



**HAL**  
open science

# L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution. La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, 32, Lexisnexis, 2017, Actualités du droit de l'entreprise, 978-2-7110286-8-9. hal-02334819

**HAL Id: hal-02334819**

**<https://hal.science/hal-02334819v1>**

Submitted on 27 Oct 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution**

**Nicolas FERRIER**

*Agrégé des Facultés*

*Professeur à l'Université de Montpellier*

*Directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires*

Une idée d'ensemble de la réforme se dégage de la manière dont le législateur a été amené à arbitrer entre les impératifs de liberté contractuelle (et son corollaire, l'autonomie de la volonté) et de justice contractuelle (et son corollaire, le solidarisme) ; le rapport au Président de la République soulignant d'ailleurs la nécessité d'affirmer à la fois le principe de liberté et celui de bonne foi. En d'autres termes, le nouveau droit des contrats se caractérise par son équilibre propre entre solidarisme et libéralisme.

Notre propos n'est pas de revenir sur un débat dont les termes sont connus, mais de rechercher si les nouvelles dispositions viennent modifier l'équilibre existant jusqu'alors.

A cet égard, partir des contrats de distribution est éclairant car c'est principalement à leur propos, ou du moins sur leur modèle, que les oppositions se sont cristallisées et les opinions forgées. De fait, les contrats de distribution, ici compris comme les contrats de réseaux, illustrent parfaitement la tension entre les exigences de liberté (en l'occurrence, des promoteurs dans l'organisation de leur réseau de distribution) et la protection (en l'occurrence, des distributeurs dans leur relation au promoteur). Chacun sait que le courant solidariste s'est développé à partir de ce type de relations<sup>1</sup>, afin d'y promouvoir un devoir renforcé de bonne foi par des exigences d'information, de motivation, de coopération et collaboration, de révision... Il suffit de rappeler que les célèbres arrêts « Huard »<sup>2</sup> et « Chevassus-Marche »<sup>3</sup>, fers de lance de la doctrine solidariste, concernent précisément les rapports de distribution.

---

<sup>1</sup> Qualifiés, au gré des auteurs, de contrats situation, de dépendance, de coopération...

<sup>2</sup> Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18547.

<sup>3</sup> Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18357.

La démarche consiste alors à identifier dans la réforme les dispositions se rattachant à l'une ou l'autre de ces exigences. L'exercice est toutefois délicat pour deux séries de raisons. Les unes, intrinsèques, tiennent à l'imprécision de certaines dispositions dont le contenu et la portée ne pourront se mesurer pleinement qu'à la lumière de la jurisprudence ; les autres, extrinsèques, tiennent à l'articulation avec des règles spéciales, puisque l'éviction éventuelle des nouvelles règles de droit commun au profit des seules dispositions spéciales limiterait d'autant l'impact des premières sur les contrats de distribution.

Sous ces réserves, il convient donc d'apprécier dans quelle mesure la réforme a pu affecter la place de la liberté contractuelle (I.) et de la justice contractuelle (II.) dans les rapports de distribution.

## **I. – Liberté contractuelle**

Pour mesurer la place réservée à la liberté contractuelle dans la réforme, il convient en premier lieu de s'intéresser aux parties au contrat de distribution (A.), mais cela ne suffit pas. Il est en effet nécessaire de compléter l'analyse par l'examen de la situation des tiers car si pour eux la liberté contractuelle signifie d'abord que le contrat ne saurait créer à leur égard d'obligation, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent respecter la situation juridique créée par le contrat : la liberté contractuelle se mesure alors indirectement à l'aune de ce « devoir d'inviolabilité »<sup>4</sup> du contrat (B.).

### *A. – La liberté contractuelle pour les parties*

#### **1°. – La liberté dans le mode de détermination du contenu**

Par de multiples dispositions, la réforme renforce l'unilatéralisme dans le contrat. A ce titre, elle consacre notamment la détermination unilatérale du prix des contrats-cadre (1°), ce qui conduit à s'interroger, au-delà, sur la possible détermination unilatérale de la prestation (2°).

---

<sup>4</sup> F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse Paris II, 1979. Plus récemment, L. Sautonie-Laguionie, La fraude paulienne, LGDJ, préf. G. Wicker, t. 500, 2008.

*a) Le prix*

L'article 1164 du Code civil<sup>5</sup> prévoit la possibilité d'une détermination unilatérale du prix, admise depuis les célèbres arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>6</sup>, sous la réserve de l'abus sanctionné non par la révision judiciaire comme le prévoyait la version précédente du projet<sup>7</sup>, mais par des dommages-intérêt et/ou la résolution du contrat, à l'instar de la jurisprudence antérieure.

Si, de prime abord, l'apport consiste en une simple consolidation du droit positif, deux observations viennent nuancer l'affirmation.

L'article vise seulement le contrat-cadre et non le contrat d'application. Certes, il ne fait aucun doute que le prix des contrats d'application pourra toujours être déterminé de manière unilatérale, et c'est précisément en ce sens que le texte consacre la jurisprudence antérieure<sup>8</sup>. Néanmoins, la solution doit-elle être étendue au prix du contrat-cadre lui-même ? On rappellera que les arrêts de 1995 envisageaient la détermination unilatérale du prix des seuls contrats d'application et non du contrat-cadre. A s'en tenir à la lettre de l'article 1164, il serait désormais possible, dans un contrat de franchise par exemple, de prévoir une détermination, et incidemment une modification, unilatérale des redevances dues par le franchisé.

---

<sup>5</sup> « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

<sup>6</sup> Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995 : Bull. civ. n° 9 : « Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

<sup>7</sup> Avant-projet, art. 71.

<sup>8</sup> Dans le prolongement de la jurisprudence antérieure, l'article 1164 ne distingue pas selon que la conclusion des contrats d'application est ou non obligatoire, et ne reprend donc pas la distinction proposée entre, d'une part, le contrat-cadre dans lequel les contrats d'application sont facultatifs et, d'autre part, le contrat-matrice dans lequel les contrats d'application sont obligatoires. Cf. D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, 7<sup>e</sup> éd. 2014, n° 550.

Il est vrai que le nouvel article 1165 C. civ., qui admet la détermination unilatérale du prix dans le contrat de prestation de service, pourrait s'appliquer au contrat cadre de distribution qui semble relever de cette qualification<sup>9</sup>. Pour autant, toute difficulté ne serait pas écartée, ce qui amène à la seconde observation.

Le contrat-cadre de distribution est susceptible de relever à la fois de l'article 1164 qui le vise explicitement et de l'article 1165 C. civ. dont il relèverait implicitement en raison de sa qualification en contrat de prestation de service. Or les deux dispositifs se distinguent sur un point important. Alors que sous l'article 1165 C. civ., la détermination unilatérale du prix d'un contrat de prestation de service peut intervenir en dehors de toute prévision contractuelle, son principe – selon la lettre de l'article 1164 C. civ. – doit être convenu. C'est une autre différence, au moins formelle, avec l'attendu de principe issu des arrêts de 1995<sup>10</sup>.

Dès lors, qu'en est-il d'un défaut structurel de prix, lorsque les parties n'ont rien prévu quant à ses modalités de détermination ? La jurisprudence de 1995 peut-elle sur ce point précis survivre au nouveau texte ou doit-on les considérer comme incompatibles, rendant la jurisprudence antérieure caduque ? A s'en tenir à sa lettre, l'article 1164 C. civ., distinct sur ce point de l'article 1165, semble inapplicable en cas de défaut structurel de prix. Le débat risque toutefois d'être relancé, renvoyant à l'opposition entre les partisans et les détracteurs d'une possible indétermination généralisée du prix et donc d'une possible détermination unilatérale, bien que non initialement convenue, à l'image de ce qui est prévu à l'article 1165 C. civ.

#### *b) La prestation*

Si l'unilatéralisme dans la détermination du prix est consolidé, le même constat s'impose-t-il à propos de la prestation ?

La question est importante en matière de distribution, moins à propos de la définition initiale de la prestation que lors d'éventuelles évolutions mais le problème est identique. Les contrats s'inscrivant dans la durée, le promoteur de réseau peut être amené à adapter ses produits ou son enseigne à l'évolution du contexte, qu'il s'agisse de l'offre des concurrents ou des

---

<sup>9</sup> En ce sens, CJUE 19 décembre 2013, aff C-9/12, Corman-Collins.

<sup>10</sup> S'interrogeant déjà sur l'hypothèse du défaut structurel de prix suite aux arrêts de 1995, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit des obligations, 12<sup>e</sup> éd. Dalloz 2015, n° 281 s.

demandes des consommateurs. La modification, par le franchiseur, de l'enseigne en cours d'exécution du contrat de franchise, nourrit d'ailleurs régulièrement le contentieux<sup>11</sup>.

Dans cette perspective, l'article 1163 soulève une difficulté. Après avoir rappelé le principe selon lequel la prestation « *doit être possible et déterminée ou déterminable* » (al. 2), il ajoute « *La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* » (al. 3). Si la règle nouvelle est sans doute plus souple<sup>12</sup>, sa portée exacte quant à l'admission d'une détermination unilatérale de la prestation est discutée.

D'un côté, la détermination unilatérale n'implique aucun nouvel accord de volontés, de sorte qu'un raisonnement *a contrario* pourrait conduire à en admettre le principe, en s'appuyant de surcroît sur le nouvel esprit des textes<sup>13</sup> favorable à l'unilatéralisme.

D'un autre côté, les articles 1164 et 1165 se présentent comme des exceptions au principe posé à l'article 1163, de sorte que ce dernier n'autoriserait pas une détermination unilatérale de la prestation<sup>14</sup>. L'interprétation s'imposerait d'autant plus que si la détermination de la prestation ne doit pas dépendre d'un nouvel accord de volonté, elle devrait encore moins dépendre de la volonté d'un seul<sup>15</sup>. On rappellera, par ailleurs, que sous la jurisprudence antérieure, le caractère déterminable devait s'entendre comme « objectivement » déterminable et, qu'à cet égard, les éléments desquels l'article 1163 accepte que l'on puisse déduire la prestation ont précisément un caractère objectif puisqu'il s'agit du « contrat, des usages ou des relations antérieures ». Toute autre solution aboutirait, surtout, à placer l'un des contractants sous la volonté unilatérale et donc discrétionnaire de l'autre.

---

<sup>11</sup> Cf. Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-16.272 ; Paris, 29 juin 2016, n° 15/06710 ; Paris, 10 septembre 2014, n° 10/14533 ; Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-11186. Sur cette question, N. Ferrier, *Évolution de la politique de réseau de distribution et intangibilité contractuelle* : Journ. sociétés juin 2012, p. 40.

<sup>12</sup> S. Pellet, *Le contenu licite et certain du contrat*, Dr. patrimoine mai 2016, p. 61.

<sup>13</sup> En ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ-Lextenso 2016, n° 600.

<sup>14</sup> En ce sens, G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz 2016, n° 414.

<sup>15</sup> Ibid.

Malgré les arguments contraires, la première interprétation nous paraît préférable, en particulier dans les contrats de distribution où il n'est pas toujours possible ou opportun de déterminer à la conclusion et de manière définitive tous les éléments de la relation. Quant au risque de l'unilatéralisme, il pourrait être évité en contrôlant, à l'aune « du contrat, des usages ou des relations antérieures des parties » pour reprendre la formule de l'article 1163 al. 3, à la fois l'étendue et l'exercice du pouvoir de détermination ou de modification unilatérale de la prestation.

## 2°. – La liberté de rompre

La rupture d'un contrat de distribution est parfois durement ressentie par les distributeurs qui ont réalisé des investissements pour le réseau et dont ils perdront pour partie les fruits une fois la relation rompue. Certains d'entre eux ont alors sollicité un droit au renouvellement ou, à défaut, l'obligation du promoteur de motiver la décision de rompre, voire d'indemniser la rupture<sup>16</sup>.

Bien que ces prétentions aient reçu un appui de taille avec le courant solidariste, la jurisprudence s'y est toujours montrée rétive, au nom de la liberté contractuelle, à moins que des circonstances particulières ne révèlent un abus ou une brutalité dans la rupture.

La réforme s'inscrivant dans une volonté de promouvoir la protection de la partie faible<sup>17</sup>, il n'aurait pas été aberrant (qu'on l'approuve ou le regrette) qu'un infléchissement soit apporté à cette solution. Il n'en est rien, l'article 1212 al. 2 rappelant que « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat » et aucune disposition ne consacrant une quelconque obligation de motivation<sup>18</sup>.

### *B. – La liberté contractuelle des tiers*

La liberté contractuelle des tiers à un contrat signifie que celui-ci ne peut créer des obligations à leur encontre, ce que rappelle implicitement

---

<sup>16</sup> Sur cette question, D. et N. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 686 s.

<sup>17</sup> V. Rapport au Président de la République, pt. n° 2.

<sup>18</sup> Techniquement, rien n'empêcherait toutefois les juges de rompre avec la jurisprudence antérieure en fondant une telle obligation de motivation sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat. La promotion du devoir de bonne foi relève, en effet, dans une très large mesure du pouvoir créateur du juge...

l'article 1199 en disposant que le contrat n'est créateur d'obligation qu'à l'égard des parties. Elle n'implique toutefois pas que le contrat ne produise aucun effet à l'égard des tiers. Bien au contraire, la force obligatoire s'impose également à eux en ce sens où ils ne peuvent porter atteinte au contrat. La règle traduit le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers dégagé par la doctrine<sup>19</sup> et consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit<sup>20</sup>.

Or, la réforme consacre le principe au sein même du code puisque l'article 1200 dispose « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». L'évolution est-elle seulement formelle dans le cadre d'une codification-consolidation ou emporte-t-elle un renforcement du principe d'opposabilité ?

La question présente un intérêt dans les contrats de distribution. Un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2007 en fournit une illustration<sup>21</sup>. Un contrat de franchise de distribution alimentaire conclu à durée déterminée stipule un pacte de préférence au profit du franchiseur en cas de cession du fonds de commerce par le franchisé. Celui-ci informe le franchiseur de son intention de céder le fonds au profit d'une enseigne concurrente. Le franchiseur lui indique qu'il ne souhaite pas faire valoir le pacte de préférence mais lui rappelle que le contrat de franchise doit se poursuivre jusqu'à son terme. Pourtant, le franchisé procède à la cession, entraînant la rupture prématurée et donc fautive du contrat de franchise. Parallèlement à la responsabilité contractuelle du franchisé qui n'est pas douteuse, le franchiseur agit contre l'acquéreur en tierce complicité au motif qu'il avait connaissance du contrat litigieux et avait participé à sa rupture prématurée. L'argument aurait pu porter au regard du seul droit commun de l'opposabilité, puisque la décision d'acquiescer le fonds a bien causé la rupture anticipée du contrat de franchise. La Cour de cassation écarte pourtant la responsabilité du tiers acquéreur au motif que

---

<sup>19</sup> V. not. F. Bertrand, thèse préc. ; J. Duclos, L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, thèse, LGDJ, 1984.

<sup>20</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000 : Bull. civ. I, n° 246

<sup>21</sup> Com 15 mai 2007, n° 06-12871. Rapp. Com., 6 septembre 2011, n° 10-23051, certes en l'espèce, la rupture du contrat de franchise a précédé la cession du fonds de commerce, mais elle a été décidée en vue précisément de cette cession, ce que le tiers savait ; CA Agen, 11 juin 2014, 12/00812, qui écarte toute responsabilité du tiers en l'absence de démarchage. A contrario, Com., 13 décembre 2005, n° 04-18243, sanctionnant le tiers acquéreur qui a incité le franchisé à de la discrétion envers le franchiseur.



« l'acquisition d'un fonds de commerce, faite sans déloyauté et dans le respect du droit de préemption conféré au franchiseur, ne constitue pas une faute de nature à rendre l'acquéreur complice de la rupture, même fautive, du contrat de franchise par le cédant ». La solution mérite d'être confrontée au nouvel article 1200 C. civ. car en l'espèce, on peut douter que le tiers acquéreur ait effectivement « respecté la situation juridique créée par le contrat (de franchise) ». Certes, la solution peut s'expliquer par le souci de concilier d'un côté, le droit des parties au contrat de franchise à voir leur situation contractuelle respectée et, d'un autre côté, le droit du tiers à la libre concurrence<sup>22</sup>, à l'instar des solutions retenues en matière de distribution parallèle<sup>23</sup>. Mais on peut précisément se demander si la consécration du principe d'opposabilité au sein du Code civil n'est pas susceptible d'en modifier la portée ou si elle s'opèrera à droit constant.

## II. – Justice contractuelle

L'ordonnance de réforme manifeste à tous les stades de la relation une exigence accrue de justice contractuelle dont les contours sont toutefois imprécis et soulèvent la délicate question de l'articulation avec les dispositifs spéciaux applicables aux contrats de distribution. Pour s'en tenir aux dispositions qui reçoivent un écho particulier dans les contrats de distribution, et en évacuant les aspects déjà traités par ailleurs<sup>24</sup>, l'attention mérite d'être portée sur la formation (A.) et l'extinction du contrat de distribution (B.).

### A. – La formation du contrat

Au stade de la formation du contrat, la promotion de la justice contractuelle se traduit par la protection du contractant en situation de faiblesse, à travers le contrôle du consentement (1°) et de l'équilibre du contrat (2°).

#### 1°. – Le consentement

La protection du consentement est renforcée par la réforme qui consacre une obligation d'information précontractuelle et sanctionne l'abus de dépendance.

---

<sup>22</sup> N. Eréséo, obs. sous Com., 6 septembre 2011, préc. : Concurrences 2011-4.

<sup>23</sup> N. Ferrier et L. Sautonie-Laguionie, La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité des réseaux : RTD civ. 2011, p. 225.

<sup>24</sup> V. en particulier les contributions de N. Molfessis et Ph. Stoffel-Munck.

*a) La consécration d'une obligation d'information précontractuelle*

L'obligation d'information précontractuelle intéresse particulièrement les contrats de distribution dans la mesure où l'article L. 330-3 C. com., issu de la loi « Doubin », impose une telle information au promoteur de réseau qui met à disposition du distributeur des signes distinctifs moyennant un engagement d'exclusivité.

Ce dispositif du Code de commerce soulève de nombreuses difficultés et nourrit un contentieux abondant en matière de franchise, focalisé sur les informations relatives principalement<sup>25</sup> au compte prévisionnel et à l'étude de marché. Selon la jurisprudence, la loi n'impose pas au franchiseur la transmission de ces informations, mais s'il délivre un prévisionnel erroné ou des informations inexactes conduisant le franchisé à établir à un prévisionnel erroné, l'erreur de celui-ci peut être sanctionnée au titre d'une erreur sur la rentabilité, à condition que l'erreur soit excusable, ce qui est toujours le cas dans l'hypothèse d'un dol (C. civ., art. 1139)<sup>26</sup>.

Se pose alors la question de savoir si les nouvelles dispositions du Code civil sont susceptibles de modifier les solutions. En effet, en marge des informations spécialement visées par la loi « Doubin », le franchiseur pourrait se voir reprocher un manquement au devoir général d'information (C. civ., art. 1112-1), voire une réticence dolosive (C. civ., art. 1137 al. 2), pour peu qu'une information ait été effectivement due et que son défaut ait vicié le consentement du distributeur.

L'article 1112-1 C. civ. impose à celle des parties « qui connaît<sup>27</sup> une information dont l'importance est déterminante<sup>28</sup> pour le consentement de

---

<sup>25</sup> D'autres informations posent parfois question, telle la faillite passée du franchiseur ou d'autres franchisés, ou l'interdiction de gérer ayant frappé antérieurement le dirigeant de la société franchiseur.

<sup>26</sup> Sur cette question, V. not. D. et N. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 709 et la jurisprudence citée.

<sup>27</sup> N'est pas visé celui qui « devrait connaître », ce qui semble exclure toute obligation de se renseigner. En ce sens, G. Chantepie et M. Latina, *ouvr. préc.*, n° 186. Contra M. Fabre-Magnan, *Le devoir d'information dans les contrats*, JCP G 2016, 706.

<sup>28</sup> Suffit-il que l'information soit « en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat » selon la formule de l'alinéa 3 (rappr. Catala, art 1110 al. 3, qui vise l'information pertinente) ou doit-elle, de surcroît, être déterminante du consentement ? La question est discutée. V. not. M. Fabre-Magnan, *art. préc. favorable à la*

l'autre de l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance<sup>29</sup> à son cocontractant ». Or il est certain qu'une information portant sur les prévisions de résultats est déterminante dans un contrat de franchise, conclu en vue de la réitération d'une réussite commerciale. Pourtant, l'article 1112-1 ne permet pas, nous semble-t-il, d'exiger du franchiseur la remise d'un prévisionnel<sup>30</sup>, ce pour au moins deux raisons. D'un côté, le franchiseur n'a pas nécessairement réalisé une étude de marché, ni ne connaît les prévisions de rentabilité du point de vente du franchisé, même s'il est susceptible de disposer de certaines informations nécessaires à leur établissement. A cet égard, il nous paraît excessif de considérer que la fourniture d'une présentation générale et locale du marché implique l'établissement préalable d'une étude de marché ou d'un prévisionnel<sup>31</sup>. Ensuite, le franchisé ne peut *légitimement* ignorer cette information ou faire confiance au franchiseur pour qu'il lui transmette, puisque la jurisprudence affirme précisément de manière constante que c'est à lui que revient l'élaboration du prévisionnel et de l'étude de marché.

Au demeurant, dans l'hypothèse où le franchisé a lui-même établi un prévisionnel dont le franchiseur connaîtrait le caractère irréaliste, serait-il possible de reprocher à ce dernier une réticence dolosive au sens de l'article 1137 al. 2 ?

La réponse est délicate car l'erreur sur le prévisionnel peut s'analyser, selon les circonstances, comme une erreur sur la substance ou une simple erreur sur la valeur. Et dans ce dernier cas, un doute existe sur le point de savoir si une information sur la valeur peut ou non relever de la réticence dolosive. Aussi, deux séries de situations sont à distinguer :

- tantôt l'erreur sur le prévisionnel est une véritable erreur sur la substance car son caractère irréaliste s'explique, soit par l'impossible

---

première interprétation et C. Grimaldi, Quand une obligation d'information en cache une autre, D. 2016, 1009, favorable à la seconde.

<sup>29</sup> L'existence d'une relation de confiance, au sens du dispositif, sera délicate à définir dans les relations d'affaires, souvent marquée par l'âpreté des rapports.

<sup>30</sup> Contra N. Dissaux, Pauvre « loi Doubin », JCP E 2016, 1235. ; A. Riera, La réforme du droit des contrats : impact sur la franchise, AJCA 1-2016, p. 20.

<sup>31</sup> Contra N. Dissaux, art. préc. ; N. Ereseo, Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations (dir. L. Andreu et M. Mignot), Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s ; P. Lemay, L'entrée dans les réseaux de distribution, RLDA juill. 2016, suppl. au n° 117, p. 30.

rentabilité du contrat, lequel est alors inapte à réaliser son objet (la répétition d'une réussite commerciale) ; soit parce que les informations transmises par le franchiseur et sur la base desquelles le franchisé a réalisé le prévisionnel sont fausses<sup>32</sup>.

- tantôt l'erreur sur le prévisionnel est une erreur sur la valeur, ce qui correspond à l'hypothèse d'un prévisionnel réalisé sur la base d'informations exactes délivrées par le franchiseur mais irréaliste, l'opération restant toutefois objectivement rentable<sup>33</sup>. C'est dans ce cas précis qu'il faut se demander si le franchisé pourrait agir en réticence dolosive contre le franchiseur qui aurait eu connaissance du caractère irréaliste. La réponse est loin d'être évidente. D'un côté, l'article 1137 précise que la réticence dolosive peut porter sur toute information dont on « sait le caractère déterminant pour l'autre partie » et l'article 1139 ajoute que l'erreur qui résulte d'un dol est une cause de nullité « alors même qu'elle porterait sur la valeur ». Mais d'un autre côté, l'article 1112-1 exclut tout devoir d'information portant sur la valeur. Or la réticence dolosive vient précisément sanctionner la violation d'un devoir d'informer. La difficulté se concentre ainsi sur l'articulation entre les textes relatifs au dol et au devoir général d'information. Deux lectures sont possibles, l'une combinée, l'autre autonome.

- De manière combinée, on considèrera que la réticence dolosive suppose une obligation d'informer, laquelle renvoie à l'article 1112-2 qui écarte tout devoir d'information sur la valeur<sup>34</sup>. Certes, l'article 1196 envisage l'erreur sur la valeur en cas de dol, mais la lecture combinée commanderait de réserver cet article à l'erreur provoquée par des manœuvres ou mensonges (1137 al. 1), et non celle résultant d'une simple réticence (1137 al. 2), dans le prolongement de l'arrêt « Baldus »<sup>35</sup>. Selon cette première lecture, la réticence dolosive ne

---

<sup>32</sup> D. et N. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 718.

<sup>33</sup> En revanche, révèle une erreur sur la substance le prévisionnel trop optimiste délivré par le franchiseur car par cette transmission, les parties en ont fait un élément déterminant du consentement dans la mesure où l'espérance de rentabilité est nécessairement déterminante dans la franchise (Rappr. Th. Genicon, RDC 2012, p. 73 s., qui parle d'erreur commune ou d'information entrée dans le champ contractuel).

<sup>34</sup> B. Fages, *L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux*, Bull. joly 2016, p. 529.

<sup>35</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 3 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 131.

permet pas de sanctionner le franchiseur qui connaissait le caractère irréaliste du prévisionnel établi par le franchisé.

- De manière autonome, on considèrera que, selon l'article 1139, l'erreur sur la valeur est une cause de nullité dès lors qu'elle résulte d'un dol quel qu'il soit, manœuvres, mensonges et même de réticence, puisque le texte ne distingue pas<sup>36</sup>. Selon cette seconde lecture, en rupture avec la jurisprudence « Baldus », le franchisé pourrait agir en réticence dolosive.

La première lecture nous paraît réaliser un meilleur arbitrage entre l'obligation de dire et le droit de se taire<sup>37</sup>, d'autant que la jurisprudence antérieure était déjà en ce sens comme il a été rappelé. Au demeurant, comme des auteurs l'ont relevé, la seconde lecture risque de ruiner l'effet utile du devoir général d'information s'il se trouve débordé par une acception trop généreuse de la réticence dolosive<sup>38</sup>. Ainsi, que resterait-il de l'article 1112-1 al. 2, excluant l'information sur la valeur, alors que, d'une part, une telle information est le plus souvent déterminante pour le cocontractant, de sorte que le silence conservé pourrait systématiquement être sanctionné sur le terrain de la réticence dolosive et, d'autre part, il paraît douteux que le silence conservé sur la valeur s'explique par une simple négligence exclusive de toute réticence dolosive<sup>39</sup>...

#### *b) La sanction de l'abus de dépendance*

L'abus de dépendance, également qualifié de violence économique<sup>40</sup>, est consacré à l'article 1143 du Code civil en des termes qui le situe au croisement du contrôle du consentement et de l'équilibre. C'est une notion connue en droit de la distribution, puisqu'elle fait écho à des pratiques condamnées par le droit des pratiques anticoncurrentielles (art. L.420-2 et art. 102 T. FUE) et, de manière plus ou moins explicite, le droit des pratiques restrictives de concurrences (C. com., art. L. 442-6, I, 2° visant la soumission... ; art. L. 442-6, I, 1° visant le fait d'obtenir un avantage sans

---

<sup>36</sup> En ce sens, M. Fabre Magnan, art. préc. ; G. Chantepie et M. Latina, ouvr. préc., n° 329. Rapp. Avant-projet Catala, art. 1113-3.

<sup>37</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, ouvr. préc., n° 510.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> M. Latina, RDC 2016, p. 619.

<sup>40</sup> Sur laquelle, V., en dernier lieu, La violence économique, ss. dir. Y. Picod et D. Mazeaud, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, t. 21, 2017.

contrepartie ou disproportionné ; art. L. 442-6, I, 3° visant la prime de référencement ; art. L. 442-6, I, 4° visant la menace de rupture brutale...)<sup>41</sup>.

Force est toutefois de constater que, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles et, surtout, au nouveau dispositif de droit commun, l'exigence d'un état de dépendance n'est pas ou n'est plus explicitement visé en droit des pratiques restrictives. Cela s'explique principalement par la difficulté, sinon l'impossibilité, de caractériser un tel état. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles le législateur a, en 2008, modifié l'article L. 442-6, I, 1° C. com. qui ne fait plus référence à l'état de dépendance économique.

On peut alors s'interroger sur l'intérêt pour les distributeurs d'invoquer un abus de droit commun qui semble plus difficile à établir que l'un de ceux fulminés à l'article L. 442-6 C. com. Cette interrogation ne se justifie toutefois qu'à la condition que la victime ait le choix d'agir sur le fondement du dispositif du Code civil ou ceux du Code de commerce, mais rien ne semble ici y faire obstacle<sup>42</sup>.

Le succès de l'article 1143 C. civ. dans les rapports de distribution dépendra évidemment de la manière dont les juges en apprécieront ses conditions d'application. Il semble cependant qu'en tout état de cause, les dispositions du droit des pratiques restrictives se révéleront plus accueillantes pour la victime<sup>43</sup>, comme le révèle leur confrontation aux conditions d'application de l'article 1143 C. civ.

Sur l'état de dépendance d'abord, celui-ci est explicitement requis au titre de l'article 1143 C. civ., ce qui impliquera un travail difficile de définition<sup>44</sup>, alors que le droit des pratiques restrictives, soit ne pose aucune condition de ce type (cf. L. 442-6, I, 1°, 3° et 4°), soit exige une « soumission ». Or la notion de soumission est plus large que celle de

---

<sup>41</sup> N. Ferrier *La violence économique en droit de la distribution*, in *La violence économique*, ouvr. préc., p. 51.

<sup>42</sup> Comp. infra, à propos du déséquilibre significatif.

<sup>43</sup> Si on laisse de côté la question de la juridiction compétente.

<sup>44</sup> On peut ainsi se demander si le droit commun doit adopter la même approche qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles (favorable à une conception plus accueillante en droit commun, E. Claudel, *RTD com.* 2016. Hostile : H. Barbier, *La violence par abus de dépendance*, *JCP G* 2016, 421) ; ou retenir la notion telle qu'elle inspire le statut de gérant de succursale visé à l'article L. 7321-1 C. trav. (D. Ferrier, *La violence économique...*)

dépendance puisque, d'une part, c'est précisément la raison de sa substitution à la seconde<sup>45</sup> ; d'autre part, elle se caractérise généralement par l'impossibilité de négocier<sup>46</sup>, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la difficulté, voire l'impossibilité pour la victime de trouver des solutions alternatives.

Sur l'abus, ensuite, sa référence à l'article 1143 C. civ. est ambiguë, ce qui s'explique sans doute par la double influence ici de la lésion et de la violence. Or selon l'interprétation retenue, l'utilité du dispositif s'en trouve directement affectée. Plusieurs analyses sont ici possibles :

- De manière radicale, l'abus serait, soit une condition de fond, distincte des autres conditions et défini comme une contrainte ou une pression qui s'exercerait par l'auteur de la violence sur la victime par ailleurs en état de dépendance ; soit, à l'opposé, la simple expression de la réunion des autres conditions que sont l'état de dépendance et l'avantage manifestement excessif.

- Entre ces extrêmes, deux solutions sont envisageables. Selon la première, l'abus serait une condition de fond, mais plus accueillante que celle tenant à une pression ou contrainte en ce qu'elle se caractériserait par la seule connaissance de la situation de dépendance de la victime et la conscience d'en tirer un avantage manifestement excessif. Selon la seconde, l'abus est une condition de fond, pas nécessairement plus accueillante mais dont l'existence serait présumée, de manière réfragable, du fait de l'état de dépendance et de l'avantage manifestement excessif.

## **2° . – Le contenu**

a) Le contrôle de l'équilibre peut déjà s'opérer au titre de l'article 1169 qui déclare nul le contrat dont la contrepartie convenue est, à la conclusion, illusoire ou dérisoire, consacrant une solution dégagée par la jurisprudence sur le fondement de la cause<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> V. supra.

<sup>46</sup> Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, conf. CA Paris, 18 déc. 2013, n° 12/00150 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525, conf. CA Paris, 11 septembre 2013 ; CA Paris, 25 novembre 2015, n° 12/14513.

<sup>47</sup> Cass. com., 8 févr. 2005 : *Bull. civ.*, IV, n° 21 ; Cass. com., 17 janv. 2012, n° 11-10.641.

Dans les contrats de distribution, cette règle permettra toujours au distributeur d'obtenir, notamment, la nullité d'un contrat d'approvisionnement exclusif lorsque l'engagement pris en retour par le fournisseur (prêt, crédit, garantie...) est dérisoire. Elle est toutefois l'occasion de préciser que la contrepartie visée par l'article 1169 n'a pas nécessairement à être appréciée de manière strictement objective<sup>48</sup>, comme la jurisprudence a pu l'affirmer précisément en matière d'approvisionnement exclusif<sup>49</sup>.

b) Le contrôle de l'équilibre peut surtout s'effectuer au titre de l'article 1171 C. civ. Il ne s'agit pas ici de reprendre l'analyse des différentes conditions d'application du texte<sup>50</sup>, mais seulement de déterminer là encore s'il est ou non plus accueillant que l'article L. 442-6, I, 2°.

A nouveau, il faut souligner que la comparaison n'est pertinente que si le choix s'offre à la victime, ce qui est débattu<sup>51</sup>.

D'un côté, l'adage *specialia generalibus derogant* devrait conduire à écarter l'article 1171 C. civ. au profit du seul article L. 442-6, I, 2° C. com., à condition que la relation relève de son champ d'application mais ce qui

---

<sup>48</sup> En ce sens, G. Wicker, La suppression de la cause et les solutions alternatives, in La réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journée franco-allemande, dir. R. Schulze, G. Wicker, G. Masch et D. Mazeaud, Soc. légis. comp, vol. 20, 2015, p. 107.

<sup>49</sup> Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-29820.

<sup>50</sup> Sur cette analyse, V. not. M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, JCP G 2016, 391 ; M. Chagny, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, AJCA 2016. 115 ; G. Chantepie et M. Latina, ouvr. préc., p. 105 S. Gaudemet, Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil, in Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, CCC 2016. Dossier 5, spéc. n° 12 ; S. Gaudemet, Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, Contrats conc. consom. 5/2016, n° 56 ; Th. Revet, Les contrats structurellement déséquilibrés, D. 2015. 1217 ; M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, in La réforme du droit des contrats, 1<sup>re</sup> Journée Cambacérès, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 255.

<sup>51</sup> Favorable : M. Chagny, RTD com. 2016, 451. Hostile, M. Behar-Touchais, art. préc. Plus dubitative, E. Claudel, RTD com. 2016, 460.



semble être nécessairement le cas s'agissant des rapports de distribution<sup>52</sup>. En outre, l'application du dispositif de droit commun risquerait d'aboutir au contournement du régime spécial d'ordre public concernant en particulier la spécialisation des juridictions<sup>53</sup>.

D'un autre côté, l'adage peut être contesté quant à son applicabilité car il n'est pas certain que les deux dispositifs soient placés dans un rapport de général à spécial ; et quant à sa portée car la valeur impérative de l'adage est contestée, d'autres arguments, notamment de politique juridique méritant également d'être considérés<sup>54</sup>.

En admettant la possibilité d'un choix, l'intérêt pour la victime d'agir sur le fondement du droit commun est au demeurant douteux au regard de ses conditions d'application, il l'est moins au regard de son régime.

Sur les conditions d'application, deux différences sont à relever, qui jouent en faveur de l'article L 442-6 C. com. D'abord, l'article 1171 exige un contrat d'adhésion, là où l'article L. 442-6 C. com. vise le fait de « soumettre ou tenter de soumettre ». Or, si la notion de contrat d'adhésion est discutée en raison de l'ambiguïté du texte – mais aussi de la portée que l'on souhaite lui reconnaître<sup>55</sup> –, et alors même que le contrat de

---

<sup>52</sup> Sauf à considérer qu'en visant le « partenaire », le texte exige qu'une relation préexiste entre les parties au contrat litigieux, ce qui nous paraît discutable (pourtant, Lyon, 16 mai 2013, n° 11/07152 : RTD com. 2013, 500, obs. M. Chagny).

<sup>53</sup> En revanche, le fait pour la victime d'agir sur le fondement du droit commun ne risque pas d'évincer l'action du ministre prévue à l'article L. 442-6, III dans la mesure où celui-ci, exerçant une action autonome, pourrait toujours agir sur le fondement du texte spécial.

<sup>54</sup> D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives, RDC 2/2016, p. 358.

<sup>55</sup> Sur ce débat, V. not. F. Chénéde, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, JCP 2016. 776 ; G. Chantepie et M. Latina, ouvr. préc., n° 147 ; RDC 1/2016 ; S. Gaudemet, Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, Contrats conc. consom. 5/2016, n° 56 ; Th. Revet, Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016, 1771.

Le débat porte principalement sur la notion de conditions générales, interprétée comme visant, pour les uns, des conditions nécessairement accessoires (F. Chénéde, art. préc.), pour les autres, « la plupart » des conditions indépendamment de leur caractère accessoire ou principal (Th. Revet).

- Selon la première interprétation, le contrat d'adhésion désignerait celui dont les clauses sont standardisées et correspond à des contrats « de masse ». Ainsi, F. Chénéde réserve la qualification aux contrats de consommation en raison de la nécessité de distinguer, d'une part, le contrat d'adhésion pour lequel le consentement insuffisamment éclairé, qui ne jouerait que pour les clauses

distribution est souvent présenté comme relevant de cette catégorie<sup>56</sup>, la notion de soumission nous paraît plus large. Autrement dit, si l'existence d'un contrat d'adhésion, compris comme celui dont la négociation est impossible et pas seulement absente, implique nécessairement une « soumission »<sup>57</sup>, la réciproque n'est pas vraie. Ensuite, l'article 1171

---

accessoire et au sein duquel l'absence de négociation serait indifférente ; d'autre part, le contrat de dépendance pour lequel le consentement est réfléchi mais non libre, qui pourrait jouer pour tout type de condition, même essentielle. Selon l'auteur, les contrats de distribution relèveraient donc des contrats de dépendance mais non d'adhésion, excluant alors l'article 1171 C. civ.

- La seconde interprétation nous paraît toutefois plus convaincante, par comparaison à L. 441-6 C. com. (qui oppose les conditions générales aux conditions particulières et non accessoires) et au regard du fait que la référence aux conditions essentielles visée par le projet antérieur a disparu. La difficulté est alors de fixer un seuil au-delà duquel on peut considérer que « la plupart » des conditions sont déterminées par avance (comp. J.-D. Barbier, application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux, Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 55, s'interrogeant à propos du bail commercial dans un centre commercial, qui comprend habituellement de nombreuses conditions générales, quelques conditions particulières avec notamment le loyer qui est une condition essentielle, et une annexe dérogeant aux premières).

Au demeurant, ce débat est entretenu par la notion de conditions « soustraites à la négociation » elle-même discutée. La version antérieure visait « soustraite à la libre discussion ». Pour certains, le changement ne serait pas anodin, car le texte définitif viserait l'absence pure et simple de négociation, et non les cas dans lesquels la négociation existerait mais ne serait pas libre. Il en résulterait en particulier que les contrats de dépendance précédemment évoqués ne relèveraient plus du texte définitif alors qu'ils auraient pu relever de la version antérieure (En ce sens, F. Chénéde et S. Gaudemet préc.). Pour d'autres, la référence à l'absence de « libre » négociation serait en réalité inutile, puisque le contrat d'adhésion se définit comme l'antonyme du contrat de gré à gré, lequel désigne celui dont les stipulations sont librement négociées (En ce sens, D. Fenouillet, Th. Revet et N. Eréséo, préc.)

<sup>56</sup> Contra F. Chénéde et S. Gaudemet préc., en raison de leur conception particulière du contrat d'adhésion (V. note précédente).

<sup>57</sup> V. toutefois Paris, 24 juin 2016, n° 13/20422 « si les contrats d'adhésion ne permettent pas a priori de négociations entre les parties, il incombe néanmoins à la partie qui invoque [L. 442-6, I, 2°] de rapporter la preuve qu'elle a dû accepter, du fait du rapport de force existant, des obligations injustifiées et non réciproques [alors qu'en l'espèce, elle] « n'invoque ni ne justifie de l'existence d'une pression, d'une contrainte, d'un rapport déséquilibré, d'un état de dépendance économique ou juridique l'ayant obligée à signer » les contrats en causes. Mais la formulation suggère que l'absence de négociation était voulue et non subie, autrement dit qu'il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion.

exclut expressément tout contrôle de l'équilibre économique, alors que l'article L. 442-6, tel qu'interprété par la Cour de cassation, l'autorise<sup>58</sup>.

Sur le régime, le recours à l'article L. 442-6 n'est pas nécessairement préférable, dès lors que l'on s'en tient à l'action de la victime, et donc sans considération pour l'action du ministre. La victime se trouve en effet contrainte par les règles spéciales attributives de compétences, voire par l'objet de sa demande puisque l'article 1171 C. civ. est sanctionné par le réputé non écrit, tandis que l'article L. 442-6, I, 2° ne semble lui ouvrir qu'une action en responsabilité, encore que la possibilité de demander la nullité donne lieu à une jurisprudence contradictoire<sup>59</sup>. De manière incidente, le dispositif de droit commun offrirait alors un avantage supplémentaire puisque le réputé non écrit serait imprescriptible alors que l'action en responsabilité (ou nullité) se prescrirait par 5 ans<sup>60</sup>.

## *B. – L'extinction du contrat*

### **1°. – Les causes**

S'agissant des causes d'extinction, l'hypothèse de la caducité d'un premier contrat en raison de la disparition d'un second qui lui est indivisiblement lié mérite d'être abordée car les relations de distribution reposent souvent sur un ensemble de contrats (un contrat de franchise associé à un contrat de bail, de prêt ou d'approvisionnement), alors que l'article 1186 al. 2 et 3<sup>61</sup> consacre précisément deux formes d'indivisibilité. L'indivisibilité objective qui tient à l'objet, au but ou contenu du contrat ;

---

<sup>58</sup> Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547

<sup>59</sup> Contre la nullité : Paris, 18 mai 2016, n° 14/12584 ; Versailles, 30 sept. 2004. Pour : Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 et plusieurs auteurs, V. not. M. Behar-Touchais, RLC, n° 20, juill. 2009, p. 146 ; M. Chagny, RLC 2004-1, n° 79 ; Y. Picod, Rép. civ., V° Nullité, 2013, n° 22 ; V. Sélinsky, La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, RLC 2005-2, n° 177, p. 114 s.

<sup>60</sup> A. Hontebérie, 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, D. 2016. 2180

<sup>61</sup> « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ».

l'indivisibilité subjective qui tient plus immédiatement à la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat. La référence à la volonté pose alors la question de l'efficacité des clauses de divisibilité face à un contrat qui présenterait objectivement un caractère indivisible. Cette question s'est notamment posée après que la Cour de cassation ait, en matière de location financière<sup>62</sup>, imposé une approche strictement objective de l'indivisibilité, rendant inefficace toute clause contraire.

Au regard de cette jurisprudence, l'interrogation est double : quel est le critère de l'indivisibilité objective<sup>63</sup> et, en dehors de la location financière ou plus largement du crédit, quelle place reste-t-il pour les clauses de divisibilité<sup>64</sup>.

L'indivisibilité objective suppose, selon l'article 1186 al. 2 C. civ., des contrats nécessaires à une même opération et couvre ceux dont l'exécution est rendue impossible par la disparition d'un autre<sup>65</sup>. Sur le caractère impératif de la règle posée, en revanche, aucune réponse n'est donnée et un doute demeure<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Cass. ch. Mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768. Rapp. 10 sept 2015, n° 14-17772.

<sup>63</sup> La jurisprudence vise les contrats qui n'auraient aucun sens, aucune raison d'être ou qui poursuivent le même but (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 13 mars 2008, n° 06-19339 ; Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-17407).

<sup>64</sup> Comp. Cass. com. 15 févr. 2000, n°97-1793, qui tient en échec une clause de divisibilité contraire à l'économie du contrat.

<sup>65</sup> On relèvera que la formule est plus restrictive que celle envisagée par le projet de réforme de 2015 qui retenait l'indivisibilité objective lorsque la disparition d'un premier contrat rendait l'exécution d'un second, non pas « impossible » mais « sans intérêt » (art. 1186 al. 2 du projet de 2015) , alors que dans ce dernier cas, l'exécution, bien qu'inutile, serait encore possible. Si l'on devait raisonner en termes de cause, on dirait que l'ancienne version admettait une approche subjective ou concrète de la cause (l'utilité convenue), là où la nouvelle renvoie exclusivement à une approche objective ou abstraite (la seule possibilité ou non d'exécuter le contrat).

<sup>66</sup> En faveur du caractère impératif, W. Dross, Clausier, 3<sup>e</sup> éd. Lexisnexis, 2016, p. 405, au nom de l'économie du contrat, mais qui ne cite que des décisions relatives à des opérations de crédit ; A. Benabent, Droit des obligations, 15<sup>e</sup> éd. Domat-LGDJ-Lextenso, 2016, n° 239. En faveur du caractère supplétif, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, ouvr. préc., n° 839 ; O. Deshayes, La formation du contrat RDC, en raison du principe de liberté contractuelle et au regard du fait qu'un tel aménagement conventionnel s'analyse en une clause de répartition des risques (mais l'argument ne prouve-t-il pas trop ? pourquoi la même solution ne s'imposerait pas en matière de crédit ?). Plus nuancée, C. Péres, Règles impératives et règles supplétives dans le nouveau droit des contrats, JCP G 2016, 454, qui

Au demeurant, dans le domaine de la distribution, la portée du dispositif est limitée par l'article L. 341-1 C. com. qui pose également une règle – impérative – d'indivisibilité, dont le champ d'application est à la fois plus large que l'article 1186 C. civ. en ce qu'il définit l'indivisibilité par le but commun entre les contrats<sup>67</sup>, et plus en ce qu'il suppose, pour son application, des restrictions au libre exercice par le distributeur de son activité commerciale<sup>68</sup>.

## 2°. – Les conséquences

S'agissant des conséquences de l'extinction, l'article 1221 C. civ. vient rétrospectivement au soutien de la célèbre jurisprudence rendue dans le contentieux opposant les pompistes aux enseignes pétrolières à propos de la restitution des cuves consécutive à la rupture du contrat, les premiers reprochant aux seconds le caractère abusif d'une telle demande<sup>69</sup>. On sait qu'un contentieux abondant s'est nourri de ce problème, auquel la jurisprudence sur l'indétermination du prix n'est d'ailleurs pas étrangère. Si une solution favorable aux pompistes s'est finalement dégagée, il faut rappeler qu'elle a été rendue sur le fondement du droit de la concurrence, la clause de restitution en nature apparaissant comme une restriction de concurrence en ce qu'elle avait pour effet d'empêcher les pompistes de changer d'enseigne. Elle trouve désormais un appui supplémentaire, sur le fondement du droit commun des contrats, dans la mesure où la restitution en nature, c'est-à-dire l'exécution forcée en nature de l'obligation de restitution, fait apparaître « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » au sens de l'article susvisé.

---

distingue selon que le contrat est d'adhésion ou de gré à gré. Hésitants, G. Chantepie et M. Latina, *ouvr. préc.*, n° 496.

<sup>67</sup> Dans le cas, par exemple, où le promoteur conclut deux contrats avec l'un de ses distributeurs sélectionnés, le premier pour les ventes réalisées dans le point de vente physique, le second relatif aux ventes réalisées par l'intermédiaire du site internet du distributeur, il y aurait indivisibilité au sens de la l'article L. 341-1 C. com., mais pas nécessairement au sens de l'article 1186 C. civ.

<sup>68</sup> Sur ce dispositif, D. Ferrier, L. du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution ?, D. 2015. 1904 ; N. Ferrier, Les apports de la loi Macron au droit de la distribution, *Montesquieu law review*, mars 2017 (en ligne) ; D. Mainguy, Premières vues sur le droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale, JCP E 2015, n° 1579 ; L. et J. Vogel, Un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté, *AJCA* 2015. 512.

<sup>69</sup> Sur laquelle, D. et N. Ferrier, *ouvr. préc.*, n° 607.