a contrario* que la résiliation n'est pas valable si elle est abusive.

²² SCHULTHESS (note 19), p. 200.

Si la résiliation n'est pas valable, le contrat reste en vigueur, au moins en théorie²³.

a. comparaison avec une résiliation immédiate injustifiée

L'absence de validité d'une résiliation abusive autorise une comparaison avec une résiliation immédiate injustifiée. A moins que la loi n'en dispose autrement²⁴, la résiliation immédiate injustifiée ne met pas fin au contrat²⁵. Par conséquent, l'exécution en nature²⁶ ou des dommages-intérêts peuvent être réclamés (dommage correspondant à l'intérêt positif). Le montant des dommages-intérêts est calculé de sorte à replacer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de résiliation injustifiée. En d'autres termes, le dommage correspond à l'intérêt à l'exécution du contrat jusqu'à son terme normal (si le contrat était conclu pour une durée déterminée) ou jusqu'à la date à laquelle il aurait pris fin suite à une résiliation opérée en application des règles sur la résiliation ordinaire (contrat pour une durée indéterminée)²⁷.

En cas de résiliation immédiate injustifiée, le droit de réclamer des dommages-intérêts positifs a parfois été déduit des règles relatives au contrat de travail²⁸. Il peut aussi être basé sur les art. 97 et suivants CO, plus précisément sur les art. 107 à 109²⁹. Cependant, les art. 107 à 109 CO ne sont guère adaptés aux contrats de durée, dans la mesure où ils prévoient un effet *ex tunc* (selon l'art. 107 CO, si le créancier renonce à demander l'exécution du contrat, l'obligation du débiteur est transformée en une obligation de payer des dommages-intérêts ; et si le contrat est résolu en application de l'art. 109 CO, la résolution transforme le contrat en une obligation contractuelle de restituer ce qui a déjà été reçu en exécution du contrat³⁰) : toutefois, dans les contrats de durée, il n'est normalement pas possible de restituer ce qui a déjà été reçu après que le contrat a déjà connu un début d'exécution, et c'est pourquoi il a été suggéré de remplacer l'effet *ex tunc* par un effet *ex nunc* (avec effet pour l'avenir seulement)³¹; en d'autres termes, les art. 107 et 109 CO s'appliqueraient avec effet *ex nunc* ; en particulier, la résolution (art. 109) serait transformée en une résiliation *ex nunc*.

²³ ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482. WILDHABER (note 20), p. 107, déclare aussi que la résiliation abusive est dénuée d'effets, mais se demande si sous l'angle de l'art. 2 al. 2 CC, la seule sanction d'une résiliation abusive ne serait pas l'action en dommages-intérêts ; mais cet auteur admet finalement (p. 108) la possibilité d'un choix entre l'action en exécution du contrat et l'action en dommages-intérêts pour résiliation abusive.

²⁴ Comme c'est le cas p.ex. pour l'art. 337c CO pour les contrats de travail.

²⁵ ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482.

²⁶ Cf. VENTURI-ZEN-RUFFINEN (note 12), p. 436 ss.

²⁷ Cf. p.ex. VENTURI-ZEN-RUFFINEN (note 12), p. 443, avec renvoi à p. 426.

²⁸ RVJ 2003, 288 (Valais, Tribunal cantonal).

²⁹ Selon de nombreux auteurs (cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 14), p. 107), l'art. 97 CO traite des cas dans lesquels l'exécution du contrat est fautivement devenue impossible, et les art. 107 à 109 traitent du retard dans l'exécution. Puisque l'exécution du contrat demeure possible en cas de résiliation immédiate injustifiée, on devrait appliquer les art. 107 à 109 CO et non l'art. 97.

³⁰ ATF 132 III 233, JT 2007 I 445.

³¹ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 14), p. 132. Le Tribunal fédéral a suivi ce point de vue dans les ATF 114 II 158, JT 1988 I 528 („Dass durch den Rücktritt nicht sämtliche Wirkungen beseitigt werden, dem Vertrag vielmehr noch nachher bestimmte Wirkungen zuzuerkennen sind, erhellt insbesondere aus dem Rücktritt *ex nunc* bei Dauerverträgen und dem Teilrücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen“), ATF 123 III 127, JT 1998 I 298 (concernant un bail: „Dabei tritt im Dauerschuldverhältnis, wie die Miete eines darstellt, an die Stelle des Rechts zum Vertragsrücktritt dasjenige zur Vertragskündigung“) et ATF 129 III 329, JT 2003 I 339 (en ce qui concerne l'invalidation pour dol selon l'article 28 CO : „Die Behandlung der Anfechtung eines ganz oder teilweise bereits abgewickelten Dauerschuldverhältnisses als ausserordentliche Kündigung *ex nunc* bedeutet im Grundsatz, dass sie nicht zurückwirkt und der abgewickelte Teil des Vertrags als voll gültig erachtet wird, was für die abgelaufene Vertragsdauer im Synallagma die parteiunabhängigen Ansprüche unberührt lässt (...). Im Ergebnis führt die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der Irrtumsanfechtung kaum zu ändern Lösungen als die Annahme einer Vertragsbeendigung durch Kündigung“).

L'application des art. 107 et suivants CO aux contrats de durée conduit aux résultats suivants. Puisque la partie qui déclare résilier le contrat (avec effet immédiat, sans justes motifs) déclare par là même qu'elle ne va plus exécuter le contrat (comme le montre la déclaration selon laquelle le contrat est résilié), l'autre partie peut réclamer des dommages-intérêts pour inexécution : le droit de réclamer l'exécution du contrat est transformé en une demande de dommages-intérêts (art. 107 al. 2 CO), sans qu'il soit normalement nécessaire pour l'autre partie de fixer un délai pour l'exécution du contrat, puisque la fixation d'un tel délai aurait été inutile précisément parce que la partie qui déclare résilier le contrat avec effet immédiat, sans justes motifs, manifeste par là même sa volonté de ne plus exécuter ses obligations (cas d'application de l'art. 108 al. 1 CO). Les dommages-intérêts qui peuvent être réclamés à cet égard correspondent à l'intérêt positif et comprennent en particulier le gain manqué. Alternativement, l'autre partie pourrait résoudre le contrat (art. 109) avec effet *ex nunc* et réclamer des dommages-intérêts correspondant à l'intérêt négatif.

Sous l'angle des dommages-intérêts, que l'on applique les art. 97 et suivants CO ou les règles du droit du travail relatives à la résiliation immédiate injustifiée, l'on parvient toujours au même résultat : sous réserve d'une éventuelle résolution avec effet *ex nunc* (et des dommages-intérêts correspondant à l'intérêt négatif), la résiliation immédiate injustifiée permet de réclamer des dommages-intérêts positifs correspondant à l'exécution du contrat jusqu'à son terme ordinaire ou jusqu'au prochain terme utile.

L'action en exécution du contrat demeure réservée. Elle n'est exclue que dans l'hypothèse de prestations strictement personnelles³². En pratique, il faudra qu'elle soit ordonnée d'abord à titre provisionnel³³, sans quoi elle ne présente plus d'intérêt en principe³⁴.

b. dommages-intérêts en cas de résiliation abusive

Il est rappelé que le contrat qui aurait été abusivement résilié (tout en observant les dispositions relatives à la résiliation ordinaire) doit être considéré comme étant toujours en vigueur (au moins théoriquement). Etant toujours en vigueur, l'autre partie peut demander son exécution en nature ou sous forme de dommages-intérêts. Là aussi, cette solution est fondée soit sur les règles relatives à la résiliation injustifiée des contrats de durée soit sur les art. 107 et suivants CO.

Mais en cas de résiliation ordinaire qui serait déclarée sans effet parce qu'abusive, la question qui se pose alors est celle de savoir jusqu'à quand le contrat restera en vigueur (dans l'éventualité d'une action en exécution) ou jusqu'à quand l'intérêt (positif) à son exécution peut être réclamé.

³² Prestations d'un artiste ou d'un sportif : VENTURI – ZEN-RUFFINEN (note 12), p. 419.

³³ Admis par l'ATF 125 III 451 c. 3, JT 2000 I 165. Rien ne fait obstacle à ce que l'exécution d'un contrat de distribution soit ordonnée par voie de mesures provisionnelles, malgré les avis contraires de quelques auteurs qui pensent que la confiance ne peut être rétablie à coup d'ordonnances : voir les auteurs cités par VENTURI – ZEN-RUFFINEN (note 12), p. 421 ; cette dernière s'oppose à juste titre à cet argument (il incombe à la partie lésée de choisir les voies de droit qu'elle veut exercer, et la menace du 292 CP peut suffire à ramener l'autre partie sur la voie de la raison ; et si la partie à laquelle l'injonction est destinée ne la respecte pas, ou fait des difficultés qui rendent insupportable la poursuite des relations contractuelles, la partie lésée peut alors opter pour une résiliation pour justes motifs et réclamer ensuite des dommages-intérêts).

³⁴ VENTURI – ZEN-RUFFINEN (note 12), p. 424.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un accord conclu pour une durée indéterminée qui serait résilié conformément à ses dispositions relatives à la résiliation ordinaire (avec un préavis de quelques mois), il n'est pas possible de calculer l'intérêt positif par référence à la date à laquelle le contrat aurait normalement pris fin : au contraire d'une résiliation immédiate sans justes motifs, on se trouve ici dans une hypothèse où le préavis de résiliation ordinaire a été respecté. Comment doit-on calculer l'intérêt à l'exécution dans un cas de résiliation abusive?

Si la résiliation était par hypothèse abusive parce que l'autre partie avait été amenée par le fournisseur à faire des investissements substantiels en vue du développement de la relation contractuelle et si ces investissements n'avaient pas pu être amortis au moment de la résiliation, il en découle que le contrat aurait dû se poursuivre jusqu'à ce que la résiliation ait pu être effectuée sans être abusive. Par conséquent, l'intérêt positif devrait couvrir la période entre le moment où la résiliation abusive aurait dû produire effet et le moment où la résiliation aurait pu déployer ses effets sans être abusive³⁵. Ce moment devrait être déterminé par référence à la durée qui aurait été nécessaire à l'amortissement des investissements en cause, précisément parce que le caractère abusif de la résiliation réside dans le fait que la partie qui a résilié le contrat a amené l'autre partie à effectuer des investissements substantiels et spécifiques qui n'auraient pu être amortis que par une poursuite des relations contractuelles. L'intérêt positif correspondrait donc à l'intérêt de la partie lésée à poursuivre l'exécution du contrat au moins jusqu'à ce qu'il lui aurait été possible d'amortir ces investissements. Ainsi, l'intérêt positif comprendrait la part de ces investissements qui ne pouvait pas être amortie à la date à laquelle la résiliation ordinaire (mais abusive) devait prendre effet.

Toutefois, l'intérêt positif comprend normalement le gain manqué. A cet égard, on pourrait se demander si la période de référence pour le calcul des dommages-intérêts devrait s'étendre au-delà du moment auquel les investissements auraient pu être amortis, de façon à inclure un bénéfice manqué. Mais la question serait alors celle de savoir pendant combien de temps le contrat aurait dû se poursuivre : une durée "raisonnable", pour permettre des profits "normaux" ? Manifestement, une telle période "raisonnable" serait pratiquement impossible à définir. Le juge qui serait confronté à cette question pourrait être tenté de juger en équité le montant du gain manqué, mais on compenserait alors un dommage abstrait, ce qui pourrait ne pas être conforme aux principes du droit suisse en matière de calcul du dommage³⁶.

Par conséquent, le calcul de la compensation due en cas de résiliation abusive doit se faire par référence à la date à laquelle les investissements en cause auraient pu être amortis, et non par rapport à une date ultérieure.

Il en résulte que la compensation de l'intérêt positif comprendra au minimum la part non amortie des investissements en question.

Mais si ces investissements (ceux que le distributeur a été amené à consentir après y avoir été induit par le fournisseur) comprennent des biens qui doivent être amortis sur une certaine durée (selon les principes comptables), il est alors possible de considérer que le contrat aurait dû se poursuivre jusqu'à la date de leur amortissement complet. Dans ce cas de figure, la

³⁵ Voir CHERPILLOD, *La fin des contrats de durée*, Lausanne 1988, p. 38.

³⁶ Cf. p.ex. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 737.

compensation pourrait aussi inclure un gain manqué : les profits qui auraient pu être réalisés jusqu'à cette date font partie de l'intérêt positif³⁷.

Toutefois, comme on le verra, les notions d'investissement et d'amortissement ne sont pas celles des principes comptables : la compensation allouée au distributeur peut comprendre des dépenses qui ne correspondent pas à des biens d'investissement faisant l'objet d'un amortissement au sens des principes comptables³⁸ ; par conséquent, il n'existe pas toujours de durée d'amortissement à laquelle on pourrait se référer. Dans un tel cas, faute de pouvoir délimiter une durée pendant laquelle le contrat aurait dû se poursuivre (en fonction d'une durée d'amortissement), la compensation devrait se limiter aux dépenses consenties en vain³⁹.

II. Responsabilité du chef de la confiance créée

1. Conditions de la responsabilité

Il est rappelé que l'existence d'une responsabilité du chef de la confiance créée a été reconnue en droit suisse : une partie peut être responsable, même en l'absence de tout contrat, si elle a suscité chez l'autre partie des attentes légitimes, qui soient suffisamment concrètes et déterminées, et si elle déçoit ensuite la confiance que l'autre partie a fondée sur ces attentes⁴⁰. Il s'agit maintenant d'une jurisprudence bien établie⁴¹.

Tandis que la majeure partie de la doctrine propose d'appliquer l'art. 2 al. 2 CC à une résiliation qui serait abusive, une autre approche basée sur la responsabilité du chef de la confiance créée a été suivie. Selon cette approche, si le fournisseur a amené le distributeur à consentir des investissements substantiels et spécifiques et résilie ensuite le contrat à un moment où ils ne pouvaient pas être amortis, le distributeur pourrait réclamer des dommages-intérêts si les conditions de la responsabilité du chef de la confiance créée sont remplies⁴²: « *si*

³⁷ WILDHABER (note 20), p. 108/9 ; STEIN-WIGGER, Die Beendigung des Franchise-Vertrages, thèse Bâle 1999, p. 324 (avec référence à des auteurs allemands), et, du même auteur, Der Investitionsersatzanspruch des Franchise-Nehmers, AJP/PJA 2000, 1092.

³⁸ P.ex., des dépenses de publicité peuvent faire partie du dommage qui doit être compensé en cas de résiliation abusive ; or de telles dépenses ne sont en principe pas amorties sur une certaine durée, mais intégralement passées en compte de pertes et profits.

³⁹ On reviendra sur cette question ci-après sous D IV. Alternativement, en lieu et place de l'intérêt positif, on pourrait admettre la compensation de l'intérêt négatif en cas de résiliation abusive. L'intérêt négatif est généralement défini comme étant l'intérêt à être replacé dans la situation qui aurait existé si le contrat n'avait pas été conclu : dépenses faites en vain pour l'exécution du contrat, frais de liquidation, gain qui aurait pu être réalisé dans le cadre d'une autre affaire à laquelle on a dû renoncer parce que l'on était lié par le contrat, en particulier : ENGEL (note 36), p. 734 ss. Cependant, lorsqu'un contrat de durée a déjà fait l'objet d'un début d'exécution pendant un certain temps, l'intérêt négatif devrait alors se rapporter aux investissements faits en vain pour l'exécution future du contrat : CHERPILLOD (note 35), p. 164. Par conséquent, l'intérêt négatif se confondrait en ce cas avec la part non amortie des investissements consentis en vain (investissements spécifiques à ce contrat et qui ne peuvent être amortis autrement). Sa compensation devrait donc aboutir au même résultat que celle de l'intérêt positif, à moins que dans l'hypothèse considérée, la réparation du dommage positif ne puisse comprendre un gain manqué (hypothèse dans laquelle la période de référence pour le calcul des dommages-intérêts pourrait être définie en fonction de la date du plein amortissement de certains biens d'investissements).

⁴⁰ ATF 130 III 345, JT 2004 I 207.

⁴¹ Même arrêt, avec les références citées.

⁴² CHERPILLOD (note 13), p. 197/8: « *Il est en soi concevable que l'exercice d'un droit de résiliation constitue un abus de droit (art. 2 CC). Toutefois, l'exercice d'un tel droit ne saurait en principe être abusif, dès lors que le congé peut être donné pour n'importe quelle raison, et même sans raison (sous réserve des règles particulières au contrat de travail). Ainsi, les motifs de la partie qui résilie ne sauraient normalement jouer aucun rôle. Il a*

une partie pousse son partenaire à faire certains investissements spécifiques qui ne peuvent être amortis que par une collaboration durable, elle lui fait croire qu'une relation durable va s'instaurer et peut faire naître chez elle des "attentes déterminées" au sens de la jurisprudence relative à la responsabilité du chef de la confiance créée ; et si cette partie déçoit de telles attentes en résiliant le contrat de manière contraire à la bonne foi, les conditions de la responsabilité devraient être réunies. Encore faut-il qu'il s'agisse d'investissements spécifiques à la relation entre parties et qu'ils ne puissent être amortis autrement que par la poursuite des relations contractuelles (des investissements susceptibles d'être amortis autrement que par la poursuite du contrat ne peuvent être mis en relation avec l'attente qu'une collaboration durable allait s'instaurer) »⁴³.

La doctrine qui veut appréhender cette problématique sous l'angle de l'exercice abusif d'un droit formateur (la résiliation) méconnaît à notre sens que la même situation peut se rencontrer dans l'hypothèse d'un contrat de durée déterminée : le fournisseur peut également inciter le distributeur à consentir d'importants investissements (spécifiques) en lui faisant implicitement miroiter la possibilité d'un renouvellement du contrat, et décevoir ensuite cette attente. Dans ce cas, on ne se trouve pas en présence d'un droit formateur qui aurait été exercé abusivement : le fournisseur ne résilie pas le contrat, mais le laisse simplement venir à échéance. La situation demeure cependant tout à fait comparable (le comportement du fournisseur est par hypothèse le même) et devrait donc appeler l'application des mêmes règles (puisque'il paraît bien difficile de considérer qu'il y aurait abus de l'exercice d'un droit formateur, dans l'hypothèse d'un contrat de durée déterminée que le fournisseur laisse venir à échéance alors qu'il avait suscité l'espoir légitime qu'il serait renouvelé)⁴⁴.

Le Tribunal fédéral considère que la responsabilité du chef de la confiance créée s'applique en l'absence de contrat entre parties⁴⁵. Si les parties sont liées par un contrat, c'est à ce dernier qu'il incombe de définir leurs droits et obligations. En particulier, dans les accords qui ne constituent pas des contrats de durée, les droits et obligations des parties seront définies par le contrat, ce qui ne devrait normalement laisser aucune place à des devoirs qui n'y trouveraient

cependant été soutenu qu'un abus de droit puisse exister lorsqu'une partie résilie le contrat peu de temps après avoir exigé et obtenu de l'autre qu'elle consente à d'importants investissements en vue d'une collaboration durable. Mais dès lors que la résiliation est faite conformément à l'accord contractuel, il paraît difficile d'y avoir un abus de droit. D'ailleurs, dans l'hypothèse considérée, ce qui rend la résiliation choquante, ce n'est ni la résiliation en elle-même, ni la brièveté du délai de préavis, mais bien plutôt le fait que la partie qui résilie avait auparavant poussé l'autre à faire certains investissements en vue d'une collaboration durable. D'ailleurs, la même situation peut se présenter dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée, qui prend fin automatiquement. Nous considérons donc que ce qui pourrait fonder une responsabilité de la partie qui résilie n'est pas un abus du droit de résilier, mais plutôt le fait d'avoir provoqué certaines attentes chez le partenaire contractuel, puis de les avoir déçues sans motif justifié. Autrement dit, il s'agirait d'un cas de responsabilité pour la confiance créée ». Voir aussi TERCIER/FAVRE (note 14), p. 1216: « une indemnité devrait également pouvoir être réclamée au franchiseur si le franchisé a effectué des investissements sur la base des attentes créées par le franchiseur, qu'il n'a pas encore amorti ses investissements au moment de la fin effective du contrat et que ceux-ci sont spécifiques à la relation contractuelle ; l'indemnité devrait couvrir la partie non amortie de ces investissements. L'opinion majoritaire y voit une application particulière de l'article 2, ch. II CC ».

⁴³ CHERPILLOD (note 13), p. 198. Cette opinion a été reprise dans l'arrêt RVJ 2003, 288 (Valais, Tribunal cantonal).

⁴⁴ Sauf à soutenir qu'il y aurait alors abus du droit de ne pas renouveler le contrat, comme le fait BENEDICT (note 2), p. 67 : « L'exemple typique d'abus du droit de non-renouvellement est celui du concédant qui obtient du concessionnaire qu'il transforme et agrandisse ses magasins d'exposition sous la promesse tacite d'une longue et fructueuse collaboration et qui, l'année suivante, ne renouvelle pas le contrat ou le résilie en respectant les délais prévus », mais il paraît difficile d'y voir l'abus d'un droit formateur.

⁴⁵ ATF 130 III 345, JT 2004 I 207: „Es handelt sich dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs bildet“.

aucune assise – sous réserve des devoirs précontractuels (*culpa in contrahendo*). Cependant, il faut souligner que la situation est différente dans un contrat de durée : même si le contrat définit les droits et obligations des parties, il est possible que l'une d'entre elles suscite des attentes déterminées chez son partenaire contractuel pendant l'exécution du contrat et qu'elle les déçoive ensuite : au cours de la durée du contrat, il est possible que surviennent des comportements qui n'ont pas fait l'objet d'une réglementation contractuelle. Par conséquent, l'existence d'un contrat, surtout d'un contrat de durée, laisse la place à des devoirs qui ne découlent pas directement du contrat, mais qui sont fondés sur les règles de la bonne foi. De plus, si les conditions de la responsabilité du chef de la confiance créée sont remplies, parce que des attentes déterminées ont été suscitées puis déçues, le fait que les parties soient liées par un contrat ne peut pas signifier, logiquement, que ce comportement resterait sans conséquences, simplement parce que les parties auraient conclu un contrat ! Si les conditions de la responsabilité pour la confiance créée sont remplies, cela signifie que l'une des parties a violé les règles de la bonne foi. Le fait qu'un contrat existe entre parties ne constitue donc pas une raison suffisante pour faire échec à une responsabilité du chef des attentes légitimes qui ont été suscitées.

Il est toutefois possible de considérer, puisque les parties sont liées par un contrat, que cette violation des règles de la bonne foi ne doit pas relever de la responsabilité du chef de la confiance créée mais qu'elle doit être traitée comme celle d'un devoir contractuel implicite (découlant des règles de la bonne foi) : il s'agirait d'une "violation positive du contrat"⁴⁶.

Faut-il alors appliquer les règles sur la responsabilité pour la confiance créée, ou considérer que l'on est en présence d'une violation positive du contrat ? Les conditions de la responsabilité seront les mêmes dans les deux cas (violation des règles de la bonne foi, en ayant suscité certaines attentes légitimes et en décevant ensuite la confiance ainsi créée). Dans les deux cas, la violation de ces règles de la bonne foi ouvrira la voie à des dommages intérêts. Toutefois, en l'état de la jurisprudence sur la responsabilité du chef de la confiance, la réparation ne peut comprendre que celle de l'intérêt négatif⁴⁷, tandis qu'une violation positive du contrat permettra la compensation de l'intérêt positif.

Si l'on admet que l'existence d'un contrat ne laisse aucune place à l'application des règles relatives à la responsabilité fondée sur la confiance, et si l'on considère que la responsabilité doit être de nature contractuelle lorsque les parties sont liées par un contrat, y compris lorsque les causes de cette responsabilité doivent être recherchées dans la violation des règles de la bonne foi, le fait d'avoir amené son partenaire contractuel à consentir des investissements substantiels et spécifiques, faisant ainsi naître l'expectative légitime que le contrat se poursuivrait, puis de résilier ce contrat à un moment où ces investissements n'ont pas pu être amortis, devra alors être traité comme une violation positive du contrat. C'est sur cette base qu'une partie de la doctrine a élaboré l'idée d'une compensation des investissements, que l'on présentera plus loin⁴⁸.

2. Dommages-intérêts en cas de responsabilité du chef de la confiance créée

Si l'on applique les règles relatives à la responsabilité du chef de la confiance créée, celle des parties qui a généré puis déçu les attentes légitimes de l'autre est tenue de verser des

⁴⁶ „Positive Vertragsverletzung“: en Allemagne, cf. notes 59 et 60.

⁴⁷ ATF 4C.278/2001.

⁴⁸ Cf. ci-dessous section III.

dommages-intérêts. Ceux-ci sont limités à l'intérêt négatif⁴⁹, c'est-à-dire à la compensation des frais engagés en vain sur la base des attentes légitimes (il n'y a pas de compensation de l'intérêt positif, en l'état de la jurisprudence).

Plus spécifiquement, si le distributeur a été induit par le fournisseur à consentir de substantiels investissements spécifiques qui ne peuvent être amortis que par une collaboration durable, le dommage ainsi causé par les attentes déçues devrait inclure la part de ces investissements qui n'a pas pu être amortie⁵⁰.

III. Compensation des investissements effectués?

1. En général

En ce qui concerne les accords de franchise, l'existence d'un droit à une compensation pour les investissements consentis par le franchisé (*Investitionsersatzanspruch*) rencontre une approbation toujours plus large dans la doctrine helvétique⁵¹; on la retrouve maintenant sous la plume des commentateurs du CO⁵².

Cette compensation serait fondée sur l'art. 2 al. 2 CC ou découlerait d'un devoir contractuel⁵³. Dans la mesure où son fondement juridique résiderait dans le caractère abusif de la résiliation (art. 2 al. 2 CC), on retrouve l'approche basée sur l'abus de droit. Si en revanche elle découle de la violation d'un devoir contractuel (implicite) découlant des règles de la bonne foi, il s'agit alors d'un cas de violation positive du contrat.

On a déjà vu qu'il est désormais largement admis qu'une résiliation puisse être abusive, et cela non seulement en relation avec les contrats de franchise. Par ailleurs, l'existence d'un devoir contractuel implicite découlant des règles de la bonne foi peut aussi être admise dans des hypothèses similaires, et notamment dans les contrats de distribution exclusive⁵⁴, du moins lorsque le distributeur est largement intégré dans le réseau de vente du fournisseur⁵⁵. Cette compensation n'est donc pas limitée aux contrats de franchise⁵⁶.

En droit allemand, cette compensation est basée sur le § 242 BGB pour certains auteurs (si le fournisseur induit le distributeur à faire certains investissements spécifiques⁵⁷ et résilie ensuite

⁴⁹ ATF 4C.278/2001; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 14), p. 212.

⁵⁰ CHERPILLOD (note 13), p. 198. RVJ 2003, 288 (Valais, Tribunal cantonal), précité.

⁵¹ En droit suisse, cette idée semble avoir été développée tout d'abord par STEIN-WIGGER (note 37), p. 305 ss et 319 ss; même auteur (note 37), AJP/PJA 2000, 1079 ss. Voir aussi BAUDENBACHER (note 19), p. 383 s.

⁵² TERCIER/FAVRE (note 14), p. 1216; AMSTUTZ/SCHLUEP (note 3), Einl. vor Art. 184 ff. n. 171. KULL, Schweizer Vertriebsrecht, Zurich/St-Gall 2008, p. 177, déclare même que ce principe serait "unanimentement" reconnu dans la littérature juridique.

⁵³ KULL (note 52), p. 177.

⁵⁴ KULL (note 52), p. 176, considère que la question de la compensation des investissements effectués doit être traitée de façon identique pour tous les accords de distribution.

⁵⁵ STEIN-WIGGER (note 37), AJP/PJA 2000, 1093.

⁵⁶ Une opinion semblable se rencontre à propos des contrats de licence: HILTY, Lizenzvertragsrecht, Berne 2001, p. 973 ss. Si le concédant (donneur de licence) incite le licencié à effectuer des investissements, le licencié est fondé à partir de l'idée que la relation contractuelle va se poursuivre, et le licencié pourrait réclamer l'intérêt négatif si le concédant résilie le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas être amortis. Là aussi, la compensation comprendrait les investissements faits en vain (p. 974/5).

⁵⁷ „Fremdbestimmt“: GENZOW, Vertragshändlervertrag, Köln 1996, p. 140 f.; LG Berlin 31.10.2003 Az. 102 O 10/03.

l'accord alors que ces investissements ne pouvaient pas avoir été amortis, il s'agit d'une violation des règles de la bonne foi – *venire contra factum proprium*)⁵⁸. Pour d'autres, cette compensation est de nature contractuelle: si le distributeur a été induit à faire des investissements spécifiques, la résiliation par le fournisseur lorsque ces investissements n'ont pas pu être amortis constituerait une violation d'un devoir contractuel (violation positive du contrat)⁵⁹. L'existence de cette compensation est également mentionnée dans de récentes décisions judiciaires concernant des accords de distribution⁶⁰. Il est donc clair qu'elle n'est pas limitée aux contrats de franchise.

2. Compensation des "investissements"

Selon une opinion, la compensation pourrait comprendre la part non amortie des investissements non seulement lorsqu'ils ont été expressément demandés par le fournisseur, mais aussi lorsqu'ils ont été induits par actes concluants, voire plus généralement lorsqu'ils ont été faits sur la base d'un accord tacite⁶¹.

La notion d'investissements doit être comprise largement. Selon un auteur, elle devrait inclure toutes les mesures induites par le fournisseur et qui génèrent des coûts⁶². Ce terme n'est en tout cas pas limité aux "biens d'investissements" et peut p.ex. inclure des dépenses de publicité⁶³.

La compensation sera exclue pour des investissements qui sont réversibles sans difficulté et qui peuvent être complètement amortis en dehors de la relation avec le fournisseur⁶⁴. En d'autres termes, les investissements qui deviennent inutiles après la résiliation du contrat

⁵⁸ Cf. not. GENZOW (note 57), p. 140.

⁵⁹ Cf. LG Berlin 31.10.2003 Az. 102 O 10/03: „Auch bei Beachtung einer regelmäßig angemessenen Frist kann eine ordentliche Kündigung aber dann eine nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung beachtliche Pflichtverletzung darstellen, wenn der Hersteller oder Importeur den Händler zu Investitionen bewogen hat, die zur Zeit der Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund Kündigung noch nicht amortisiert sind, sofern er dem Händler eine Mindestvertragslaufzeit in Aussicht gestellt hatte, die eine solche Amortisation erwarten ließ. Hatte er insoweit einen Vertrauenstatbestand geschaffen, sind die Investitionen fremdbestimmt; eine daraufhin ausgesprochene Kündigung läuft § 242 BGB zuwider“. Cf. ég. MARTINEK/SEMLER/HABERMEIER, Handbuch des Vertriebsrechts, 2^{ème} éd., Munich 2003, p. 435.

⁶⁰ LG Stuttgart 27.02.2006 Az. 36 O 178/05: „Als Anspruchsgrundlage für einen Investitionersatzanspruch bleibt deshalb nur die ergänzende Auslegung des Vertriebs-/Generalvertretervertrages unter besonderer Berücksichtigung des Vertrauensschutzes gemäß § 242 BGB. Der Vertrauenstatbestand, aus dem sich ein solcher Anspruch ergeben kann, liegt aber nicht schon in dem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Händlervertrag selbst. Allein maßgebend ist vielmehr, ob und in welchem Umfang der Unternehmer die Investitionen des Vertragshändlers veranlasst hat und - kumulativ - ob der Händler solche fremdbestimmten Investitionen gerade in der (objektiv begründeten) Erwartung vorgenommen hat, dass das Vertragsverhältnis noch längere Zeit/bis zur Amortisation der Investitionen andauern würde“. Cf. ég. LG Berlin 31.10.2003 Az. 102 O 10/03 précité (note 59).

⁶¹ STEIN-WIGGER (note 37), 319.

⁶² STEIN-WIGGER (note 37), p. 320: „Der Investitionsbegriff ist dem Zweck des Investitionsschutzes entsprechend in einem weiten Sinne zu verstehen und umfasst sämtliche vom Franchisegeber angeordneten kostenauslösenden Massnahmen. Als solche sind nicht nur Investitionsgüter zu verstehen, sondern beispielsweise auch vom Franchisenehmer durchgeführte und finanzierte Werbemaßnahmen. Weiter in Betracht kommen etwa Kunden- oder Markterhebungen sowie im Vertrauen auf den Fortbestand der Absatzbeziehung besuchte Schulungskurse“.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ STEIN-WIGGER (note 37), p. 321: „Vom Investitionsschutz auszunehmen sind folglich nur die ohne weiteres reversiblen, auch ausserhalb des Systemzusammenhangs vollständig amortisierbaren Investitionen“. Cet auteur note cependant que la majeure partie de la doctrine allemande limite la compensation aux investissements spécifiques à la franchise (*systembezogen*).

devraient être compensés (à l'exclusion des investissements qui pourraient être amortis dans le cadre d'une autre relation d'affaires)⁶⁵.

La durée d'amortissement devrait être celle qui aurait été jugée nécessaire par un distributeur raisonnable et de bonne foi, et elle devrait se calculer *ex ante*, c'est-à-dire telle qu'elle aurait été estimée au moment où l'investissement a été consenti⁶⁶. En d'autres termes, le temps nécessaire pour amortir les investissements sera déterminé de manière objective, par l'examen de la durée qui aurait dû être prise en considération par un cocontractant raisonnable au moment où l'investissement est effectué. La compensation serait ensuite établie en soustrayant des investissements effectifs le montant qui aurait ainsi dû être amorti⁶⁷.

Toutefois, si l'on admet, selon cette doctrine, que la notion d'investissement peut inclure des dépenses, telles que des frais de publicité, il convient de remarquer qu'il n'existe en principe pas de durée d'amortissement pour de telles dépenses, qui sont normalement passées comme charges. La durée objective durant laquelle ces dépenses auraient dû être "amorties" pourra donc se révéler problématique.

Selon cette approche, il est possible de faire valoir un gain manqué, en sus de la compensation des investissements faits en vain⁶⁸. Tel serait le cas lorsqu'il est possible de déterminer une date à laquelle des biens d'investissement auraient pu être amortis⁶⁹: on pourrait alors réclamer les profits qui auraient pu être obtenus en relation avec les investissements effectués jusqu'à leur amortissement⁷⁰.

3. Rapport avec l'indemnité de clientèle

⁶⁵ HILTY (note 56), p. 974: „Ersetzt werden können nur die Investitionen, die nach Ablauf der Kündigungsfrist nutzlos werden, wobei auch hier ein in guten Treuen möglicher abweichender Verwendungszweck anzurechnen ist. (...) Einzubeziehen sind also die spezifischen Gesamtinvestitionen abzüglich nicht unnützer (oder auch für andere Zwecke erforderlicher) Investitionen, jedoch nicht unter Einbezug eines allfälligen Verdienstes oder Verlustes während der erwarteten Laufzeit des Lizenzvertrages. Letzteres wiederum allerdings nur dann nicht, wenn von einem linearen Verlauf der Geschäfte auszugehen war. Erlitt der Gekündigte in der Anfangszeit ein Verlust, der objektiv als Teil seiner Investitionen zu betrachten war, so ist auch dieser zu ersetzen“.

⁶⁶ A l'opposé, un calcul *ex post* déterminerait quelle part des investissements n'était effectivement pas amortie à la fin du contrat (*ex post*): STEIN-WIGGER (note 37), p. 321, qui explique (p. 322) avec des arguments convaincants pourquoi un calcul *ex post* n'est pas approprié (en particulier, un calcul *ex post* favoriserait le distributeur même lorsque ses efforts de promotion des produits sont insuffisants: dans un tel cas, l'amortissement effectif de ses investissements serait moindre que ce que l'on aurait pu attendre de lui).

⁶⁷ STEIN-WIGGER (note 37), p. 321: “Nach der zweiten Methode ist hypothetisch festzustellen, von welcher Amortisationsdauer verständige Vertragspartner *ex ante* betrachtet – d.h. zum Zeitpunkt der Investitionsvornahme – ausgegangen wären. Der für die Berechnung des Investitionersatzanspruchs massgebliche Wert ist anhand dieser Amortisationserwartung zu bestimmen und von der effektiven Investitionssumme in Abzug zu bringen. Der Differenzbetrag entspricht der dem Franchisenehmer zustehenden Ausgleichszahlung“.

⁶⁸ WILDHABER (note 20), p. 108/9; STEIN-WIGGER (note 37), p. 324, et AJP/PJA 2000, 1092, avec référence à la littérature juridique allemande: cf. EBENROTH, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, Konstanz 1980, p. 186 s, et MARTINEK, Franchising, Heidelberg 1987, p. 339 (cité par STEIN-WIGGER (note 37), p. 179).

⁶⁹ Cf. ci-dessus C I 2 a.

⁷⁰ STEIN-WIGGER (note 37), p. 179: “die bis zum Amortisationszeitpunkt erzielbaren investitionsbezogenen Gewinnerwartungen”.

L'indemnité de clientèle, prévue par l'art. 418u CO pour les contrats d'agence, ne concerne pas la protection des investissements⁷¹: elle constitue une contrepartie au fait qu'après la résiliation du contrat, le mandant continuera à profiter de la clientèle qui a été développée par l'agent pour les produits du mandant⁷².

Il est rappelé que le Tribunal fédéral a récemment décidé qu'une telle indemnité pouvait également être réclamée par un distributeur, à certaines conditions⁷³.

Il ne fait aucun doute que cette indemnité peut être cumulée avec des dommages-intérêts pour les investissements faits en vain⁷⁴: sa finalité est différente puisqu'elle constitue une contrepartie à la clientèle dont le fournisseur pourra profiter après la fin du contrat.

D. Synthèse

I. Différences d'approche

Les opinions décrites ci-dessus se recoupent passablement. En particulier, l'approche fondée sur l'abus du droit de résilier et celle basée sur la responsabilité du chef de la confiance créée sont des constructions juridiques qui découlent des règles de la bonne foi. Il en va de même pour la thèse selon laquelle l'obligation d'indemniser le distributeur pour les investissements spécifiques consentis en vain résulte d'un devoir contractuel implicite (violation positive du contrat): un tel devoir implicite est également fondé sur les règles de la bonne foi. Dans tous les cas, il est admis qu'il est contraire à la bonne foi d'induire l'autre partie à faire des investissements substantiels et spécifiques puis de résilier le contrat à un moment où ils ne pouvaient pas encore être amortis.

Il a été soutenu qu'une compensation de la part non amortie des investissements spécifiques consentis en vain pourrait être réclamée non seulement en cas de résiliation abusive, mais plus généralement en relation avec tout investissement qui aurait été induit par le fournisseur, expressément ou tacitement, et même pour les investissements faits sur la base d'un accord tacite⁷⁵. Si toutefois cette indemnisation devait être limitée à la part non amortie des investissements (spécifiques et substantiels) qui ont été induits par le fournisseur, ses conditions d'application se recouperaient alors avec celles de la compensation qui pourrait être exigée sur la base de l'art. 2 al. 2 CC ou de la responsabilité du chef de la confiance créée.

⁷¹ Contra : VETSCH/VON DER CRONE, Die Kundschaftentschädigung in Vertriebssystemen, RSDA 2009, 79 ss, 87, qui voudraient interpréter l'ATF 134 III 497 dans le sens que l'art. 418u viserait aussi la protection des investissements, alors que cet arrêt n'en fait aucune mention.

⁷² Cf. DREYER, in: Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2003, Art. 418u N 1. Cela se remarque aussi par la façon dont cette indemnité est calculée (gain annuel net, sans référence aux investissements effectués).

⁷³ ATF 134 III 497, JT 2009 I 94, qui précise qu'il n'est « pas possible de supprimer l'indemnité pour la clientèle par convention, en vertu de l'art. 418u al. 1 in fine CO, et le représentant exclusif peut également se prévaloir du caractère impératif de cette disposition quand bien même elle ne lui est applicable que par analogie ».

⁷⁴ STEIN-WIGGER (note 37), p. 336 s.

⁷⁵ STEIN-WIGGER (note 37), p. 319, et AJP/PJA 2000, 1084: «Ausreichend ist vielmehr schon eine konkludent veranlasste oder mit stillschweigendem Einverständnis vorgenommene Investition».

D'ailleurs, cette action en compensation des investissements faits en vain (*Investitionsersatzanspruch*) serait basée soit sur le caractère abusif de la résiliation, soit sur une violation positive du contrat. Dans la mesure où elle serait fondée sur le caractère abusif de la résiliation, elle ne constituerait pas une action distincte de l'action en dommages-intérêts suite à une résiliation abusive.

Les diverses approches peuvent avoir des conséquences différentes: compensation de l'intérêt positif dans le cas d'une résiliation nulle parce qu'abusive (ou dans le cas de la violation d'un devoir contractuel implicite découlant des règles de la bonne foi), ou indemnisation de l'intérêt négatif si les conditions d'une responsabilité du chef de la confiance créée sont remplies. Toutefois, la compensation de l'intérêt positif devrait le plus souvent être limitée à la part non amortie des investissements spécifiques qui ont été consentis en vain, et donc être égale à l'intérêt négatif dans cette hypothèse. En outre, une résiliation nulle (parce qu'abusive) ouvrirait la voie à une action en exécution du contrat, mais cette possibilité devrait demeurer lettre morte⁷⁶. Il apparaît dès lors que les différences entre ces approches doivent être relativisées.

A l'étranger, on retrouve ces différences d'approche. En droit français, la compensation des investissements consentis en vain en cas de résiliation abusive paraît faire l'objet d'une jurisprudence bien établie⁷⁷. La doctrine allemande a aussi développé l'idée d'une compensation pour les investissements faits en vain (*Investitionsersatzanspruch*), d'abord en relation avec les contrats de distribution et ensuite avec les contrats de franchise ; selon les uns, cette prétention découlerait de l'interdiction de l'abus de droit, ou d'un devoir contractuel implicite, selon les autres⁷⁸. En Autriche, il existe même une disposition légale à ce sujet⁷⁹.

Ainsi, la protection des investissements du distributeur trouve son fondement soit dans le caractère abusif de la résiliation, soit dans la responsabilité du fait de la confiance créée, soit encore dans une prétention résultant de la violation d'un devoir contractuel (violation positive du contrat) ; mais dans tous les cas, on débouche sur des solutions très semblables.

⁷⁶ La difficulté d'établir le caractère abusif d'une résiliation ordinaire fera le plus souvent obstacle à l'octroi de mesures provisionnelles, et une action en exécution sera vaine ensuite.

⁷⁷ Voir Cass. Comm. 9 avril 2002, n° 99-21.131 *Orlauto c. Volvo*; Cass. Comm. 23 juin 1998, n° 96-10.015 *Honda c. Bernard X*.

⁷⁸ GENZOW (note 57), p. 140/141 ; MARTINEK/SEMLER/HABERMEIER (note 59), p. 435; METZLAFF, *Praxishandbuch Franchising*, Munich 2003, p. 177 s. Voir aussi les auteurs cités par STEIN-WIGGER (note 37), *AJP/PJA* 2000, 1082 n. 27, et les décisions jurisprudentielles citées ci-dessus notes 59 et 60.

⁷⁹ Le Code de commerce autrichien prévoit une telle compensation au § 454 UGB: "(1) Ein Unternehmer, der an einem vertikalen Vertriebsbindungssystem als gebundener Unternehmer im Sinne des § 30a KartG oder als selbständiger Handelsvertreter (§ 1 HVertrG) teilnimmt, hat bei Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem bindenden Unternehmer Anspruch auf Ersatz von Investitionen, die er nach dem Vertriebsbindungsvertrag für einen einheitlichen Vertrieb zu tätigen verpflichtet war, soweit sie bei der Vertragsbeendigung weder amortisiert noch angemessen verwertbar sind. (2) Der Anspruch besteht nicht, wenn a) der gebundene Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat, es sei denn, dass dafür ein dem bindenden Unternehmer zurechenbarer wichtiger Grund vorlag, b) der bindende Unternehmer das Vertragsverhältnis aus einem dem gebundenen Unternehmer zurechenbaren wichtigen Grund gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat oder c) der gebundene Unternehmer gemäß einer Vereinbarung mit dem bindenden Unternehmer die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag hat, einem Dritten überbindet. (3) Der gebundene Unternehmer verliert den Anspruch, wenn er dem bindenden Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, dass er seine Rechte geltend macht. (4) Ansprüche nach Abs. 1 können zum Nachteil des gebundenen Unternehmers im Voraus durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden. (5) Der Ausgleichsanspruch nach § 24 HVertrG bleibt von dieser Bestimmung unberührt".

II. Conditions de l'indemnisation

Si les opinions rapportées ci-dessus divergent sur le fondement juridique de l'indemnisation, elles sont en revanche d'accord pour admettre le principe d'une compensation lorsque le fournisseur a amené le distributeur à effectuer certains investissements (substantiels et spécifiques à la relation contractuelle) et qu'il résilie ensuite le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas être amortis.

Selon une opinion⁸⁰, la compensation pourrait porter aussi sur les investissements spécifiques à la relation contractuelle lorsqu'ils ont été faits avec l'accord exprès ou tacite du fournisseur, sans qu'il faille exiger qu'ils aient été induits par ce dernier. Cette opinion paraît cependant difficilement conciliable avec les fondements juridiques envisageables : le fournisseur qui a donné son accord tacite à un investissement, sans l'avoir suggéré, ne paraît pas agir abusivement et ne semble pas non plus décevoir des attentes qu'il aurait créées s'il résilie le contrat ensuite ; de même, il paraît difficile d'admettre l'existence d'une violation positive du contrat en cas de résiliation à un moment où le distributeur n'a pas pu amortir des investissements qui avaient simplement été faits au vu et au su du fournisseur, sans que ce dernier ne les ait suggérés (le devoir implicite qui pèserait le cas échéant sur le fournisseur ne doit pas aller jusqu'à l'obliger à intervenir auprès du distributeur pour lui demander de ne pas opérer tel ou tel investissement).

Par conséquent, une indemnisation ne devrait entrer en ligne de compte que si le fournisseur a induit le distributeur à effectuer certains investissements substantiels et spécifiques à la relation contractuelle, et s'il résilie ensuite le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas avoir été complètement amortis.

Seuls les investissements qui ont été induits par le fournisseur peuvent être pris en considération. Il n'est cependant pas nécessaire qu'ils aient été expressément exigés. Lorsque le distributeur est dans une situation de dépendance, notamment lorsque la distribution des produits est susceptible de lui être retirée moyennant un préavis assez bref, il suffira au fournisseur de suggérer avec plus ou moins d'insistance que certains investissements seraient souhaitables pour que le distributeur ressente la nécessité d'y consentir.

La compensation ne devrait pas être due si le distributeur a donné des motifs justifiés de mettre fin au contrat (sans qu'il faille exiger des justes motifs⁸¹) : en ce cas, la résiliation ne devrait pas être abusive (si l'on suit l'approche fondée sur l'art. 2 al. 2 CC), et si le distributeur a donné au fournisseur de bonnes raisons de résilier le contrat, il ne devrait pas non plus pouvoir se plaindre de ce que ses attentes légitimes auraient été déçues (sous l'angle de la responsabilité du chef de la confiance créée), et il devrait en aller de même sous l'angle d'une éventuelle violation positive du contrat⁸².

III. Etendue de l'indemnisation

⁸⁰ STEIN-WIGGER (note 37), p. 319, et AJP/PJA 2000, 1084.

⁸¹ Comparer avec l'art. 418u al. 3 CO : pas d'indemnité de clientèle lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent.

⁸² Cf. dans ce sens le § 454 UGB autrichien, cité ci-dessus note 79.

En ce qui concerne les investissements qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation, ils ne doivent pas être limités aux biens d'investissement au sens des principes comptables. Si un distributeur a été incité par le fournisseur à faire des dépenses spécifiques (et substantielles) pour promouvoir la distribution du produit, et si le contrat est ensuite résilié par le fournisseur à un moment où cette résiliation doit être considérée comme contraire aux règles de la bonne foi précisément parce que ces dépenses ont été consenties en vain, la compensation doit inclure ces dépenses, et ne pas être limitée aux seuls biens d'investissement. Ainsi, la notion d'investissements non amortis ne se recoupe pas avec celle des principes comptables. Elle se rapporte bien plutôt aux moyens qui ont été engagés spécifiquement pour cette relation contractuelle et devrait donc inclure toutes les mesures qui ont été induites par le fournisseur et qui génèrent des coûts. Les "investissements" susceptibles d'être indemnisés peuvent donc inclure des frais de publicité, ou des salaires relatifs à une force de vente exclusivement dédiée à la distribution du produit, p.ex.

La compensation devrait être exclue pour les investissements qui sont réversibles sans difficulté et qui peuvent être complètement amortis en dehors de la relation avec le fournisseur. Cela vaudra notamment pour les biens d'investissement qui peuvent être réutilisés dans le contexte d'une autre relation d'affaires.

Pour le reste, il n'y a pas lieu de faire des distinctions suivant la nature des dépenses consenties par le distributeur, en particulier selon leur qualification comptable : tous les frais engagés pour la distribution des produits peuvent donner lieu à indemnisation, s'ils sont spécifiques à la relation contractuelle et ne peuvent donc être récupérés dans le cadre d'une autre relation d'affaires.

IV. Calcul de l'indemnité

Le calcul de l'indemnité demeure cependant délicat, et pourra laisser place à une certaine appréciation.

Lorsque les investissements en cause (ceux que le distributeur a été amené à consentir après y avoir été induit par le fournisseur) constituent des biens qui doivent être amortis sur une certaine durée (selon les principes comptables), il est alors possible de considérer que le contrat aurait dû se poursuivre jusqu'à la date de leur amortissement complet. Dans ce cas de figure, la compensation peut aussi inclure les profits qui auraient pu être réalisés jusqu'à cette date (pour autant que l'on admette la réparation de l'intérêt positif, ce qui sera le cas si l'on applique les règles relatives à l'abus du droit de résilier ou celles concernant la violation positive du contrat)⁸³.

La durée d'amortissement devrait être définie de manière objective (et non selon les règles d'amortissement pratiquées par le distributeur), par référence à la durée qu'un distributeur raisonnable aurait jugée nécessaire pour l'amortissement, et cette durée doit donc être définie *ex ante*, c'est-à-dire telle qu'elle aurait été estimée au moment où l'investissement a été effectué (de la sorte, on évite que l'indemnisation ne transfère des risques normalement supportés par le distributeur). L'indemnité serait ensuite établie en déduisant le montant qui aurait dû être amorti de la somme des dépenses effectivement consenties pour les investissements en cause.

⁸³ Cf. ci-dessus C I 2 a et C III 2.

Toutefois, on a vu qu'en la matière, les notions d'investissement et d'amortissement ne sont pas celles des principes comptables : la compensation allouée au distributeur peut comprendre des dépenses qui ne correspondent pas à des biens d'investissement ; p.ex., des dépenses de publicité peuvent faire partie du dommage qui doit être compensé en cas de résiliation abusive ; or de telles dépenses ne sont pas amorties sur une certaine durée, mais intégralement passées en compte de pertes et profits. Par conséquent, il n'existe pas toujours de durée d'amortissement à laquelle on peut se référer. Dans un tel cas, faute de pouvoir délimiter une durée pendant laquelle le contrat aurait dû se poursuivre, la compensation se limitera aux dépenses consenties en vain. Si des profits peuvent être mis en relation avec ces dépenses, il conviendra alors d'opérer une déduction *ex aequo et bono*, voire de refuser toute compensation pour ces dépenses si l'on devait parvenir à la conclusion qu'elles n'ont pas été consenties en vain.

E. Conclusion

Si un distributeur n'est pas parvenu à amortir ses investissements au moment où le contrat prend fin par suite de l'écoulement de sa durée ou d'une résiliation ordinaire, il s'agit d'un risque qu'il doit supporter, et le principe demeure qu'aucune indemnisation ne lui est due à ce titre.

Toutefois, force est d'admettre que dans la vie des affaires, le distributeur n'est pas nécessairement dans la situation du commerçant indépendant qui décide des investissements à opérer selon sa propre appréciation. Il est de plus en plus fréquent que le distributeur soit intégré à un réseau de vente et qu'il soit incité à engager des investissements importants pour cette relation spécifique ; il est même possible qu'il y soit contractuellement obligé. On ne peut dès lors pas traiter ces investissements comme s'ils avaient été librement risqués. Et si le fournisseur incite le distributeur à engager des frais substantiels et spécifiques à la relation contractuelle, et s'il résilie ensuite le contrat alors que ces dépenses n'ont pas pu être complètement amorties, il agit d'une manière contraire aux règles de la bonne foi.

A cet égard, il est frappant de constater que la doctrine reconnaît largement la possibilité d'une compensation de la part non amortie des investissements consentis en vain, lorsqu'ils étaient spécifiques à la relation contractuelle et qu'ils avaient été induits par le fournisseur qui résilie ensuite le contrat à un moment où ces investissements ne pouvaient pas être amortis. A l'étranger, la possibilité de réclamer des dommages-intérêts pour résiliation abusive a été consacrée par la jurisprudence française ; en Allemagne, les tribunaux ont admis la faculté de réclamer une compensation sur la base des règles de la bonne foi ou d'une violation positive du contrat. En Autriche, c'est même une disposition légale qui prévoit le principe d'une responsabilité du fournisseur pour les investissements qui avaient dû être engagés par le distributeur.

Si les opinions divergent sur la construction juridique d'une telle indemnisation (abus du droit de résilier, responsabilité du chef de la confiance, violation positive du contrat), elles se recoupent largement sur son objet essentiel : la part des dépenses que le distributeur a été incité à consentir, et qui ne pouvait (objectivement) pas être entièrement amortie au moment de la résiliation, à l'exception des investissements qui sont réversibles sans difficulté et qui peuvent être complètement amortis en dehors de la relation avec le fournisseur.

Il ne s'agit pas d'un correctif qui devrait profiter au distributeur dont les efforts auraient été insuffisants : la question de savoir si les investissements pouvaient être amortis doit être tranchée objectivement, selon la durée qu'un distributeur raisonnable aurait jugée de bonne foi nécessaire pour leur amortissement. De la sorte, on évite que l'indemnisation ne transfère des risques normalement supportés par le distributeur.

Pour le reste, cette compensation ne relève pas seulement de l'équité, mais constitue l'indemnisation d'un dommage réel, causé par un comportement que l'on doit juger contraire aux règles de la bonne foi. Il n'y a pas lieu de se montrer restrictif dans l'application de ces règles : il convient simplement de vérifier que leurs conditions sont remplies, puis d'arrêter le montant de la compensation – sur la base d'un rapport d'expert – en exerçant un minimum de pouvoir d'appréciation dans la fixation du montant.