



HAL
open science

Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

Juanrong Wang

► **To cite this version:**

Juanrong Wang. Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Droit. Université de Lille, 2018. Français. NNT : 2018LILUD016 . tel-02523436

HAL Id: tel-02523436

<https://theses.hal.science/tel-02523436>

Submitted on 29 Mar 2020

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.



Communauté
d'Universités et d'Établissements
Lille Nord de France



ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université de Lille

N° attribué par la bibliothèque

_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

Juanrong WANG

Le 22 mai 2018

***Le droit de mettre fin
à une relation contractuelle de distribution***

JURY

Directeur de thèse :

M. Denis VOINOT

Professeur à l'Université de Lille

Membres du jury :

Mme Françoise AUQUE

Professeur à l'Université de Lille

M. Philippe BRUN

Professeur à l'Université Savoie-Mont-Blanc

Avocat général en service extraordinaire à la Cour de cassation

M. Frédéric BUY

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Mme Marie MALAURIE-VIGNAL

Professeur à l'Université de Versailles

À L.Y.

Principales Abréviations

AJDI : Actualité juridique du droit de l'immobilier.

AJCA : Actualité Juridique Contrats d'affaires.

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

D. : Recueil Dalloz.

DH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.

DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz.

fasc. : Fascicule.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

JCP G : La Semaine Juridique Générale.

JCP E : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires.

JCP N : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière.

JOAN : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale.

P.U.A.M. : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

RLDA : Revue Lamy Droit des affaires.

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial.

Sommaire

Partie I. Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution sous le contrôle de l'abus

Titre I. L'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

Chapitre I. L'identification du droit de mettre fin à la relation contractuelle

Chapitre II. L'applicabilité au contrat de mandat du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

Titre II. L'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Chapitre I. Le fondement du contrôle de l'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Chapitre II. Le critère du contrôle de l'abus : le manquement à l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle

Partie II. Le dépassement du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution par une indemnité de rupture

Titre I. La relativité du lien entre le droit de mettre fin à une relation contractuelle et l'indemnité de rupture

Chapitre I. L'impossibilité de justifier l'indemnité de rupture par la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Chapitre II. L'incohérence à justifier l'indemnité de rupture par une limitation du droit de mettre fin à une relation contractuelle

Titre II. Une indemnité justifiée indépendamment du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Chapitre I. La compensation de la perte d'un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce

Chapitre II. Une indemnité réservée à l'agent commercial

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Denis Voinot, pour avoir accepté de diriger cette recherche, pour ses conseils avisés et son soutien infaillible. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

Introduction

La distribution, entendue dans son sens économique, correspond à « l'un des trois stades économiques », « suivant celui de la production, précédant celui de la consommation »¹. Plus précisément, il s'agit d'« un service qui consiste dans la commercialisation de biens, produits, marchandises et de services rendus par le distributeur »². En retenant cette définition économique de la distribution, le droit de la distribution peut être compris comme un « ensemble des règles juridiques gouvernant les activités de mise à disposition des biens et des services au profit des utilisateurs finals entre le stade de la production et [celui] de la consommation »³. Actuellement, si la doctrine majoritaire reconnaît plus ou moins l'existence d'un droit de la distribution, elle émet cependant de nombreuses réserves quant à la consistance de cette matière. Ainsi, pour Messieurs Vogel, l'existence d'un droit de la distribution peut « difficilement être contestée », mais « la matière est difficile à cerner », à tel point qu'il « n'existe pas un,

¹ Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017, 1, p. 1 ; Nicolas Dissaux, Romain Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, 3, p. 13 : « En 1803, Jean-Baptiste Say (1767-1832) publie son maître livre *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*. Pour la première fois, la distribution est identifiée comme l'une des étapes clés de l'activité économique, entre la production et la consommation » ; Marc Vandercammen, Nelly Jospin-Pernet, *La distribution*, De boeck, 3^e éd., 2010, 1.1, p. 26 : « L'ensemble des activités réalisées par le fabricant avec ou sans le concours d'autres institutions, à partir du moment où les produits sont finis jusqu'à ce qu'ils soient en possession du consommateur final et prêts à être consommés au lieu, au moment, sous les formes et dans les quantités correspondant aux besoins des utilisateurs » ; Frédéric Buy, Marie Lamoureux, Jean-Christophe Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, 1, p. 13 : « Les économistes définissent la distribution de la façon suivante : une activité de services rendus, d'une part, à des producteurs par des intermédiaires chargés d'aider à la commercialisation d'un produit ou d'un service, et d'autre part, aux consommateurs en leur facilitant l'accès au bien et service convoité ».

² D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 4, p. 4.

³ F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1, p. 13 ; égal. 14, p. 22 : « S'il n'existe pas de Code de la distribution comme il existe un Code de commerce, il ne fait aucun doute, notamment depuis les travaux précurseurs de Jean-Marc Mousseron, qu'il existe un droit de la distribution dont on peut admettre, dans une première approche, qu'il "recouvre l'ensemble des règles qui gouvernent les opérateurs et les opérations tenant à cette activité économique" » ; D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 6, p. 6-7 : « La distribution peut être juridiquement définie comme l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et de consommateurs professionnels ou non professionnels ».

mais plusieurs droits de la distribution, en fonction du périmètre retenu »⁴. Allant plus loin, un auteur estime que le droit de la distribution « ne serait, en réalité, qu'un agrégat de droits, un carrefour de plusieurs disciplines fondamentales comme le droit de la concurrence, le droit des contrats ou encore le droit de la consommation »⁵. En effet, les ouvrages portant sur le droit de la distribution le présentent souvent comme un « droit pluridisciplinaire »⁶. Finalement, fondé sur la fonction économique de la distribution, le contenu du droit de la distribution présente peu d'homogénéité. D'ailleurs, cette façon de présenter le droit de la distribution fait l'objet de critiques. Tandis que certains auteurs estiment que cette « présentation fonctionnelle » n'est pas « opératoire »⁷, d'autres s'inquiètent du risque « d'aboutir à un catalogue de matières sans cohérence et difficilement maîtrisable »⁸. Aussi est-il opportun de retenir une notion plus restrictive de la distribution dans le cadre de cette recherche relative au contrat de distribution.

⁴ Louis Vogel, Joseph Vogel, *Droit de la distribution*, Lawlex, Bruylant, 2^e éd., 2017, 1, p. 9-10.

⁵ F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 23 ; Alexandra Mendoza-Caminade, *Droit de la distribution*, Montchrestien-Lextenso, 2011, 19, p. 6 : « Le droit de la distribution ne constitue pas une branche autonome du droit mais une matière pluridisciplinaire » ; d'ailleurs, le terme de « droit de la distribution » n'existe pas toujours en droit étranger, v. F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 15, p. 23 : « Pour être familière aux juristes français, l'expression "droit de la distribution" n'est pas répandue dans tous les pays. De nombreux systèmes préfèrent procéder de façon compartimentée, en distinguant un droit de la franchise (*franchising law*), un droit de la revente (*retail law*), un droit des contrats d'exclusivité (*exclusive dealing*), etC. Les expressions "système de distribution" ou "contrats de distribution" sont également parfois utilisées, mais jamais celle de "droit de la distribution" ».

⁶ Martine Behar-Touchais, Georges Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, 4, p. 4-5 : « L'affinement du droit de la distribution : la complémentarité du droit des contrats, du droit de la concurrence et du droit de la propriété industrielle » ; F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 16, 23 : « un droit pluriel ? » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2017, 32, p. 10-11.

⁷ F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1, p. 13 : « Les juristes ne peuvent toutefois se contenter de cette présentation fonctionnelle qui, aussi juste soit-elle, n'est pas opératoire ».

⁸ L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1, p. 9-10 : « Au sens large, le droit de la distribution pourrait regrouper l'ensemble des règles juridiques gouvernant les activités de mise à disposition des biens et des services au profit des utilisateurs finals entre le stade de la production et de la consommation. Une vision aussi extensive conduirait à y inclure notamment tout le droit du travail de la force de vente, l'ensemble du droit de la consommation, les règles d'urbanisme commercial, le régime des centres commerciaux... Cette conception tentaculaire présente des inconvénients certains. Chacun de ces thèmes constitue à lui seul une discipline à part entière, ayant ses propres spécialistes et soulève des questions qui ne sont pas nécessairement propres à la distribution. Le risque de l'exercice est d'aboutir à un catalogue de matières sans cohérence et difficilement maîtrisable ».

Selon l'article 1101 du Code civil, le contrat est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Dès lors, la définition du contrat de distribution nécessite au préalable une identification des parties au contrat. Partant de la définition économique de la distribution, trois hypothèses sont envisageables : un contrat conclu entre un fournisseur et un distributeur (accord vertical) ; un contrat conclu entre deux distributeurs (accord horizontal⁹) ; et un contrat conclu entre un fabricant et un consommateur (distribution directe¹⁰). Si ces types de contrat répondent bien tous les trois à la notion économique de distribution, ils ne seront pas tous retenus comme des contrats de distribution dans le cadre de cette thèse. En effet, conclus entre des opérateurs intervenant à différents stades économiques, ces contrats ne visent pas le même objet, ni présentent la même nature ; ils n'offrent dès lors pas une homogénéité suffisante pour constituer un champ d'examen judiciaire¹¹. Ainsi, dans le cadre de cette étude portant sur le contrat de distribution, seul sera examiné le contrat conclu entre un fournisseur et un distributeur, qui est la catégorie privilégiée par les ouvrages¹².

⁹ N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 680, p. 363 : « L'accent est toutefois désormais porté sur les accords que les distributeurs sont amenés à conclure dans le cadre d'un véritable réseau de distribution. Encore faut-il distinguer les accords conclus avec leurs fournisseurs de ceux qu'ils peuvent également conclure entre eux. Les premiers sont dits verticaux dans la mesure où ils relient deux entreprises qui, économiquement, ne se situent pas au même niveau du circuit de distribution ; les seconds sont dits horizontaux parce qu'ils unissent des entreprises qui interviennent au même niveau de ce circuit ».

¹⁰ D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 8, p. 7 : « Mais de nombreux actes de distribution ne constituent pas des reventes : prestations de services, intermédiations, ventes directes réalisées par un producteur auprès de consommateurs » ; N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 12, p. 17 : « Dans le cadre d'une distribution directe, producteur et consommateur sont donc face à face. [...] En somme, la distribution désigne une fonction d'intermédiation que ne cristallise pas toujours l'existence d'un intermédiaire » ; M. Vandercammen, N. Jospin-Pernet, *La distribution, op. cit.*, 1.1, p. 26 : « Elle (la distribution) ne nécessite pas forcément des intermédiaires (vente directe du producteur au consommateur) ».

¹¹ En ce qui concerne le contrat horizontal conclu entre les distributeurs, sur « un même site » ou « au sein d'une même structure », qui se regroupent « pour mettre en commun leurs moyens, leurs efforts, leurs savoir-faire, leur force de négociation, réduire leurs coûts... bref, parce que l'union fait la force » (N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 824 et s., p. 431 et s.) ; en ce qui concerne le contrat conclu entre le fabricant et le consommateur, il s'agit d'un contrat mixte qui présente une nature juridique différente des deux autres contrats.

¹² Dans le même sens de démarche, V. L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution, op. cit.*, 1, p. 10 : « Notre préférence va à la partie centrale et stratégique du droit de la distribution, celle des réseaux de distribution ».

La doctrine tente d'opérer des classifications parmi les différents contrats de distribution¹³ et retient fréquemment une classification fondée sur la structure économique de la distribution, distinguant la distribution organisée à l'initiative du fournisseur de celle organisée à l'initiative des distributeurs regroupés¹⁴. Cependant, le second type de distribution – celle organisée à l'initiative des distributeurs regroupés, également appelée « la grande distribution » – sera exclu du champ de notre recherche au regard de la notion de contrat de distribution. En effet, dans la grande distribution, la relation s'établit entre trois acteurs économiques : le groupement à l'achat¹⁵, les distributeurs et les fournisseurs. L'on recense au moins deux contrats dans cette relation tripartite : un contrat conclu entre le groupement à l'achat et les distributeurs affiliés, et un contrat-cadre conclu entre le groupement à l'achat et les fournisseurs, sous forme d'achat-vente ou de référencement¹⁶. Cette structure contractuelle, qui est trop éloignée

¹³ Daniel Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016, 469, p. 449 : « Impossible classification. Les classifications en la matière peuvent être variées ; elles sont souvent vaines. Ainsi peut-on adopter un regard très économique, distinguant les fonctions réalisées par ces contrats de distribution pour opposer contrat de diffusion, de représentation, de spécialisation ou de répétition, ou bien distinguant l'organisation des ventes ou des achats ou bien pour observer que certains contrats assurent une forme d'intégration de la distribution ou plus simplement que ces contrats permettent de créer des réseaux de distribution. On peut aussi retenir une classification fondée sur l'objet de ces contrats. Tous cherchent à organiser des ventes d'application entre les parties du contrat-cadre ou avec des tiers » ; Alain Ghozi, *Les contrats de distribution des produits, Essai sur une typologie*, thèse, Paris, 1995 : dans la première partie, l'auteur réalise un « classement des contrats de distribution non intégrés (en franchise et en distribution sélective) ou semi-intégrés (en concession exclusive et en contrat d'agence) ».

¹⁴ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, 8, p. 6 : « Mais la théorie générale des contrats de la distribution suppose elle-même un examen sous deux angles, selon que la distribution se fait à l'initiative du fournisseur ou à l'initiative des distributeurs regroupés. En effet, dans le premier cas, c'est le fournisseur qui crée un réseau de distributeurs (réseau de concessionnaires, de franchisés, de distributeurs sélectionnés ou agréés, voire de mandataires ou de commissionnaires, ou encore réseau de licenciés exclusifs). Ce sont ces contrats de la distribution en réseau dont nous étudierons la théorie générale dans une première partie. Dans le second cas, ce sont les distributeurs regroupés qui maîtrisent l'organisation de la distribution. Le rapport de force est inversé. Nous dégagerons donc dans une seconde partie la théorie générale de ces contrats de la grande distribution ».

¹⁵ Marie-Elisabeth André, *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1991, 35, p. 23 : « Les distributeurs vont, en premier, regrouper leurs forces d'achat en se liant à une structure que nous dénommerons généralement groupement à l'achat. Il peut s'agir [...] d'un groupement d'achat rassemblant dans une structure sociétaire ses bénéficiaires avant de les lier par un rapport contractuel ; il peut également s'agir d'une centrale d'achat ou de référencement indifférente à l'établissement d'un lien sociétaire avec ses bénéficiaires mais liée à chacun d'eux par un simple contrat ».

¹⁶ M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution, op. cit.*, 36, p. 23 ; Alain Sayag, *Le contrat-cadre, 2. La distribution*, Litec, 1995, p. 96 : « Si le contrat de référencement emprunte nécessairement la structure du contrat-cadre, le contrat d'affiliation – à l'exception, on le verra, du groupement coopératif – peut tout aussi bien revêtir cette même structure que s'en éloigner ».

de la distribution organisée par le fournisseur, nécessiterait d'être traitée séparément. Ainsi, seuls seront traités ici les contrats conclus dans le cadre d'une distribution organisée par un fournisseur.

La doctrine a en outre dressé une liste de caractères propres au contrat de distribution¹⁷ : il s'agit à la fois d'un contrat à exécution successive¹⁸, d'un contrat-cadre¹⁹, d'un contrat synallagmatique²⁰, d'un contrat à titre onéreux²¹, d'un contrat commutatif²²,

¹⁷ V. N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 237-246, p. 122-126.

¹⁸ Alinéa 2 de l'article 1111-1 du Code civil : « Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps ».

¹⁹ Article 1111 du Code civil : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution » ; Jean Gatsi, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996, 85 et s., p. 59 et s. : « Les applications du contrat-cadre avec obligation de contracter sont nombreuses dans le secteur de la distribution. Se trouvent "les contrats-cadre de distribution comportant une double obligation de contracter" (tels que les contrats de concession exclusive, les contrats de franchise) et "les contrats-cadre de distribution comportant une obligation unilatérale de contracter" (tels que les contrats de référencement, les contrats de distribution sélective, les contrats de distribution agréée) » ; Alain Sayag, *Le contrat-cadre, 1. Exploration comparative*, Litec, 1995, 25, p. 22 : « La distribution constitue le domaine pionnier en la matière, celui où le contrat-cadre est le plus fréquemment employé et où il joue généralement un rôle d'intégration, en permettant à un producteur – mais aussi à ses diffuseurs, des importateurs ou des prestataires de services, notamment dans l'hôtellerie, la réparation automobile, ou la location de matériels – d'intégrer ses distributeurs ou détaillants ou, à tout le moins, d'exercer un contrôle sur son marché » ; Jacques Raynard, Jean-Baptiste Seube, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 8^e éd., 2015, 33, p. 34 : « Le contrat-cadre apparaît depuis presque une trentaine d'années comme l'instrument juridique apte à concrétiser une volonté de coopération durable entre deux partenaires économiques. Son utilité est essentielle dans le secteur du droit de la distribution » ; Philippe Le Tourneau, « Ouverture », in *Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, journée d'études du 18 mars 2004, Université de Poitiers, études réunies par J.-C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 149 : en effet, certaines connotations sont souvent attachées à l'expression « distribution ». Elle laisse entendre une structure « organisée » et « regroupée », qui « n'est plus seulement disséminée et le jouet des simples initiatives individuelles comme dans le commerce d'antan ». Ainsi, le simple contrat de vente est souvent exclu par les ouvrages du droit de la distribution : V. M. Behars-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, 5, p. 4-5 ; de même, est souvent exclu de l'ouvrage le grossiste qui achète pour revendre, soumis aux règles du droit de la vente : V. M. Malaurie-Vignal, D. Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 57, p. 19.

²⁰ Alinéa 1^{er} de l'article 1106 du Code civil : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

²¹ Alinéa 1^{er} de l'article 1107 du Code civil : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ».

²² Alinéa 1^{er} de l'article 1108 du Code civil : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

d'un contrat *intuitu personae*²³, d'un contrat de dépendance²⁴, d'un contrat relationnel²⁵ et, souvent, d'un contrat d'adhésion²⁶. Au sein de cette catégorie générique se trouvent divers contrats tels que la franchise²⁷, la concession exclusive²⁸, la distribution sélective²⁹,

²³ Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13861 : Bull. civ. IV, n° 110 ; Bruno Petit, Sylvie Rouxel, Fasc. unique : Contrat. Classification des contrats, Jurisclasseur Civil Code, Art. 1105 à 1111-1, 44 : « Les contrats conclus *intuitu personae* sont ceux qui sont conclus en considération de la personne du cocontractant, c'est-à-dire ceux que l'on ne passe pas avec n'importe qui. Réciproquement, les contrats dépourvus d'*intuitus personae* sont donc ceux dans lesquels la personne du cocontractant est indifférente ».

²⁴ Georges J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986, 2, p. 10 : « Il est possible de définir [les contrats de dépendance] comme les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination ».

²⁵ Jean-Luc Aubert, Éric Savaut, Jacques Flour, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, 91, p. 81 : « Cette appellation, *a priori* étrange dans la mesure où tout contrat a vocation à établir une relation entre deux ou plusieurs personnes, vise à distinguer une catégorie de contrats qui auraient pour caractéristique, notamment, l'établissement de relations de coopération confiante vouées à durer, ce qui justifierait un régime juridique propre, marqué par la souplesse et la flexibilité tant au plan de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat. Une telle catégorie s'opposerait à celle du contrat discret, concernant des contrats, que l'on pourrait aussi dire "fugitifs", de formation et d'exécution instantanées et exclusifs de toute relation personnelle durable ».

²⁶ Alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

²⁷ V. Laurence Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, 12, p. 24-25 : Il s'agit d'« une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis ».

²⁸ Philippe Le Tourneau, *Les contrats de concession*, Litec, 2^e éd., 2010, 26, p. 11 : « La concession exclusive n'a pas été définie par le législateur. Il s'agit d'un contrat de distribution, de durée limitée, par lequel le concédant accorde exclusivement au concessionnaire le droit de revendre ses produits de marque sur un territoire déterminé : la reconnaissance au profit du concessionnaire d'une zone protégée est déterminante. De son côté, le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant (et accepte de se soumettre à de nombreux contrôles et contraintes) » ; sur la distinction entre la concession de distribution exclusive et la concession de fourniture exclusive, V. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution, op. cit.*, 9, p. 20.

²⁹ P. Le Tourneau, *Les contrats de concession, op. cit.*, 22, p. 9 : « La dénomination de cette forme de concession est "parlante" : le contrat de distribution sélective repose sur une sélection par le fournisseur de distributeurs qui assureront la revente de ses produits de manière adéquate grâce à leur compétence et à leurs installations ».

l'agence commerciale³⁰, etc. D'ailleurs, une distinction fondée sur la structure juridique de la distribution est souvent retenue, dissociant le contrat conclu avec un distributeur agissant pour son propre compte de celui conclu avec un distributeur agissant pour le compte d'autrui³¹. Néanmoins, la plupart des auteurs ont conscience du caractère simpliste³² des classifications doctrinales : « c'est toute la vitalité du droit de la distribution, aucune distinction ne résiste vraiment à la pratique »³³. La présente étude n'a pas pour ambition de consacrer une classification la plus pertinente des contrats de distribution. En effet, souhaitant privilégier l'étude de la fin d'une relation contractuelle de distribution, nous aborderons notre recherche sous un angle précis : l'examen des contrats de distribution en fonction de leur régime de fin de contrat.

Strictement parlant, la « fin du contrat » n'est pas une notion juridique ; cela désigne en réalité la « cessation du contrat ». Cependant, plutôt que d'employer l'expression « faire cesser le contrat », les textes³⁴ utilisent fréquemment celle de « mettre fin au contrat ». À titre d'exemple, l'article 1211 du Code civil dispose : « lorsque le

³⁰ Alinéa 1^{er} de l'article L. 134-1 du Code de commerce : « L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale ».

³¹ À titre d'illustration, M. Malaurie-Vignal distingue les distributeurs regroupés des distributeurs intermédiaires dans son ouvrage *Droit de la distribution, op. cit.* ; F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda distinguent la distribution par le recours aux intermédiaires et celle par le recours aux distributeurs-revendeurs dans leur ouvrage *Droit de la distribution, op. cit.* ; N. Dissaux et R. Loir distinguent les distributeurs agissant pour leur propre compte des distributeurs agissant pour le compte d'autrui, dans leur ouvrage *Droit de la distribution, op. cit.* ; pour Jean-Bernard Blaise et Richard Desgorces (*Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 9^e éd., 2017, 990, p. 559), « l'organisation de la distribution se caractérise par l'existence d'intermédiaires du commerce qui aident aux opérations de distribution et de revendeurs, commerçants indépendants, qui achètent pour revendre ».

³² M. Malaurie-Vignal, D. Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 63, p. 20 : « La vie économique est extraordinairement complexe et fluctuante. La distinction proposée est bien entendu simpliste par rapport à la réalité économique » ; égal. 64-66, p. 20-21 : dans la vie pratique, se trouve non seulement une « intégration plus ou moins poussée » du distributeur au réseau du fournisseur, mais également la situation des « fonctions mêlées », voire de « réseau horizontal et réseau vertical » sur un même distributeur.

³³ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, 1406, p. 774.

³⁴ Surtout ceux résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 26).

contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment »³⁵. Nous allons donc reprendre ce terme dans le cadre de notre travail.

En tant que contrat de dépendance et contrat relationnel, le contrat de distribution peut connaître une issue délicate³⁶. En effet, la fin du contrat de distribution peut placer une partie dans une « situation difficile » : prenons l'exemple d'un distributeur qui « a développé son activité en se spécialisant dans la commercialisation des produits d'une certaine marque », sachant en outre que la poursuite du contrat lui permettrait « de céder éventuellement son fonds de commerce ou ses parts dans la société qu'il exploite dans de meilleures conditions » ; dans l'hypothèse de la fin du contrat, « ne bénéficiant [alors] plus d'une source sûre et régulière d'approvisionnement, il n'est pas certain de retrouver immédiatement un fournisseur dont la qualité et la technicité des produits égalent celles du précédent »³⁷. Ainsi, si le contrat de distribution naît toujours grâce au consentement des parties, il se termine parfois par un différend entre elles, en raison des conséquences graves que sa fin peut entraîner. Bien entendu, il est toujours possible d'envisager une fin paisible approuvée par les deux parties. On parle alors de *mutuus dissensus*.

³⁵ De même, selon l'article 1210 du Code civil, « les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée » ; selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1229 du même code, « la résolution met fin au contrat » ; et selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1187 du même code, « la caducité met fin au contrat ».

³⁶ François-Luc Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, JOLY-Lextenso édition, 2009, 499, p. 334-335 : « [...] en matière de contrat de franchise, comme dans tous les contrats de distribution, que le franchisé se trouve dans une situation précaire et dans un état de dépendance à l'égard du franchiseur. L'extinction du contrat est une illustration de cet état de précarité, renforcé par le refus de la jurisprudence d'appliquer à la rupture d'un tel contrat le régime du mandat d'intérêt commun » ; P. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, *op. cit.*, 177, p. 84 : « Origines de la précarité des concessionnaires. Les plus importantes conséquences juridiques de l'indépendance du concessionnaire (et de sa dépendance de fait) se situent à la fin du contrat : "l'heure de vérité" sonne lors du dénouement. La rupture du contrat de concession est généralement le fait du concédant. Sauf dans les secteurs de très haute technicité, dans lesquels le concédant aura du mal à recruter de nouveaux concessionnaires qualifiés, le concédant occupe une situation privilégiée ».

³⁷ L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 189, p. 373-374 ; A. Sayag, *Le contrat-cadre*, 1. *Exploration comparative*, *op. cit.*, 222, p. 152 : « Lorsque, comme dans le secteur de la distribution, le contrat-cadre joue un rôle d'intégration, on conçoit aisément que le commerçant intégré puisse subir un préjudice très grave en cas de résiliation ou de non-renouvellement de son contrat. L'aspect le plus sensible du préjudice tient à ce que la clientèle suivra souvent un seul des contractants et ne se divisera pas. En général, elle reste attachée à la marque. En outre, la fin des relations s'avère économiquement inéquitable pour le distributeur lorsque le contrat lui a imposé l'obligation de réaliser de lourds investissements, correspondant aux spécifications du distribué, mais qui ne pourront être amortis et demeureront inutilisés ».

D'après l'ancien article 1134 du Code civil, les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». Après la réforme du 10 février 2016 en droit des obligations,³⁸ cette règle a été reprise à l'article 1193 dans ces termes : « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Cette révocation du contrat par un commun accord est souvent nommée « révocation amiable »³⁹ ou *mutuus dissensus*⁴⁰. C'est un « dissentiment mutuel » qui désigne « la volonté réciproque » des parties « de rompre les liens qui les unissaient »⁴¹. La solution est assez facile à comprendre : « ce que la rencontre des volontés a fait, une nouvelle rencontre des volontés peut le défaire »⁴². Cette nouvelle rencontre des volontés pour révoquer le contrat peut être expresse ou tacite⁴³. Cependant, la révocation mutuelle joue en pratique un rôle relativement « résiduel »⁴⁴. En effet, il n'est pas toujours facile de

³⁸ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

³⁹ Yves Picod, JCl. Civil Code, Art. 1134 et 1135, Fasc. unique : Contrats et obligations, 2017, 17.

⁴⁰ Thibault Douville, Christophe Alleaume, Anne-Sophie Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, 1^{re} éd., Gualino, 2016, p. 175.

⁴¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, p. 674.

⁴² T. Douville, C. Alleaume, A.-S. Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 175 ; Emmanuel Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 1, p. 125 : « Ce que la parole donnée a fait, l'échange des paroles peut le défaire. On n'observe guère que la chose ne va, après tout, pas de soi, et que la fidélité aux promesses devrait, pour plus de sécurité juridique, faire qu'il soit plus difficile de s'en dédire que de les donner ».

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1994 : Bull. civ. 1994, I, n° 175 : « La révocation d'un contrat par consentement mutuel peut être tacite et résulter des circonstances de fait souverainement appréciées par les juges du fond sans qu'il soit nécessaire d'en rapporter la preuve par écrit » ; RTD civ. 1995, p. 108, obs. J. Mestre ; Defrénois 1994, I, art. 35891, n° 116, note Ph. Delebecque.

⁴⁴ E. Putman, « La révocation amiable », *op. cit.*, 1, p. 125 : « Sans doute en est-il de la révocation par consentement mutuel, comme de nombreuses institutions de droit commun : elle ne joue dans la pratique qu'un rôle résiduel » ; égal. 3, p. 127 : « En tant que révocation d'un contrat, le *mutuus dissensus* est comme écrasé par une imposante voisine, la résolution judiciaire. Les effets de celle-ci servent inévitablement de référence, à l'égard de laquelle le *mutuus dissensus* revendique timidement une originalité, des conséquences qui lui sont propres » ; dans le même sens, Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 2016, 589, p. 651-652 : la formule de l'ancien article 1134 « donnant ainsi l'impression que le mode essentiel de résiliation (ou de révocation) du contrat est le *mutuus dissensus*, l'accord des parties (leur "consentement mutuel") pour ne plus exécuter, et qu'il n'y aurait par ailleurs que quelques modes aussi accessoires que rares prévus par la loi. En réalité, il en est tout autrement. Le *mutuus dissensus* est probablement assez rare en pratique. En outre, il n'apparaît presque jamais devant

réunir les parties pour prendre cette décision commune. Dans les hypothèses où les parties se mettent d'accord pour révoquer le contrat, il est fréquent qu'elles en anticipent également les conséquences ; il y a dans ce cas peu de chance d'aboutir à un conflit judiciaire⁴⁵. De surcroît, lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, la possibilité de résilier unilatéralement le contrat enlève la nécessité de faire appel à la révocation mutuelle⁴⁶. Par conséquent, les fins de contrat qui se déroulent sur un mode amiable ne présentent pas d'attrait particulier au regard du sujet de notre recherche car lorsqu'il n'y a pas de conflit entre les parties, il n'y a pas de problèmes à résoudre. En d'autres termes, en raison de leur intérêt pratique, nous privilégierons les fins conflictuelles de contrat de distribution : puisqu'une fin conflictuelle suppose nécessairement un désaccord entre les parties sur le sort de leur contrat.

Cela étant dit, le terme « contrat » paraît insuffisant pour décrire la réalité qui préoccupe les parties. Lorsque le contrat est à durée indéterminée, cette insuffisance n'est pas visible, car dans cette hypothèse, le sort du contrat coïncide souvent avec celui de la relation entre les parties. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, l'insuffisance du mot « contrat » devient patente. Par exemple, à l'arrivée du terme extinctif d'un contrat à durée déterminée, ce qui préoccupe les parties n'est pas le simple constat de l'extinction dudit contrat, mais leur avenir, à savoir si la collaboration entre elles sera ou non continuée. Ainsi, si l'on choisit le terme de « fin du contrat », on sera limité par le cadre contractuel : la fin d'un contrat à durée déterminée ne sera traitée que sous l'angle du présent (les effets de l'arrivée du terme contractuel), et non pas sous celui de l'avenir (les conséquences du refus de renouvellement). C'est pourtant ce dernier angle qui reflète le mieux la réalité économique pour les deux parties : à leurs yeux, la fin d'un

les juges puisque, si les parties sont d'accord, c'est par hypothèse qu'il n'y a pas litige, à moins que l'une d'entre elles ne change par la suite d'avis ».

⁴⁵ E. Putman, « La révocation amiable », *op. cit.*, 15, p. 131, « Mode de rupture paisible, le *mutuus dissensus* n'est pas normalement destiné à avoir une histoire judiciaire. Aussi sa place assez modeste dans les recueils de jurisprudence et les bases de données juridiques pourrait-elle être le signe de sa bonne santé ».

⁴⁶ Bertrand Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2016, 354, p. 300 : « Il faut dire que lorsque le contrat est à durée indéterminée, [la révocation mutuelle] est éclipsée par la faculté de résiliation unilatérale reconnue à chaque partie, de sorte qu'elle n'est véritablement indispensable que lorsqu'il s'agit de mettre fin de manière anticipée à un contrat à durée déterminée. Mais dans cette hypothèse, sa rareté s'explique par l'exigence d'un consentement unanime des parties : ce qu'ensemble elles ont fait, ensemble elles doivent le défaire ; or il s'en trouve souvent une pour exiger que le contrat soit exécuté jusqu'au bout ».

contrat à durée déterminée n'est pas une échéance claire car l'incertitude subsiste quant à l'avenir de leur relation. Elles peuvent toujours poursuivre leur activité avec le même partenaire, conservant le même courant d'affaires, que ce soit sous la forme d'un contrat à durée indéterminée ou d'un renouvellement du contrat à durée déterminée initial. En effet, le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée dépasse le seul cadre contractuel, se situant entre la fin de l'ancien contrat et la potentielle naissance d'un nouveau contrat. Plus précisément, l'hypothèse du non-renouvellement – pourtant souvent traitée, avec la résiliation du contrat à durée indéterminée, parmi les hypothèses de fin du contrat⁴⁷ – dépasse le cadre de la seule « fin du contrat ». En d'autres termes, le renouvellement d'un contrat à durée déterminée présente un effet similaire en pratique à la continuation d'un contrat à durée indéterminée ; corrélativement, le refus de renouveler un contrat à durée déterminée présente un effet similaire en pratique à la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, et les deux hypothèses présentent un intérêt à être traités simultanément. D'où l'utilité de faire appel à la notion de « relation »⁴⁸. Cela d'autant que ce dépassement du cadre contractuel *via* la notion de relation existe déjà en droit positif. L'exemple type est la notion de « rupture d'une relation commerciale établie »⁴⁹ prévue par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La notion de « relation commerciale établie » est valable dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée comme dans celui d'une succession de contrats à durée déterminée⁵⁰. Néanmoins, elle peut également « être

⁴⁷ À titre d'illustration, V. L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, pp. 411-423, 603-604, 714-720 et 898-990.

⁴⁸ Ariane de Guillenchmidt-Guignot, Fasc. 15 : Typologie des contrats, *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, 2016, 67 : « Il a été proposé de remplacer la notion de contrat à exécution successive par celle de relation : dès lors que les parties seraient liées dans le temps, on serait en présence non plus d'un contrat mais d'une relation. Ces situations permettraient de dépasser la simple notion de contrat entre les parties et de considérer qu'elles sont incomplètes par nature et évolutives ».

⁴⁹ Antoine de Brosses, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *Droit & Patrimoine*, 1^{er} juin 2003, 116 : « Cette notion, qui ne correspond à aucune définition juridique précise, a été choisie pour englober tout type de situation contractuelle ».

⁵⁰ Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19200, SA Comexpo Paris c/ SARL Christian Carbonnières : *Bull. civ. IV*, n° 110 : « Mais attendu que par motifs propres et adoptés l'arrêt retient que la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie ».

constatée en dehors de tout formalisme contractuel »⁵¹, tout comme elle peut être précontractuelle ou post-contractuelle⁵². Ainsi, la notion de relation commerciale établie a un champ plus large que celui de relation contractuelle – objet de notre étude –, qui se limite à un rapport dans le cadre d'un contrat.

Bien entendu, considéré dans un sens large, l'adjectif « contractuel » peut englober des hypothèses très variées, mais dans notre recherche, il sera retenu dans un sens restrictif et fonctionnel : la fin d'une relation contractuelle désignera la cessation de l'existence du contrat de distribution entre les deux parties, soit en raison de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, soit en raison du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée⁵³. En adoptant l'expression de « fin d'une relation contractuelle de distribution », il sera possible de traiter sous un même et unique angle – celui du désaccord quant à la continuation de la relation contractuelle de distribution – les problématiques posées par la fin du contrat, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée. En effet, lorsque la poursuite de la relation est souhaitée par l'une des parties mais repoussée par l'autre, se pose la question du droit de mettre fin à une relation, dont l'exercice relève d'un acte juridique unilatéral⁵⁴. Néanmoins, en admettant l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, comment doit-elle être

⁵¹ Andrée Grizaut, « Rupture brutale des relations commerciales. Réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », *Droit & Patrimoine*, 1^{er} juin 2003, 116 ; Nathalia Kouchnir-Cargill, « Rupture brutale des relations commerciales : la notion de relation établie sujette à interprétation », *Revue Lamy droit des affaires*, 1^{er} juill. 2012, n° 73 : « De jurisprudence constante, des relations entretenues de manière suivie, stable et régulière, avec ou sans contrat, sont ainsi considérées comme des relations établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce » ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10216, Sté John Deere c/ Sté LMG : « Des relations commerciales entre deux sociétés peuvent être établies même si elles ne sont pas liées par un contrat ou qu'elles peuvent se prolonger après la cessation de leur contrat ».

⁵² Laurence Nicolas-Vullierme, Fasc. 300 : Rupture brutale des relations commerciales établies, *Jurisque Concurrence-Consommation*, 2012, 12 ; pour la rupture d'une relation précontractuelle, v. Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11916, Sté Alprene c/ M. C. ; pour la rupture d'une relation post-contractuelle, v. Cass. com., 24 nov. 2009, n° 07-19248, Sté Carré Blanc Distribution c/ Sté Ame.

⁵³ L'exclusion des autres hypothèses sera précisée dans le chapitre I du titre I de la I^{re} partie de notre travail.

⁵⁴ Rafael Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, 4, p. 8-9 : « Il est bien rare que l'extinction d'un contrat soit présentée en doctrine sous l'angle d'un acte unilatéral. Si tel est le cas, ce n'est que de manière incidente, comme s'il s'agissait de relever une constatation mineure et sans importance » ; « Si la doctrine accorde aussi peu d'importance au fait que le congé répond à la qualification d'acte unilatéral, c'est que l'extinction du contrat concentre toute son attention. Ce sera d'autant plus le cas lorsque la stabilité du rapport contractuel apparaît comme un intérêt digne de protection ».

appréhendée au regard du régime de la fin du contrat de distribution ? Telle est la question à laquelle notre travail de recherche va s'efforcer de répondre.

Aujourd'hui, l'on recense deux types de régimes applicables à la fin du contrat de distribution : d'une part, celui de droit commun, applicable à la plupart des contrats de distribution lorsqu'ils prennent fin ; d'autre part, des régimes spécifiques, applicables à une minorité de contrats de distribution et qui prévoient une indemnité au profit du distributeur à l'issue de la relation contractuelle. On désigne ici par « distributeur » aussi bien l'agent commercial que les distributeurs salariés et les distributeurs assimilés aux salariés (tels le VRP, le gérant de succursale⁵⁵ et le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire⁵⁶). L'indemnité évoquée ci-dessus n'est pas la même pour chacun d'eux : l'agent commercial bénéficie d'une indemnité de rupture⁵⁷ ; le gérant de succursale, le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire et le distributeur salarié peuvent bénéficier d'une indemnité de licenciement⁵⁸ pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, ou d'une indemnité de précarité⁵⁹ pour le

⁵⁵ Article L. 7321-1 du Code du travail : « Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre » ; article L. 7321-2 du même code : « Est gérant de succursale toute personne : 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise »

⁵⁶ Article L. 7322-1 du Code du travail : « Les dispositions du chapitre I^{er} sont applicables aux gérants non salariés définis à l'article L. 7322-2, sous réserve des dispositions du présent chapitre » ; article L. 7322-2 du même code : « Est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité ».

⁵⁷ Article L. 134-12 du Code de commerce : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ».

⁵⁸ Article L. 1234-9 du Code du travail : « Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement ».

⁵⁹ Article L. 1243-8 du Code du travail : « Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a

non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ; quant au VRP, il relève d'un régime hybride lui permettant de prétendre alternativement aux indemnités du salarié ou à une indemnité de clientèle⁶⁰. La coexistence d'un régime de droit commun et des régimes spécifiques constitue un obstacle à la compréhension du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Tout d'abord, il ressort de l'examen de l'application du droit commun aux contrats de distribution qu'il existe bien un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Par conséquent, lorsqu'une partie exerce ce droit, elle peut être soumise au contrôle de la théorie de l'abus de droit, mais ne doit pas être « sanctionnée » par une obligation corrélative d'indemniser son partenaire. Cependant, en dépit de cette règle, la mise en œuvre de ce droit donnera lieu à l'indemnisation quasiment systématique de certains distributeurs soumis aux régimes spécifiques. On est dès lors en droit de se demander s'il n'y a pas une négation de ce droit, ou tout du moins une restriction de ce droit dans les régimes spécifiques. La réponse à cette question requiert d'examiner la justification de cette indemnité. Toutefois, lorsque l'indemnité de la fin du contrat est accordée à un distributeur salarié ou assimilé à un salarié, la recherche de la justification de cette indemnité peut facilement prendre une direction inopportune.

En effet, pour les distributeurs salariés ou assimilés à des salariés, la cause de l'indemnisation en fin de contrat se trouve en droit du travail. Le critère de qualification du contrat de travail est l'existence d'un lien de subordination du salarié envers son employeur⁶¹. Cette subordination permet de « compenser l'impossibilité » pour l'employeur « de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a

droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation ».

⁶⁰ Article L. 7313-13 du Code du travail : « En cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en l'absence de faute grave, le voyageur, représentant ou placier a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui » ; article L. 7313-17 du même code : « Lorsque l'employeur est assujéti à une convention ou accord collectif de travail ou à une décision unilatérale de sa part ou d'un groupement d'employeurs, le voyageur, représentant ou placier peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, bénéficier d'une indemnité ».

⁶¹ Alain Supiot, *Le droit du travail*, Puf, 6^e éd., 2016, p. 65 ; Jean-Pierre Chauchard, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », in *La subordination dans le travail*, La documentation française, J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet (dir.), 2003, p. 21.

conventionnellement acquis la jouissance »⁶², et constitue « une condition structurelle d'existence du marché du travail ». Ce critère du lien de subordination décrit une dépendance juridique du salarié à l'égard de son employeur : le premier doit respecter les prescriptions du second et est exposé à ses contrôles et sanctions⁶³. Néanmoins, « bien que la Cour de cassation réaffirme périodiquement son attachement à cette conception personnelle et restrictive de la subordination, le droit du travail a cependant fait une large place à l'idée de subordination fonctionnelle, élargissant ainsi son champ d'application à de nombreux travailleurs en situation de dépendance économique »⁶⁴, parmi lesquels se trouvent notamment le VRP et le gérant de succursale⁶⁵. Se pose ainsi la question de la possibilité de faire bénéficier du régime du salarié les autres distributeurs en situation de dépendance économique. À cet égard, un auteur affirme qu'« il n'y a pas de différence fondamentale entre certaines manifestations du pouvoir de l'employeur et des formes de subordination du travailleur indépendant. On y trouve des domaines proches : critères d'entrée dans des « professions » dont le marché se ferme de plus en plus ; contrats commerciaux “précaires” qui engagent la responsabilité des prestataires ; imposition de normes de qualité, d'entretien des compétences par les “marques”, les “franchises” ou les donneurs d'ordre, etc. »⁶⁶. En résumé, cette voie de recherche amènerait à se pencher sur le fondement du contrat de travail, et son éventuelle extension aux travailleurs

⁶² A. Supiot, *Le droit du travail, op. cit.*, p. 66 ; dans le même sens, Thierry Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, 1992, n° 76, p. 86-87 : « L'objectivation de la force de travail s'opère par la subordination juridique. Pouvant être définie dans son acceptation première comme l'engagement d'un débiteur de se soumettre aux ordres que lui donne un créancier, relativement à l'exécution de sa prestation, la subordination atteint la subjectivité de la personne ; elle affecte l'une des prérogatives essentielles de la qualité de sujet de droit : l'autonomie d'action ».

⁶³ Yann Aubrée, *Contrat de travail (Existence-Formation)*, Répertoire du Droit du travail, Dalloz, 77-91.

⁶⁴ A. Supiot, *Le droit du travail, op. cit.*, p. 70.

⁶⁵ Anne-Chantal Hardy-Dubernet, « La subordination du point de vue de la sociologie », in *La subordination dans le travail, op. cit.*, p. 55 ; dans le même sens, A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, févr. 2000, n° 2, p. 131 : « l'opposition jadis si nette entre le travailleur subordonné et le professionnel indépendant apparaît aujourd'hui beaucoup plus floue. D'un côté l'exigence de la qualité des produits oblige à rendre une certaine autonomie au travailleur salarié ; de l'autre, l'asservissement du travailleur indépendant à des disciplines industrielles conduit à une dégradation de la qualité des produits ».

⁶⁶ Jean-Pierre Le Crom, « Retour sur “une vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », in *La subordination dans le travail, op. cit.*, p. 80 : « Les années trente et quarante sont également marquées par un phénomène d'assimilation au salariat, complète ou partielle, définitive ou progressive, de certaines professions ».

juridiquement indépendants mais économiquement dépendants. Néanmoins cet objectif, qui relève davantage du droit social, nous éloignerait du sujet à traiter⁶⁷. Dès lors, n'ayant pas pour ambition de faire une recherche sur la justification du régime spécifique au droit social, nous nous concentrerons sur l'étude d'un type de contrat conclu avec un distributeur indépendant et non soumis aux règles du droit social. L'agence commerciale nous paraît constituer le modèle idéal pour appréhender la notion d'indemnité de fin de contrat de distribution. En revanche, les indemnités accordées au VRP et aux autres distributeurs assimilés aux salariés seront évoquées à titre de comparaison.

Ainsi, seront d'abord examinées l'existence et la limite du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, avant de vérifier son éventuelle remise en cause par l'indemnité de rupture à l'agent commercial. En effet, si ce droit est encadré par la théorie de l'abus (I), il n'est pas pourtant remis en cause par l'indemnité de rupture, car cette dernière constitue un dépassement de ce droit (II).

⁶⁷ De surcroît, la justification du droit social se trouve probablement dans l'adjectif « social », en ce qu'elle est fondée sur les situations sociales des parties. V. A.-C. Hardy-Dubernet, « La subordination du point de vue de la sociologie », *op. cit.*, p. 47 : « Face à cette approche large du “lien de subordination”, qui tend à en faire un présupposé de toute relation de travail, le droit n'en retient qu'une portion congrue. Ceci tient au fait que le critère de la subordination a été élaboré dans l'objectif de qualifier une relation de travail afin d'ouvrir aux salariés un ensemble de droits qui visent à les protéger contre les risques professionnels et à limiter l'inégalité des parties devant le contrat de travail. Cette inégalité, reconnue, implique un rapport de domination que le droit peut alors circonscrire et réguler en inscrivant des contreparties en faveur des “dominés”. Il s'agit, en l'occurrence, d'accorder un droit, pour un individu, à entraver la liberté d'un autre individu, les deux étant considérés comme des citoyens égaux par ailleurs » ; J.-P. Le Crom, « Retour sur une “vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », *op. cit.*, p. 78 : « Au début des années trente, une partie importante de la doctrine travailliste naissante développe un point de vue large, qu'on pourrait qualifier de social, voire de politique, qui va exercer une forte influence sur l'évolution postérieure de la notion de lien de subordination comme critère du contrat de travail » ; « Paul Cuhe n'est pas seul à défendre un tel point de vue. Dès 1924, René Savatier défendait aussi l'idée selon laquelle “toutes les fois qu'un rapport de droit est fondé sur la condition sociale des parties, c'est cette condition sociale de la personne qui doit servir de critérium à son application, plus que les caractères juridiques du contrat intervenu” ».

Partie I. Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution sous le contrôle de l'abus

L'affirmation d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution nécessite de démontrer son existence et d'examiner ses limites.

D'abord, en ce qui concerne son existence, il n'y a pas de texte législatif consacrant un tel droit. Aucun régime spécifique n'est élaboré au profit des distributeurs commerçants. Quant aux régimes spéciaux applicables aux distributeurs mandataires et aux distributeurs salariés, ceux-ci ne prévoient pas de règles dérogeant au droit commun en relation avec l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle. Par conséquent, l'examen de l'existence du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution conduit à étudier ce droit à la lumière du droit commun.

Ensuite, en ce qui concerne les limites du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, elles relèvent de son exercice qui est soumis au contrôle de la théorie de l'abus de droit. Plus précisément, ce droit subjectif⁶⁸ peut être défini comme une prérogative reconnue à une partie au contrat de distribution de faire cesser la relation contractuelle. Toutefois pour déterminer la limite de cette prérogative, il ne suffit pas d'étudier la théorie générale de l'abus de droit, mais il faut déterminer les particularités dans l'application de cette théorie au droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

En résumé, l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution **(I)** suppose d'identifier un droit applicable à l'ensemble des contrats de

⁶⁸ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, reproduction de l'édition 1952, préface de Christian Atias, Boulton Senior Fellow McGill University, 2008, p. 105 : « Le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien » ; G. Michaélidès-Nouaros, « L'évolution de la notion de droit subjectif », RTD civ. 1966. 216, p. 223 : « D'après la définition dominante, le droit subjectif est un pouvoir de volonté (ou une prérogative) reconnu à un particulier par l'ordre juridique pour la satisfaction d'un intérêt humain » ; Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Introduction au droit*, Sirey, 16^e éd., 2016, 187, p. 207 : « Le droit subjectif, dans sa compréhension d'origine, déborde singulièrement l'idée de prérogative individuelle puisée par la personne dans la règle de droit objectif ».

distribution. Néanmoins, l'exercice de ce droit subjectif est susceptible d'être contrôlé par la théorie de l'abus **(II)**.

Titre I. L'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

En absence de règles spécifiques sur l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, la démonstration de l'existence de ce droit nécessite d'identifier un droit de mettre fin à la relation contractuelle en droit commun, avant de vérifier son application à l'ensemble des contrats de distribution.

D'une part, le droit de mettre fin à la relation contractuelle, lorsqu'il est mis en œuvre, entraîne forcément une fin de la relation contractuelle. Cependant, toutes fins de relation contractuelle ne découlent pas de la mise en œuvre de ce droit. Ainsi, l'identification de ce droit subjectif nécessitera d'examiner préalablement des différentes hypothèses de fin de relation contractuelle, ce qui permettra à la fois de déterminer son champ et son fondement.

D'autre part, si l'existence du droit de mettre fin à la relation contractuelle est incontestable à l'égard de la plupart des contrats de distribution, elle est plus délicate à admettre s'agissant d'un contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire. En effet, dans le régime du mandat, une faculté de révocation *ad nutum* est accordée au mandant, qui lui permet de mettre fin au contrat dès qu'il le souhaite. Cette faculté a un contenu différent du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Il convient donc de se demander si cette particularité du contrat de mandat remet réellement en cause l'existence d'un droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

Après l'identification du droit de mettre fin à une relation contractuelle **(I)**, il convient d'examiner son applicabilité au contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire **(II)**. Le résultat de cet examen révélera l'existence ou non d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Chapitre I. L'identification du droit de mettre fin à la relation contractuelle

Il n'existe pas *une fin* de relation contractuelle, mais *des fins* de relation contractuelle. Plus précisément, les fins d'une relation contractuelle ne s'expliquent pas toujours par l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle.

En effet, la mise en œuvre d'un droit subjectif est un acte juridique. Par conséquent, doivent être exclues du droit subjectif les fins de relation contractuelle qui ne découlent pas d'un acte juridique, mais d'un fait juridique. En suivant ce raisonnement, l'identification du droit de mettre fin à une relation contractuelle est facile lorsque la fin est entraînée soit par un acte juridique, soit par un fait juridique.

Cependant, il existe également une situation hybride qui est la fin d'une relation contractuelle entraînée par le cumul d'un fait juridique et d'un acte juridique. Il est alors plus délicat de déterminer si cette hypothèse relève de la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle.

Ainsi, il convient d'exclure les fins de relation contractuelle entraînée par un fait juridique, afin de ne retenir que celles entraînées par un acte juridique **(I)**. Sera ensuite déterminée la nature d'une fin de relation contractuelle entraînée par le cumul d'un fait juridique et un acte juridique **(II)**

Section I. La fin d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique ou un acte extinctif

Si l'acte juridique et le fait juridique ont d'abord été définis par la doctrine⁶⁹, ils ont, depuis la réforme du droit des obligations du 10 février 2016⁷⁰, une définition légale dans le Code civil : « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit »⁷¹, tandis que « les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »⁷². En effet, l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle relève d'un acte juridique, et non pas d'un fait juridique. Par conséquent, doivent être exclues du droit de mettre fin à une relation contractuelle les fins d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique (§ I), pour ne retenir que les fins entraînées par un acte juridique (§ II).

§ I. L'exclusion de la fin d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique

Lorsque le contrat prend fin en raison de la caducité (A), de la force majeure (B) ou encore de l'arrivée du terme extinctif (C), la fin de la relation contractuelle est entraînée par la simple réalisation d'un fait juridique : aucune volonté supplémentaire des parties n'est exigée.

⁶⁹ Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 7 : « Si l'on suppose pour acquise la participation du sujet de droit à la construction de l'ordre juridique dans lequel il vit, celle-ci se traduit par des actes qu'on qualifie en général de juridiques, pour les opposer aux actes matériels dont la finalité première n'est pas de produire des effets juridiques tels » ; « Il n'y a pas trace de l'expression dans les codifications napoléoniennes. Seul le contrat, acte bilatéral, a fait l'objet d'une véritable systématisation jugée suffisante, ce qui reste en partie vrai. Il faut attendre le Code civil allemand pour que soit construite une véritable théorie de l'acte juridique, coiffant la théorie générale du contrat, qui intéressera la doctrine française à partir de la fin du XIX^e siècle » – *En ce qui concerne l'acte juridique*, V. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 11^e éd., 2016, p. 19 : « une opération juridique consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique » ; Serge Guinchard, Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., 2016, p. 26 : « Manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit » – *En ce qui concerne le fait juridique*, V. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 449 : « fait quelconque auquel la loi attache une conséquence juridique qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur de fait » ; S. Guinchard, T. Debard, *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 493 : « agissement ou événement auquel la loi attache des effets de droit ».

⁷⁰ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

⁷¹ L'article 1100-1 du Code civil.

⁷² L'article 1100-2 du Code civil.

A. La caducité : une fin de la relation contractuelle entraînée par la disparition d'un élément essentiel à l'efficacité du contrat

Avant la réforme du droit des obligations susvisée, la caducité du contrat n'était pas spécifiquement traitée par le Code civil, mais elle n'était pas négligée par la jurisprudence⁷³. Désormais, elle est présentée par ledit code comme l'une des sanctions du défaut de conditions de la formation du contrat⁷⁴, postérieurement à la formation de celui-ci. Ainsi, « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît »⁷⁵. Par conséquent, la qualification de la caducité dépend de celle des « éléments essentiels » d'un contrat. Or la caducité étant présentée comme une sanction de la formation du contrat, on peut légitimement penser que les « éléments essentiels » sont les conditions de la validité du contrat. Cette vision est partagée par certains auteurs⁷⁶. Néanmoins, toutes les conditions de la formation du contrat ne peuvent pas être qualifiées d'éléments essentiels dont la disparition entraînera la caducité du contrat. Un exemple est souvent cité à cet égard : si la condition de *capacité* est indispensable pour la formation

⁷³ À titre d'exemple, Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-17646 : Bull. civ. I, n° 241 : « ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive de M. Y, la cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité ».

⁷⁴ Il suffit de regarder la place des articles relatifs à la caducité au sein du Code civil : sous-titre I : Le contrat ; chapitre II : La formation du contrat ; section 4 : Les sanctions ; sous-section 2 : La caducité.

⁷⁵ L'article 1186 du Code civil.

⁷⁶ En effet, la seule formulation de l'article 1186 permet difficilement de porter un quelconque jugement sur le lien avec les conditions de validité du contrat. *Dans le sens de l'existence d'un lien entre les « éléments essentiels » de l'article 1186 et les conditions de la validité du contrat*, V. Thibault Douville, Christophe Alleaume, Anne-Sophie Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 164 : « Pour autant, la nouvelle formulation de l'article 1128 du Code civil pourrait ne pas révéler l'intention de remettre en cause le lien existant entre conditions de validité du contrat et fait générateur de caducité » ; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 4^e éd., 2016, n° 479, p. 530 : « Les éléments essentiels sont tous ceux qui sont nécessaires à la formation d'un contrat, à savoir la capacité, le consentement, ou le contenu du contrat » ; Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2016, p. 87 ; Bertrand Fages, *Droit des obligations*, n° 212, p. 191 – *Dans le sens de l'inexistence d'un lien entre les « éléments essentiels » de l'article 1186 et les conditions de la validité du contrat*, V. Christian Larroumet, Sarah Bros, *Traité de droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat*, Economica, 8^e éd., 2016, n° 499, p. 195 : « La formule laisse entendre clairement la distinction entre les conditions de validité du contrat et les éléments essentiels autres que les conditions de validité ».

du contrat, elle n'est pas forcément nécessaire pendant l'exécution du contrat⁷⁷. D'ailleurs, outre les conditions légales de la formation du contrat, se pose la question des conditions extérieures au contrat : une telle condition peut-elle devenir un élément essentiel par la volonté des parties ? C'est notamment ce qui se passe lors de la défaillance d'une condition suspensive : le contrat est-il caduc ? Si certains auteurs incluent la condition suspensive dans les éléments essentiels du contrat⁷⁸, d'autres plaident pour son exclusion de la notion de caducité : l'expression « éléments essentiels », qui est également employée par d'autres articles du Code civil, ne doit s'appliquer qu'aux seuls éléments intrinsèques liés au contenu du contrat⁷⁹. De surcroît, cette question est susceptible d'être traitée par les règles en matière d'exécution du contrat⁸⁰. En effet, se situant entre la phase de formation et celle d'exécution du contrat, il n'est pas étonnant que la notion de caducité se trouve influencée par l'une et qu'elle voie son domaine empiété par l'autre.

En vérité, concernant la qualification de la caducité en tant que sanction de la formation du contrat, une partie des auteurs l'accepte uniquement « par défaut » : le choix

⁷⁷ T. Douville, C. Alleaume, A.-S. Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, op. cit., p. 164 ; Jean-Baptiste Seube, JurisClasseur Civil Code, Art. 1186 et 1187, Fasc. unique : contrat - caducité du contrat, févr. 2017, 19.

⁷⁸ Catherine Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010, 52, p. 79 ; Alain Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^e éd., 2016, n° 330, p. 267 ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, le contrat*, op. cit., n° 503, p. 497 : « L'absence de réalisation de la condition dans le délai prévu ou bien dans un délai raisonnable selon les circonstances a pour effet la caducité de l'obligation et du contrat. Comme les obligations n'auront pas été exécutées, puisque le contrat n'était pas efficace, il ne devrait pas y avoir lieu de procéder à des restitutions » ; B. Fages, *Droit des obligations*, op. cit., n° 212, p. 191.

⁷⁹ J.-B. Seube, JurisClasseur Civil Code, Art. 1186 et 1187, Fasc. unique : contrat - caducité du contrat, préc. : « Il nous semble pourtant que les termes de l'article 1186, alinéa 1^{er} militent pour une approche plus restrictive du domaine de la caducité : au sens strict, les "éléments essentiels" du contrat désignent ceux qui participent de son essence, qui se rattachent à son contenu. C'est d'ailleurs en ce sens que l'expression est utilisée par l'article 1114 du Code civil qui dispose que "l'offre, [...] comprend les éléments essentiels du contrat envisagé" et par l'article 1124 qui précise que "la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés [...]" » ; Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 493, p. 412 : « Il semblerait logique de réserver la caducité aux hypothèses de disparition d'un élément du contenu contractuel. Cela conduirait à exclure la caducité en cas de disparition d'un élément extérieur au contrat ».

⁸⁰ Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 350-351.

de sa place au sein du Code civil n'est pas « satisfaisant »⁸¹, car contrairement à la nullité qui « sanctionne le défaut d'une condition de validité du contrat dès l'origine », la caducité sanctionne « la disparition d'une telle condition lors de la phase d'exécution », mais il est « difficile de faire autrement »⁸². Néanmoins, une majorité d'auteurs suggère directement de déplacer la caducité vers le chapitre concernant l'exécution du contrat⁸³. Ils affirment que « la caducité repose (...) moins sur un contrôle de validité de l'acte que sur un contrôle de viabilité de la situation qui en est issue : elle sanctionne la situation qui ne présente pas “les conditions nécessaires pour durer, se développer” »⁸⁴. Cette définition permet de souligner la difficulté qu'il peut y avoir à poursuivre un contrat, ainsi, les « éléments essentiels » sont appréciés par rapport à l'efficacité du contrat. L'efficacité désigne ce qui est efficace, c'est-à-dire ce « qui produit l'effet qu'on en attend »⁸⁵. Ainsi, elle implique d'abord un caractère effectif du contrat, ensuite une

⁸¹ N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.*, p. 87 : « il est difficile de classer la caducité dans l'éventail des sanctions. L'article 1186 s'inscrit dans le chapitre sur la formation du contrat. Cela n'est pas satisfaisant dans la mesure où la caducité n'a lieu que lors de son exécution. Difficile néanmoins de faire autrement. La ranger au titre de l'exécution du contrat ne serait pas moins critiquable : la mesure sanctionne la disparition d'une condition relative à sa formation ».

⁸² N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.*, p. 87 ; T. Douville, C. Alleaume, A.-S. Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 162 : « La définition proposée s'inscrit dans le sillage de la doctrine et de la jurisprudence qui s'accordent pour affirmer qu'un acte ne naît pas caduc, mais le “devient” à la suite de la disparition de l'un de ses “éléments essentiels”. L'acte était originellement valable, et c'est bien (tout ?) ce qui distingue la nullité de la caducité [...] ».

⁸³ À titre d'illustration, V. Jean-Baptiste Seube, « L'article 1186 du projet : la caducité », *Revue des contrats*, sept. 2015, n° 3, p. 769 : « Pourtant, d'une part, la caducité ne concerne pas la formation du contrat (...) La caducité n'est pas non plus, d'autre part, un mécanisme de sanction » ; ainsi, l'auteur suggère de placer la caducité dans le chapitre concernant l'exécution ; dans le même sens, V. Mustapha Mekki, « Contrats et obligations - Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP Notariale et immobilière*, n° 2, 13 janv. 2017, act. 126 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 347

⁸⁴ C. Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, *op. cit.*, 49, p. 74 ; Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 30-31 : « Dans diverses circonstances il se peut qu'un contrat valable ne puisse plus être exécuté : un de ses éléments constitutifs – son objet, par exemple – n'existe plus ou a été détruit, ou encore un élément extrinsèque en empêche la poursuite » ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 492, p. 411 : « Ce n'est donc ni la validité du contrat qui ferait défaut, ni la manière dont il est exécuté, mais l'impossibilité même de l'exécuter puisqu'elle est privée de toute efficacité » ; Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, p. 144 : « état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur ».

⁸⁵ Dictionnaire *Le Robert*, 1994, p. 365.

correspondance entre l'effet produit et l'effet voulu par les parties. Ces deux exigences se manifestent par la possibilité et l'utilité de l'exécution du contrat⁸⁶. Finalement, il est possible de résumer le fondement de la caducité du contrat comme le défaut d'une exécution possible et utile du contrat. D'ailleurs, cette explication est applicable à la caducité d'un contrat figurant au sein d'un ensemble contractuel. En effet, il peut arriver que « l'exécution de plusieurs contrats » soit « nécessaire à la réalisation d'une même opération »⁸⁷. Dans ce cas, l'article 1186 du Code civil a prévu deux hypothèses différentes. Lorsque la disparition d'un contrat rend l'exécution de l'autre impossible, ce dernier contrat devient caduc. De même, lorsque l'exécution de l'un est déterminante pour le consentement d'une partie à l'autre contrat, la disparition du premier va également entraîner la caducité du second. Ces deux hypothèses correspondent finalement à l'impossibilité d'exécuter le contrat et à l'inutilité de l'exécuter⁸⁸.

En résumé, qu'il s'agisse d'un contrat isolé ou d'un ensemble contractuel, la caducité est justifiée par une impossibilité d'exécuter le contrat ou bien un défaut d'utilité d'exécuter le contrat à la suite de la disparition d'un de ses éléments essentiels. La cause de la caducité du contrat est la disparition d'un élément essentiel, ce qui est un fait juridique. Fondée sur un fait juridique, la caducité doit donc être exclue des hypothèses de mise en œuvre du droit de mettre fin au contrat de la distribution⁸⁹. Ce n'est pas un acte juridique, encore moins l'exercice d'un droit subjectif. Il s'agit juste d'un fait juridique qui produit ses effets lorsque les conditions légales sont remplies : une fois que

⁸⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 329, p. 267 : « la caducité intervient pour mettre fin à un contrat qui, valable à l'origine, se trouve devenu impossible ou sans intérêt à exécuter en raison d'un événement nouveau ».

⁸⁷ L'article 1186, alinéa 2.

⁸⁸ Néanmoins, une exigence supplémentaire est prévue par l'alinéa 3 de l'article : « 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 ». Autrement dit, il faut que l'indivisibilité entre les deux contrats soit sue par les deux parties au contrat sujet de la caducité afin que l'exécution de l'un devienne un « élément essentiel » de l'autre. V. G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 495, p. 415 : « Elle renforce l'idée d'un ensemble contractuel subjectif ».

⁸⁹ C. Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 53, p. 90 : « La caducité n'est pas un acte juridique extinctif, elle provient d'un fait juridique, la disparition objective d'un élément essentiel à la viabilité de la situation juridique ».

l'élément essentiel du contrat disparaît, le contrat devient automatiquement caduc⁹⁰. En outre, en ce qui concerne le fondement de la caducité, l'impossibilité de l'exécution et l'inutilité de l'exécution dépassent la seule hypothèse de la caducité. En effet, l'impossibilité de l'exécution ou l'inutilité de l'exécution peuvent être rencontrées en dehors de la notion de caducité. Par exemple, lorsque l'exécution du contrat est devenue impossible, la situation peut correspondre, selon l'origine de cette impossibilité, soit à la force majeure, soit à une inexécution imputable au débiteur⁹¹.

B. La force majeure : une fin de la relation contractuelle entraînée par un évènement imprévisible et irrésistible rendant l'exécution contractuelle impossible

« À l'impossible nul n'est tenu »⁹². Par conséquent, un débiteur ne peut pas être sanctionné pour l'inexécution d'une obligation en raison de la force majeure. Tel était le contenu de l'ancien article 1148 du Code civil : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Ainsi, la force majeure était mentionnée aux côtés du cas fortuit, notion avec laquelle il

⁹⁰ À partir de la formulation des articles, les auteurs déduisent plutôt un effet automatique de la caducité : J.-B. Seube, « L'article 1186 du projet : la caducité », *op. cit.*, p. 769 : « Par-delà les trois hypothèses de caducité visées, le texte reste silencieux sur une importante question, tant théorique que pratique : la caducité doit-elle être prononcée par le juge ou joue-t-elle de plein droit, automatiquement de sorte que, s'il vient à être saisi, le juge ne puisse que la constater ? Le fait que l'article 1186 reste silencieux sur la question, à la différence des articles relatifs à la nullité (art. 1178) ou à la résolution (art. 1227), incite à privilégier l'effet automatique. Tout comme le fait que le contrat "devienne" caduc ou que la caducité "n'intervienne" que si le contractant auquel on l'oppose était au courant de l'opération d'ensemble. Ces expressions nous semblent donc exclure que le juge puisse prononcer la caducité. C'est là une différence importante d'avec le projet *Catala* qui, inclinant pour une caducité judiciairement constatée, prévoyait que les contractants pouvaient seulement "se prévaloir" de la caducité » ; dans le même sens, M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme du droit des contrats : la caducité », *op. cit.* ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 498, p. 416.

⁹¹ Dans le même sens, à propos de la caducité causée par une impossibilité de l'objet, V. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 350 : « D'une part, cette impossibilité peut tenir à une faute de l'un des contractants et on a du mal à concevoir que le contrat soit caduc dans ce cas (on se tourne en réalité vers les articles 1217 et suivants). D'autre part, à supposer que l'impossibilité soit due à un cas fortuit, on bascule dans un autre mécanisme déjà prévu par l'ordonnance : celui de la résolution pour inexécution fortuite, régie par l'article 1218, alinéa 2 ou, pour les contrats unilatéraux, celui de "l'impossibilité d'exécuter" des articles 1351 et 1351-1. C'est dire que la place laissée à la caducité est mince ».

⁹² Jean Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 18.

existe une réelle confusion⁹³. En absence de définition légale, la force majeure était décrite traditionnellement par trois critères : l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité⁹⁴ de l'événement rendant l'exécution de l'obligation impossible. Si la pertinence du premier critère suscite peu de doutes⁹⁵, la nécessité des deux derniers avait fait l'objet d'interrogations⁹⁶. Depuis la réforme de 2016, la force majeure est définie par l'article 1218 du Code civil : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». La simple lecture

⁹³ N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.*, p. 125 : « L'interprète relèvera à titre liminaire une disparition : celle du cas fortuit. Il semblait pourtant le frère jumeau de la force majeure : les deux allaient de pair » ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, 617, p. 529-530 : « Chacun sait que l'ancienne version du Code civil ne donnait aucune définition de la force majeure. Pire, la notion de force majeure voisinait avec celle de cas fortuit et de cause étrangère, sans que l'on n'ait jamais réellement su s'il fallait tenir ces expressions pour synonymes ou non » ; Louis Thibierge, « L'impossibilité d'exécuter », Blog Obligations, Dalloz 2015 : « Le triptyque prétendument classique (extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité) procède d'une confusion historique entre force majeure (*vis major*) et cas fortuit (*vis minor*). Aux conditions de l'une on a ajouté celles de l'autre, engendrant une définition intenable ».

⁹⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 666, p. 711.

⁹⁵ Alain Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 345, p. 280 : « Selon une formule classique, un obstacle ne constitue un événement de force majeure que s'il présente pour le débiteur qui l'invoque trois caractères, d'ailleurs évoqués par les divers termes employés : un caractère irrésistible, qu'évoque l'expression "force majeure" ; un caractère imprévisible, qu'évoque l'expression "cas fortuit" ; un caractère extérieur, qu'évoque l'expression "cause étrangère" ».

⁹⁶ *En ce qui concerne l'exclusion de l'imprévisibilité*, à titre d'illustration, V. Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2002, n° 99-21203 : Bull. 2002, I, n° 258, p. 201 : « Attendu que pour faire droit à la demande de M^{me} Y, le jugement retient que la maladie d'une personne âgée n'est pas imprévisible ; qu'en statuant ainsi alors que la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure, le tribunal a violé [l'article 1148 du Code civil] » – *En ce qui concerne l'exclusion de l'extériorité*, à titre d'illustration, V. Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168 : « Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ». Néanmoins, des décisions ultérieures ont appliqué les trois critères traditionnels pour qualifier la force majeure, par ex. : Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-27175 : « Mais attendu que la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture du contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution ». Dans ce sens, G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, 617, p. 530, « Après une intervention ratée de l'assemblée plénière, la Cour de cassation avait toutefois fini par réaffirmer la nécessité de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité. Quant à l'extériorité, la doctrine s'accordait pour dire que, même si elle n'était pas nécessairement mentionnée, elle était maintenue à l'état latent » ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 346, p. 280.

de cet article met en évidence le double critère de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité, ce qui est expressément expliqué par le rapport relatif à l'ordonnance : « Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006, pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité »⁹⁷. En effet, l'extériorité est remplacée par l'exigence que l'évènement échappe au « contrôle du débiteur ». Ainsi, tout dépend du contenu du « contrôle » du débiteur, une notion proche de celle du pouvoir⁹⁸. Finalement, cette notion n'est pas loin de la notion d'irrésistibilité⁹⁹ et de celle d'imprévisibilité : l'exigence du contrôle du débiteur sur l'évènement suppose à la fois la possibilité de prévoir l'évènement et la capacité à y résister. Par conséquent, cette exigence quant au fait que l'évènement échappe au contrôle du débiteur ressemble davantage à un résumé des deux autres critères qu'à un critère indépendant¹⁰⁰.

La force majeure a pour effet d'exonérer de sa responsabilité le débiteur de l'obligation inexécutée ; toutefois, elle n'entraîne pas toujours la fin de la relation contractuelle. « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si

⁹⁷ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 25.

⁹⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 666, p. 715.

⁹⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., 619, p. 534 ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat*, op. cit., 723, p. 827 : « Si un évènement n'échappe pas à son contrôle, on lui reprochera de n'avoir rien fait pour en éviter sa survenance ou bien, si celle-ci ne pouvait être évitée, les conséquences de cette survenance qu'il pouvait éviter ou amoindrir de façon à exercer son obligation au moins en partie » ; « On rejoint ainsi l'irrésistibilité qui est souvent liée à ce qui échappe au contrôle du débiteur ».

¹⁰⁰ Pour une opinion différente : à titre d'illustration, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., 666, p. 715 : « Contrairement à ce qu'énonce le rapport au président de la République, la condition d'extériorité ne disparaît pas mais devient, plus finement et plus justement, la nécessité d'"un évènement échappant au contrôle du débiteur". La question devient ainsi celle du pouvoir du débiteur sur l'évènement, et donc de son pouvoir de l'empêcher. Avec la condition d'extériorité, l'idée était de dire que le débiteur devait assumer la responsabilité du fait des évènements, des choses ou des personnes qui ne lui étaient pas extérieurs (ses salariés, ses produits, sa maladie, etc.). La nouvelle exigence exprime également que le débiteur doit être responsable de toutes les causes d'inexécution relevant, sinon de son fait, du moins de sa sphère de contrôle » ; Thibault Douville, Christophe Alleaume, Anne-Sophie Choné-Grimaldi, *La réforme du Droit des contrats*, op. cit., p. 218 : « La condition d'extériorité n'est donc pas supprimée : ses contours sont simplement modifiés ».

l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 »¹⁰¹. Ainsi, la relation contractuelle peut prendre fin dans deux hypothèses, soit en raison d'une suspension de l'exécution de l'obligation ayant de graves conséquences, soit en raison d'un empêchement définitif. Dans le premier cas, il faut encore démontrer la raison pour laquelle la simple suspension de l'exécution peut justifier la résolution du contrat. Dans le second, la résolution est systématique¹⁰² : « l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure »¹⁰³. Autrement dit, lorsque l'empêchement est définitif, il n'y a nul doute que la force majeure est un fait juridique qui produit ses effets automatiquement, sans besoin de la manifestation d'une volonté quelconque. En revanche, lorsque l'empêchement est temporaire, l'éventuelle fin de la relation contractuelle causée par cette force majeure est-elle un fait juridique ou bien l'exercice d'un droit ?

Une illustration de la distinction entre l'*acte* extinctif et le *fait* extinctif pourrait aider à répondre à cette question : « En résumé, l'acte extinctif serait l'acte d'une volonté par lequel son auteur se libère d'un ordre contraignant et s'oppose tant à la logique qu'à la nature des situations qu'il anéantit – puisque celles-ci avaient par hypothèse, logiquement et naturellement, vocation à durer. Le principe de l'extinction ne réside donc ni dans leur devenir nécessaire, ni dans le principe qui régit leur développement, mais dans une décision de l'auteur. Certes même lorsque l'effet se produit automatiquement et de plein droit, voire à l'insu des parties, le juge peut être amené à constater l'extinction, mais il ne fait que relever l'existence antérieure d'un fait extinctif. Sa décision pourra être une condition d'efficacité de l'extinction, pas une condition d'existence »¹⁰⁴. Lorsque

¹⁰¹ L'alinéa 2 de l'article 1218 du Code civil.

¹⁰² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 354, p. 284 : « Ce cas de résolution présente la particularité qu'il joue de plein droit, c'est-à-dire de façon automatique et sans qu'il soit nécessaire de demander une décision de justice. À plus forte raison, le juge, s'il est saisi, ne peut pas refuser de prononcer – ou plus exactement de constater – la résolution ».

¹⁰³ L'article 1351 du Code civil.

¹⁰⁴ C. Sévely-Fournié, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique, op. cit.*, 55, p. 97.

l'empêchement est temporaire mais qu'il produit des conséquences suffisamment graves à l'égard du contrat pour entraîner sa fin, le degré de gravité doit certes être vérifié par le juge afin que la fin de la relation contractuelle soit certaine et effective, mais ce n'est pas sa décision qui conditionne l'existence de cette fin. La fin d'une relation contractuelle entraînée par la force majeure n'a pas besoin d'un concours de volonté d'une partie pour être valable. Plus précisément, l'acte juridique est nécessaire pour « déclencher » les effets de la force majeure ; il ne s'agit dans ce cas que d'un acte « révélateur »¹⁰⁵ qui permet de faire apparaître les effets du fait juridique. Par conséquent, que l'empêchement soit temporaire ou définitif, la fin d'une relation contractuelle entraînée par un cas de force majeure est le résultat d'un fait juridique et doit être exclue du champ de la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle.

C. L'arrivée du terme extinctif du contrat : une fin prévue de la relation contractuelle

Selon le premier alinéa de l'article 1212 du Code civil, « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme ». Par conséquent, la fin d'un contrat à durée déterminée se réalise simplement par l'arrivée du terme extinctif, sans avoir besoin de la manifestation supplémentaire d'une volonté quelconque : il s'agit d'un fait juridique¹⁰⁶ dont les effets viennent de la force obligatoire du contrat qui puise sa source dans la commune intention des parties. Ainsi, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'existence d'un quelconque droit de mettre fin à un contrat à durée déterminée en raison de l'arrivée du terme extinctif dudit contrat : ce n'est pas un acte juridique qui entraîne la disparition du contrat, mais un fait. En revanche, la situation est différente dans l'hypothèse du refus de renouveler un contrat à durée déterminée, car il s'agit d'un acte extinctif.

¹⁰⁵ *Ibid.*, nos 66 et s., p. 111 et s.

¹⁰⁶ *Ibid.*, n° 38, p. 62 : « Le terme extinctif n'est pas un fait juridique successif, autrement dit un fait matériel qui devient un fait juridique extinctif au bout d'un certain délai comme la prescription, mais un fait juridique instantané, qui est extinctif dès sa survenance. Aucune manifestation de volonté n'est requise, et l'appréciation du comportement des parties est indifférente, elle n'aura en principe aucune incidence à l'échéance du terme ».

§ II. L'inclusion de la fin d'une relation contractuelle entraînée par un acte extinctif

La fin d'une relation contractuelle résultant d'un acte extinctif peut concerner un contrat à durée indéterminée (A) comme un contrat à durée déterminée (B).

A. Le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée

Selon l'article 1211 du Code civil, « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment ». La formulation « mettre fin au contrat » est également adoptée en matière de résolution du contrat, de caducité¹⁰⁷ et d'imprévision¹⁰⁸. Au vu de ses différents emplois, il convient de conclure que « mettre fin » au contrat signifie « le rompre pour l'avenir, sans revenir sur l'exécution passée entre les parties »¹⁰⁹. En effet, à la place des termes « mettre fin au contrat », il existe une autre expression fréquemment utilisée par la doctrine¹¹⁰ et certains textes spécifiques¹¹¹ : c'est la « résiliation » du contrat à durée indéterminée. Le mot « résiliation » présente un caractère polysémique¹¹² qui est confirmé par le *Vocabulaire Juridique*¹¹³. Tantôt elle désigne une « dissolution du contrat par acte volontaire » « sans rétroactivité », « à l'initiative d'une seule partie notamment dans les contrats à durée indéterminée », ce qui correspond à la fin du contrat traitée par l'article 1211 du Code civil, tantôt, elle désigne

¹⁰⁷ L'article 1187, alinéa 1^{er} du Code civil : « La caducité met fin au contrat ».

¹⁰⁸ L'article 1195, alinéa 2, du Code civil : « À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

¹⁰⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 583, p. 500-501.

¹¹⁰ Encore aujourd'hui, ce terme est choisi par la plupart des manuels pour décrire la fin du contrat traitée par l'article 1211.

¹¹¹ Par exemple, l'article 1780, alinéa 3, du Code civil : « Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ».

¹¹² Pour une opinion différente : il existe une ambiguïté dans l'expression de résiliation du contrat. Thomas Genicon (« "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP G, 14 sept. 2015, n° 38, 960, p. 1606) souligne une confusion entre la résolution et la résiliation en raison d'un usage erroné de ce dernier terme pour désigner la résolution sans rétroactivité appliquée au contrat à exécution successive. Par conséquent, il suggère de restaurer l'expression « résolution » pour l'ensemble des fins de contrat justifiées par l'inexécution contractuelle, et de réserver l'expression « résiliation » à la fin d'un contrat à durée indéterminée sans lien avec l'inexécution contractuelle.

¹¹³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

une « résolution non rétroactive »¹¹⁴. Ces deux hypothèses, qui se distinguent tant au niveau de la cause que du régime, présentent un seul point commun : une fin du contrat sans rétroactivité. Néanmoins, au vue de l'article 1211 du Code civil, il semble que la « résiliation » n'est plus utilisée pour désigner la faculté générale de mettre fin à un contrat à durée indéterminée. D'ailleurs, les dispositions en matière de *résolution* précisent expressément qu'est qualifiée de « résiliation » la résolution qui n'entraîne pas la restitution des exécutions antérieures¹¹⁵. Par conséquent, la résiliation ne peut plus être utilisée pour définir l'hypothèse de l'article 1211 mais devient désormais un type particulier de résolution¹¹⁶ : elle perd ainsi son caractère polysémique. Cette solution est bienvenue dans la mesure où l'usage d'un même mot pour désigner deux notions différentes peut être source de confusion.

Le nouvel article 1211 du Code civil consacre le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée au bénéfice de chaque partie au contrat. En effet, ce droit était déjà affirmé par la jurisprudence¹¹⁷. D'ailleurs, une décision rendue par le Conseil

¹¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 916 ; S. Guinchard, T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 952 ; dans le même sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 591, p. 653 : « La résiliation du contrat peut être une sanction de l'inexécution du contrat par l'une des parties. Nous l'examinerons alors plus loin à ce titre. En dehors de cette hypothèse, la résiliation unilatérale du contrat peut parfois être une faculté et même un droit pour l'un des contractants, dont le régime diffère selon qu'une clause l'ait ou non prévu ».

¹¹⁵ L'article 1229 du Code civil.

¹¹⁶ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 583, p. 500 : « Cette formule neutre a été préférée au congé, employé parfois par des textes spéciaux, et surtout à la résiliation, autrefois utilisée. Désormais, le terme résiliation désigne expressément la résolution pour l'avenir d'un contrat à exécution successive, et non plus la rupture d'un contrat à durée indéterminée » ; « Il n'est pas certain que la réforme ait parfaitement clarifié le droit existant, non seulement au regard de la résolution du contrat, mais encore pour la rupture des contrats à durée indéterminée, le terme résiliation étant encore employé couramment dans ce sens dans les droits spéciaux » ; Sylvia Guérin, Nicolas Genty, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat*, 2017, p. 17. De surcroît, en dehors des doubles sens reconnus à la résiliation, elle est parfois empruntée par erreur pour décrire les fins de contrat relevant d'une autre cause. Par exemple, elle est déjà utilisée pour décrire la situation de caducité en matière de bail suite à une perte de l'objet du contrat : V. l'article 1722 du Code civil : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

¹¹⁷ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 1985, n° 83-15895 : Bull. civ. I, n° 54, p. 52 : « Vu l'article 1134, alinéa 2, du code civil ; attendu qu'il résulte de cette disposition que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties » ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n° 99-21209 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 594, p. 655 : « Le droit

Constitutionnel a confirmé expressément cette faculté sur le fondement de la liberté individuelle : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants »¹¹⁸. Néanmoins, bien que ce droit existât avant la réforme de 2016, l'article 1211 a le mérite de l'énoncer clairement¹¹⁹. En outre, ce droit est souvent justifié par le principe de la prohibition de l'engagement perpétuel, le premier étant présenté comme la conséquence logique du second¹²⁰. Cependant, avant la réforme, le droit positif n'exprimait « aucun principe général de prohibition des contrats perpétuels »¹²¹. L'existence de ce principe était déduite par la doctrine de certains

commun des contrats était jusque-là muet sur le régime général de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Comme toujours cependant, le juge s'était chargé de combler le vide juridique en construisant pas à pas un véritable droit commun de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Un droit de rompre unilatéralement le contrat a ainsi été reconnu, et même qualifié d'ordre public, si bien qu'il ne pouvait être contredit par des dispositions contractuelles » ; Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 450.

¹¹⁸ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : JORF n° 265 du 16 nov. 1999, p. 16962, texte n° 2.

¹¹⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 583, p. 500 : « Bien que la jurisprudence ait généralisé, par induction de certains textes spéciaux, un droit de résiliation unilatérale, et que le Conseil constitutionnel en ait renforcé la portée, il est important que le droit commun du contrat le contienne expressément ».

¹²⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, à propos de l'article 1211 : « L'article 1211 consacre ensuite la possibilité pour les contractants de mettre unilatéralement fin à un contrat à durée indéterminée sous réserve d'un préavis suffisant. Conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels, cette règle fait écho au principe de la liberté contractuelle affirmé précédemment dans les dispositions liminaires, un cocontractant ne pouvant pas être indéfiniment lié par un contrat » ; Bertrand Fages, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 360, p. 305 : « Voilà pourquoi, afin de concilier ce caractère apparemment illimité avec le principe de prohibition des engagements perpétuels, on admet que chaque partie à un tel contrat dispose de la faculté d'y mettre fin de façon unilatérale » ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 450 : « Cette prérogative est impérative sans quoi le contrat tomberait sous le coup de l'interdiction des engagements perpétuels. Justifiée par la préservation de la liberté, la faculté de "mettre fin" au contrat, c'est-à-dire de le résilier, ne suppose aucune condition ; il n'est pas nécessaire, en particulier, de constater une inexécution contractuelle ou un comportement répréhensible » ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n° 195, p. 166 : « Alors que ce droit est admis au profit de chaque partie, dans un contrat à durée indéterminée, en raison de ce que l'engagement perpétuel constituerait, en dépit de la volonté sur laquelle il est fondé, une aliénation de la liberté des sujets de droit ».

¹²¹ Jacques Ghestin, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, n° 2, p. 253.

éléments. Tel est le cas du premier alinéa de l'article 1780 du Code civil qui prévoit qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». Il s'agit d'une disposition en matière du louage de service. Cependant, cette règle spécifique est régulièrement citée, parmi d'autres¹²², par certains auteurs comme permettant de déduire un principe général de prohibition d'engagement perpétuel¹²³. En ce qui concerne la jurisprudence, elle ne « consacre » pas « expressément ce principe général »¹²⁴, mais les décisions faisant appel à cette règle ne manquent pas¹²⁵.

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le doute sur l'existence du principe de prohibition de l'engagement perpétuel est levé. Le premier alinéa de l'article 1210 l'énonce clairement : « les engagements perpétuels sont prohibés ». Néanmoins, aussi évidente soit-elle pour certains auteurs, l'affirmation de ce principe n'emporte pas la conviction des autres, mais ce n'est pas tant sur l'existence du principe que sur sa consistance que les auteurs se divisent¹²⁶. En effet, à défaut d'une définition légale, divers critères¹²⁷ sont proposés afin de déterminer la perpétuité, mais en fonction de la

¹²² Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *op. cit.* : « Ce principe, consacré par la jurisprudence à partir de textes d'application spéciaux tels que l'article 1780 alinéa 1, l'article 1838, l'article 1709, ou encore l'article 2003, n'est pas affirmé actuellement à titre autonome par le code civil. Il s'agit donc d'une codification du droit positif ».

¹²³ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 577, p. 495 ; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 588, p. 649.

¹²⁴ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 15^e éd., 2016, 1719, p. 551-552.

¹²⁵ À titre d'illustration, Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n° 99-21209.

¹²⁶ François Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 26.21, p. 162.

¹²⁷ La jurisprudence ne fait pas toujours référence au même critère. Par exemple, pour une illustration du critère de durée de vie professionnelle d'une personne physique, V. Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2003, n° 00-17407 : Bull. civ. I, n° 124, p. 96 ; pour une illustration du critère de durée de vie humaine, V. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n° 99-21209, préc.

justification retenue¹²⁸, le critère pertinent ne sera pas le même¹²⁹. Cette incertitude subsiste malgré la réforme de 2016 en raison de l'absence de précision sur la perpétuité, mais elle sera certainement atténuée par les décisions jurisprudentielles à venir¹³⁰.

¹²⁸ À titre d'exemples, en ce qui concerne les différentes justifications du principe de prohibition de l'engagement perpétuel : (i) *La justification par une rupture avec le régime féodal*, V. Rémy Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Revue des sociétés*, juill.-sept. 1995, 4, p. 440-441 : « Ce n'est pas le cas d'une autre justification retraçant plus fidèlement les intentions des codificateurs, mais plus datée », « on voit se rétablir une autre cohérence que celle qui passe par la sauvegarde de la liberté individuelle : ces mesures seraient la condition d'une rupture effective avec le régime féodal, rupture observable tant du point de vue réel avec la disparition du système des fiefs, que du point de vue personnel avec l'abolition de toute forme de servitude personnelle » ; (ii) *La justification par une sauvegarde des libertés individuelles*, V. Fabrice Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit & Patrimoine*, n° 78, janv. 2000 : « Nonobstant la pertinence de ces considérations, nous partageons l'opinion selon laquelle, transcendant les époques en conservant intacte sa validité, le fondement essentiel du principe de prohibition des engagements perpétuels relève de la liberté individuelle du contractant qui s'oblige » ; dans le même sens, N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.*, p. 112 ; (iii) *La justification par l'efficacité économique de l'engagement*, V. Louis Vogel, Joseph Vogel, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *Contrats Concurrence Consommation*, août-sept. 1991, n° 8-9, p. 1 : « La théorie de la concurrence fournit aujourd'hui une justification supplémentaire à la prohibition des engagements perpétuels : un tel engagement constitue en effet une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêche les agents économiques qui seraient en mesure de devenir des concurrents de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants. La rente de situation dont bénéficient ainsi les contractants ayant pénétré antérieurement le marché est un facteur très important d'inefficacité économique ».

¹²⁹ F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *op. cit.* : « La détermination du fondement de la prohibition de l'engagement perpétuel ne présente pas un simple intérêt spéculatif. Elle conditionne en grande partie le choix en faveur d'une conception objective ou subjective de l'obligation perpétuelle et de la sanction la plus appropriée au vice de perpétuité ». À titre d'exemple, lorsque le principe de prohibition d'engagement perpétuel est justifié par une protection de la liberté individuelle, le critère retenu pour apprécier la perpétuité peut être la durée de l'espérance de vie humaine. Si la durée de l'engagement dépasse le restant de la longévité espérée d'une partie personne physique, elle sera qualifiée de perpétuelle, mais ainsi définie, certains auteurs doutent de l'application de cette perpétuité aux personnes morales. V. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 26.21, p. 162 : « Sans remettre en cause le principe d'une telle interdiction, fondée sur le respect de la liberté individuelle, [les auteurs] avaient à tout le moins suggéré de la cantonner aux personnes physiques » ; en revanche, lorsque le principe est fondé sur une protection de l'efficacité économique, toute durée de l'engagement qui va à l'encontre de cette efficacité peut être sanctionnée. V. G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 579, p. 497 ; J. Ghestin (« Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, *op. cit.*, n° 13, p. 262) distingue pour sa part le critère de perpétuité appliqué aux personnes physiques de celui appliqué aux personnes morales : « Il semble qu'un large accord se fasse aujourd'hui sur cette idée que, selon la tradition héritée de la Révolution française, la dignité de la personne humaine fait obstacle à un engagement, même assumé volontairement et en pleine connaissance de cause, qui aliène de façon perpétuelle la liberté d'agir d'une personne physique. La solution s'impose beaucoup moins à l'égard des personnes morales, qu'elles soient d'ailleurs publiques ou privées. C'est alors au regard de la justice contractuelle, spécialement de l'égalité des parties au contrat, et de l'utilité sociale de l'opération que devrait être appréciée la validité d'un engagement clairement stipulé ».

Il est fréquemment affirmé que le principe de prohibition de l'engagement perpétuel permet de justifier le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée. La raison de cette justification est assez facile à comprendre, du moins à première vue. Un contrat à durée indéterminée est un contrat « dont les parties n'ont pas prévu à l'avance la durée »¹³¹, contrairement à un contrat perpétuel dont la durée est fixée à l'illimité ou bien à l'excessif. L'absence de terme assigné au contrat semble devoir être interprétée dans le sens d'une volonté commune des parties de laisser la possibilité à chacune de mettre fin au contrat au moment qu'elle souhaite. Une interprétation *a contrario* irait à l'encontre du principe de l'engagement perpétuel. Est-ce vraiment le cas ? Que se passe-t-il lorsque l'absence de terme contractuel est interprétée autrement ? Il est en effet possible d'interpréter l'absence de détermination du terme du contrat comme une volonté commune des parties de s'engager indéfiniment ou à vie. Dans ce cas, le contrat sera qualifié de contrat perpétuel qui pourra être sanctionné par la nullité. Finalement, plutôt que de justifier la faculté de mettre fin à un contrat à durée indéterminée par le principe de la prohibition de l'engagement perpétuel, il est plus pertinent de la justifier par une politique consistant à « sauver » la catégorie des contrats à durée indéterminée, en imposant une interprétation garantissant leur validité et leur efficacité.

En effet, avant l'intervention de la réforme, différentes sanctions étaient envisageables pour le contrat perpétuel. Il pouvait être sanctionné par la nullité en raison de la violation d'une règle d'ordre public¹³² ou par la diminution de la durée de l'engagement, ou bien par l'assimilation du contrat perpétuel à un contrat à durée

¹³⁰ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 26.21, p. 162 : « Si cette limitation n'a pas été consacrée par le législateur, rien d'interdira aux magistrats de l'introduire via l'appréciation de la "perpétuité" ».

¹³¹ M. Fabre-Magan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 589, p. 651.

¹³² Mathias Latina, « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit, 18^e Journée nationale de l'association Henri Capitant*, Dijon, Dalloz, 2014, n° 30, p. 98 : « Si l'on se base sur [l'article 1780], la rédaction du droit devrait donc être distincte selon que l'on se trouve face à un contrat, conçu comme perpétuel, ou face à un contrat dont la durée est indéfinie. Dans le premier cas, le contrat devrait être annulé en raison de l'illicéité de l'objet de l'obligation qu'il engendre ». Cependant, l'auteur explique dans le paragraphe suivant qu'« il n'est toutefois pas certain que la jurisprudence fasse nettement la distinction entre ces deux situations » ; Cass. 3^e civ., 20 févr. 1991, n° 89-17176 : « Mais attendu qu'ayant retenu que le bail était entaché du vice de perpétuité, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à des conclusions que sa décision rendait inopérantes, a prononcé à juste titre la nullité du contrat en son entier » ; Cass. 3^e civ., 15 déc. 1999, n° 98-10430 : Bull. civ. III, n° 242, p. 167.

indéterminée¹³³. Finalement, le nouvel article 1210 a choisi la dernière solution : « chaque contractant peut [...] mettre fin [aux engagements perpétuels] dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée ». Le contrat perpétuel est ainsi converti en contrat à durée indéterminée¹³⁴. Finalement, « la conclusion d'un contrat à durée indéterminée est une technique de répartition conventionnelle des risques. Chaque partie accepte les risques inhérents à la liberté du cocontractant de résilier unilatéralement l'accord. Pouvoir mettre fin au contrat "à tout moment", donc sans contrainte temporelle, c'est pouvoir se libérer conformément à ses intérêts sans avoir à prendre en compte ceux de son cocontractant »¹³⁵.

B. Le refus de poursuivre une relation contractuelle au-delà du terme

Si l'extinction du contrat par l'arrivée du terme est une fin « normale » du contrat à durée déterminée, elle n'est pas toujours respectée par les parties. D'abord, il peut arriver qu'une partie mette fin au contrat avant l'arrivée du terme. Si cette rupture anticipée est motivée par des causes spécifiques, elle obéira au régime propre à chaque type de fin de contrat : la caducité, l'imprévision, la résolution suite à une inexécution ou la force majeure. En revanche, si la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée n'entre pas dans le cadre des notions énumérées précédemment, elle constitue dans ce cas une violation du contrat par son auteur. Cette « fin » de la relation contractuelle doit-elle être traitée dans une recherche sur le droit de mettre fin à une relation contractuelle ? La réponse est négative. D'abord se pose la question de l'efficacité de cette rupture anticipée. Le contrat prend-il effectivement fin lors de cette manifestation de l'intention de rupture par une partie, suivie de l'arrêt de l'exécution du contrat ? De prime abord, s'interroger sur l'efficacité de la rupture d'un contrat revient à examiner la possibilité de sa sanction par le maintien forcé dudit contrat¹³⁶. Lorsque la rupture du contrat constitue en même

¹³³ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 580, p. 497 et s.

¹³⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, I. *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 588, p. 651.

¹³⁵ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 450.

¹³⁶ Brigitte Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973, n° 4, p. 4 : « Si les tribunaux estiment mal fondée l'interruption de la convention, ils n'en admettent pas moins fréquemment les effets, en ne condamnant pas son responsable à exécuter, mais en l'obligeant seulement à

temps une violation du contrat, elle sera sanctionnée soit par l'octroi de dommages et intérêts, soit par l'exécution forcée en nature du contrat. Dans ce dernier cas, la rupture est bien entendu inefficace.

En pratique, s'il peut arriver au juge des référés d'ordonner le maintien forcé d'un contrat de distribution¹³⁷, une telle sanction est assez rarement prononcée par le juge du fond¹³⁸. Cette situation est facile à comprendre en raison de la nature du contrat de distribution, souvent qualifié de « contrat de confiance » dont l'exécution forcée est peu réaliste en pratique¹³⁹. Autrement dit, lorsqu'une partie rompt unilatéralement un contrat de distribution avant le terme stipulé, le contrat ne pourra pas survivre. Cependant, il ne faut pas hâtivement conclure à l'efficacité de cette rupture anticipée. En effet, rappelons que deux éléments précèdent la fin du contrat : la manifestation de la volonté de l'auteur de la rupture et l'arrêt de l'exécution du contrat de sa part. La fin du contrat peut résulter de l'une ou de l'autre. À cet égard, un auteur a fourni une explication très claire : « l'on ne reconnaîtra en effet l'existence d'une rupture unilatérale que dans les hypothèses où la cessation de volonté en vue de réaliser des effets de droit, [est] susceptible, en outre, de produire ces effets. Or la volonté n'a de pouvoir juridique autonome que si le droit positif y consent. La rupture unilatérale, au sens strict du terme, n'est donc réellement constituée que dans les hypothèses où le contractant, qui désire mettre fin au contrat, se voit reconnaître un droit de rupture par la loi, ou par le contrat. Dans tous les autres cas la cessation du rapport contractuel n'est qu'un *fait juridique volontaire* auquel le droit

indemniser le cocontractant. Peut-il conclure de cette constatation qu'il est toujours possible de rompre unilatéralement un contrat, à condition de verser des dommages-intérêts ? La rupture unilatérale connaîtrait alors un champ d'application quasiment illimité ».

¹³⁷ À titre d'exemple, Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-18337.

¹³⁸ Philippe Stoffel-Munck, « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in Hallouin J.-C. et Causse H. (dir.), *Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, n° 30, p. 191.

¹³⁹ Dans ce sens, Vincent Dutto, « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *Actualité Juridique contrat*, avr. 2017, n° 4, p. 159 : « En effet, le contrat de franchise constitue un réel partenariat, de sorte que l'on est en droit de se demander comment une relation franchiseur/franchisé fondée sur une baisse des redevances pour mauvaise exécution de ses obligations par le franchiseur pourrait être maintenue de façon pérenne entre ces deux partenaires qui ne s'entendent plus ».

positif attache éventuellement des effets, mais sans prendre en considération la volonté de son auteur »¹⁴⁰.

Puisque la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée constitue une violation de la règle contractuelle, elle doit être qualifiée de « fait juridique volontaire » dont les effets sont indépendants de la manifestation de volonté de rompre le contrat par l'auteur de la rupture. Autrement dit, la manifestation de la volonté d'une partie de rompre le contrat avant l'arrivée du terme ne constitue pas un acte juridique ; seul sera pris en considération le fait d'arrêter l'exécution de sa part. La situation sera ainsi similaire à l'inexécution fautive du contrat par une partie. Seulement, en raison des difficultés à envisager un maintien forcé de la relation contractuelle¹⁴¹ – comme évoquées ci-dessus –, seule sera possible la résolution du contrat avec le paiement de dommages et intérêts. En résumé, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée ne doit pas être traitée comme une catégorie « autonome » de fin d'une relation contractuelle. Toutefois, si la question du droit de mettre fin au contrat n'a pas lieu d'être posée lors de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, ni lors de l'extinction du contrat par l'arrivée du terme, elle doit être posée lors du refus de renouvellement du contrat.

Le renouvellement du contrat à durée déterminée n'est pas défini légalement ; toutefois, le deuxième alinéa de l'article 1214 du Code civil détermine bien l'effet de ce mécanisme : « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu

¹⁴⁰ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, *op. cit.*, n° 4, p. 5.

¹⁴¹ La réforme du droit des obligations de 2016 n'est pas censée favoriser le maintien forcé du contrat de distribution. Certes, elle a introduit les articles 1221 et 1222 dans le Code civil, consacrant ainsi expressément le droit de demander une exécution forcée du contrat en cas d'inexécution par l'autre partie. Ainsi, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Il n'y a donc plus de différence de traitement fondée sur la distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de faire/ne pas faire, en raison de l'ancien article 1142 selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Cependant, il s'agit de la consécration d'une solution jurisprudentielle qui retenait déjà ce critère d'impossibilité (matérielle/juridique/personnelle) plutôt que la simple qualification de l'obligation de faire pour refuser l'exécution forcée du contrat (V. Denis Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », D. 2016, p. 2477, n° 6 et s.). Pire encore, avec la nouvelle exigence de l'absence de « disproportion manifeste » entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée, dont la pertinence est contestée par certains auteurs (V. Thomas Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Droit & patrimoine*, 2014, n° 240, p. 63), cette solution ne peut qu'être plus difficile à mettre en œuvre.

est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée »¹⁴². Cette précision permet de distinguer le renouvellement de la prorogation¹⁴³ qui n'est qu'une modification du terme contractuel, sans avoir pour effet de créer un nouveau contrat. De même, elle met fin à un doute concernant la durée du nouveau contrat né du renouvellement¹⁴⁴ : sauf clause contraire, le nouveau contrat sera à durée *indéterminée*. Aboutissant à la naissance d'un nouveau contrat, le renouvellement du contrat est un mécanisme distinct de l'extinction du contrat antérieur. Par conséquent, un refus de renouvellement d'un contrat ne peut pas être traité comme un acte mettant fin au contrat. En revanche, dépassant le cadre d'un contrat individuel, et envisagé sous l'angle de la survivance réelle de la relation contractuelle, le refus de renouvellement constitue bel et bien un acte permettant de mettre fin à la relation contractuelle entre les mêmes parties. Pour la même raison, le refus d'une prorogation¹⁴⁵ doit également pouvoir être traité comme un acte mettant fin à la relation contractuelle. Néanmoins, le refus de poursuivre la relation contractuelle au-delà du terme contractuel est-il un droit des parties ?

En effet, le renouvellement peut être effectué « par l'effet de la loi ou par l'accord des parties »¹⁴⁶. Par exemple, pour certains contrats spécifiques tels que le contrat de bail commercial¹⁴⁷, la loi octroie le droit au renouvellement¹⁴⁸ au bénéfice d'une partie, ce qui signifie que le refus de renouvellement opposé par l'autre sera réservé à des

¹⁴² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 895 : il s'agit de l'« avènement » d'un nouveau contrat « entre les mêmes parties », destiné à prendre effet « à l'expiration d'un contrat antérieur, pour une nouvelle période » et généralement « aux mêmes conditions ».

¹⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 822 : « modification apportée à un droit, une mission, etc., dans le sens d'une prolongation (dans le temps), d'un maintien en vigueur ou en activité au-delà de l'échéance ; désigne aussi bien l'action de proroger que la prolongation qui en résulte » ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 590, p. 508 : « Classiquement, la prorogation permet de modifier le terme initialement convenu d'un contrat à durée déterminée en le reportant à une date ultérieure ».

¹⁴⁴ T. Douville, Ch. Alleaume, A.-S. Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 206 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 593, p. 511.

¹⁴⁵ En ce qui concerne la tacite reconduction, par définition, elle suppose des agissements implicites des deux parties, ce qui évince toute question d'un éventuel refus.

¹⁴⁶ L'article 1214, alinéa 1^{er} du Code civil.

¹⁴⁷ Les articles L. 145-8 et s. du Code de commerce.

¹⁴⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 895 : « Droit d'obtenir le renouvellement du bail, pour une durée de neuf ans, elle-même renouvelable, consacré par le législateur, avec des modalités différentes, au profit des locataires à usage commercial et des fermiers et métayers ».

situations exceptionnelles. Cependant, le renouvellement du contrat n'est en aucun cas un droit général. En dehors des stipulations légales dans ce sens, le contrat à durée déterminée ne peut être renouvelé qu'avec l'accord des deux parties. Ce principe est affirmé clairement par l'alinéa 2 de l'article 1212 : « Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ». Ce n'est qu'une manifestation de la liberté contractuelle, énoncée par l'alinéa 1^{er} de l'article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Ainsi, le contractant dispose de la faculté de ne pas décaler le terme initial du contrat (prorogation) et de ne pas donner son accord à la naissance d'un nouveau contrat de contenu identique au précédent (renouvellement). Finalement, est consacrée l'existence d'un droit de refuser de poursuivre un contrat de distribution au-delà de son terme contractuel.

Ce refus de poursuivre la relation contractuelle, tout comme la décision de mettre fin à un contrat à durée indéterminée, sont motivées par la simple volonté de leur auteur. Par ce caractère, ils se distinguent des fins de relation contractuelle motivées par des éléments extérieurs à la volonté de l'auteur de l'acte de rupture.

Section II. La fin d'une relation contractuelle entraînée par la juxtaposition d'un fait juridique et d'un acte extinctif

Une fin de relation contractuelle suppose avant tout l'existence de cette relation. Cependant, l'existence de la relation contractuelle peut être remise en cause lorsque le contrat prend fin avec un effet rétroactif. Néanmoins, cette interrogation n'a plus lieu d'être soulevée à l'égard de la résolution qui est désormais dissociée de la notion de rétroactivité (§ II). En l'absence d'effet rétroactif, il n'y aura donc plus de doute sur l'existence de la relation contractuelle, ni sur l'existence de la fin de cette relation. Ainsi, la résolution consiste bien dans la fin d'une relation contractuelle. Plus précisément, il s'agit d'une fin de relation contractuelle entraînée par la juxtaposition d'un fait juridique et d'un acte juridique. Il en est de même pour la fin d'une relation contractuelle dans le cadre d'une imprévision, dont le régime est renvoyé à celui de la résolution par le Code

civil (§ I). En effet, justifiées par un fait juridique, les deux hypothèses doivent être exclues du champ du droit de mettre fin à la relation contractuelle (§ III).

§ I. L'imprévision : une résolution du contrat entraînée par une exécution onéreuse suite à un changement de circonstance

L'imprévision est « une des innovations importantes »¹⁴⁹ de la réforme du droit des obligations. Elle est définie par l'alinéa 1^{er} de l'article 1195 du Code civil comme étant « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat » qui « rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». L'article 1195 n'emprunte pas la même formulation que l'article 1218 en matière de force majeure pour exprimer l'imprévisibilité de l'évènement : ce dernier décrit un évènement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ». Cependant, la doctrine estime qu'il ne faut pas en déduire une différence au niveau de la définition de l'imprévisibilité, mais, au contraire, que « le texte de l'article 1195 du Code civil doit être éclairé par celui de l'article 1218 »¹⁵⁰. À suivre ce raisonnement, l'imprévisibilité de l'évènement est identique dans la force majeure et l'imprévision. Ces deux institutions se distinguent plutôt au niveau de l'effet de l'évènement imprévisible : en cas de force majeure, l'évènement imprévisible rend l'exécution du contrat impossible, tandis qu'en cas d'imprévision, il la rend seulement plus onéreuse. Ainsi, l'objectif de l'imprévision est de corriger le déséquilibre contractuel créé par la survenance de circonstances imprévisibles¹⁵¹ pour sauver le contrat : il faut le réviser.

¹⁴⁹ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*

¹⁵⁰ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 524, p. 445.

¹⁵¹ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *op. cit.* : « Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance » ; Jean-Luc Aubert, François Collart Dutilleul, *Le contrat - Droit des obligations*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^e éd., 2017, p. 124 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 25.52, p. 142-143 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 441.

La révision pour imprévision n'était, jusqu'à la réforme, pas admise par la jurisprudence qui, désireuse de faire respecter la force obligatoire du contrat¹⁵², contournait cette règle en s'appuyant sur d'autres notions¹⁵³. À ce titre, le célèbre arrêt *Canal de Craponne* offre une belle illustration en se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil¹⁵⁴ : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »¹⁵⁵. Par conséquent, lorsque l'article 1195 prévoit, dans son second alinéa, la possibilité pour le juge de réviser le contrat, il crée une rupture par rapport à la solution jurisprudentielle. Toutefois, cette possibilité est réservée à une situation particulièrement délicate : la partie peut faire appel à ce recours ultime seulement lorsque la renégociation est refusée par l'autre partie ou aboutit à un échec, et que de surcroît les parties ne se sont pas mises d'accord pour résoudre le contrat. Dans une telle situation, soit les parties arrivent *in fine* à prendre la décision commune de demander au juge d'effectuer une révision judiciaire, soit l'une d'elles peut demander unilatéralement une révision judiciaire ou une résolution judiciaire. La révision judiciaire

¹⁵² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.* : « La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat » ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, op. cit.*, n° 25.52, p. 142 : « Classiquement, le principe de la force obligatoire n'impose pas seulement aux parties de respecter leurs engagements, il interdit également au juge de modifier le contenu du contrat ».

¹⁵³ À titre d'exemple, Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547 : Bull. civ. IV, n° 338, p. 241 : face à un contractant qui refuse d'adapter son contrat par rapport aux circonstances imprévisibles, la Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel : « en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi » ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat, op. cit.*, n° 426, p. 409 : « Si la jurisprudence généralement citée est ancienne, il n'en résulte pas pour autant que la résolution a été abandonnée en droit moderne. Certes, le développement de dispositions légales particulières et de techniques contractuelles appropriées a eu pour objet de parer à cette jurisprudence. Mais la Cour de cassation s'est toujours tenue à sa position de principe » ; M. Fabre-Magan, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n° 497, p. 556 : « La Cour de cassation avait pourtant maintenu le principe de l'interdiction de la révision du contrat pour imprévision, mais en développant certaines pistes pour contourner cette interdiction ».

¹⁵⁴ Depuis la réforme, l'article 1103 devient l'équivalent de cet article : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹⁵⁵ Cass. civ., 6 mars 1876 : D. 76. 1. 193 ; note Giboulot in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette (dir.), T. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 165, p. 176.

attire tout naturellement l'attention de la doctrine, car elle constitue une nouveauté introduite par la réforme. Cependant, elle ne correspond pas à une fin de relation contractuelle : bien au contraire, il s'agit d'un moyen pour sauver le contrat en danger. Ainsi, dans le cadre de cette thèse, seule sera traitée la résolution issue d'une situation d'imprévision. À la lecture de l'article 1195, la résolution peut être envisagée dans deux hypothèses lors d'une imprévision : elle peut procéder d'un commun accord des parties à l'issue d'une renégociation inaboutie ; à défaut de ce commun accord, elle peut également être demandée au juge par une seule partie. Ainsi, la résolution ne présente pas la même nature dans les deux hypothèses : la première est à l'amiable, tandis que la seconde est judiciaire.

En ce qui concerne la résolution issue d'un commun accord, plutôt que de la qualifier de « résolution », ne serait-il pas plus approprié d'employer l'expression de « révocation mutuelle » du contrat ? Ainsi, certains auteurs ont écrit que s'il « est toujours possible aux parties à n'importe quel contrat de décider d'y mettre mutuellement fin rétroactivement », « en ce cas, il y a une résolution qui est fondée sur le *mutuus dissensus* et qui n'a rien à voir avec la résolution en cas d'inexécution »¹⁵⁶. Autrement dit, la différence entre les deux institutions réside dans leur différence de fondement. Fondée sur l'inexécution du contrat par une partie, le régime de la résolution se justifie par rapport à l'objectif consistant à remédier à cette défaillance ; fondée sur la volonté commune des parties, la révocation mutuelle peut avoir de conséquences similaires à une résolution uniquement lorsque les parties en décident ainsi. Plus précisément, « il y a inexécution imputable au débiteur d'une obligation créée par un contrat lorsque le débiteur, par son fait, n'exécute pas son obligation », alors que « dans l'imprévision, comme dans la force majeure, l'événement est extérieur à la volonté du débiteur »¹⁵⁷. Finalement, malgré l'emploi du terme « résolution », la résolution amiable prévue par l'article 1195 se distingue de la résolution pour inexécution car cette dernière ne concerne que l'inexécution imputable au débiteur de l'obligation. De surcroît, l'article 1195 prévoit que lors de cette « résolution » amiable, les parties déterminent également la date et les

¹⁵⁶ C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n° 589, p. 595.

¹⁵⁷ *Ibid.*, n° 424, p. 408.

conditions de cette fin du contrat, ce qui confirme sa différence par rapport au régime de la résolution du contrat prévu par les articles 1224 et suivants du Code civil. Par conséquent, malgré l'emploi du terme « résolution », la doctrine y voit une application du *mutuus dissensus*¹⁵⁸. Cette hypothèse particulière ne sera pas, pour la raison déjà développée dans l'introduction, traitée dans le cadre de la présente étude. Enfin, en ce qui concerne la résolution judiciaire dans le cadre de l'imprévision, son régime s'apparente au régime classique de la résolution judiciaire.

§ II. La résolution : une fin non rétroactive entraînée par l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle

Puisant sa source en droit canonique et reposant sur « une idée morale de foi donnée et gardée », le principe de la résolution pour inexécution est accepté par les civilistes « à la fin de notre ancien droit »¹⁵⁹. Depuis la création du Code civil, la résolution était « évoquée à l'occasion des obligations conditionnelles »¹⁶⁰, fondée sur une condition résolutoire « toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques »¹⁶¹. Néanmoins, ce fondement, pourtant expressément prévu par l'ancien article 1184 du

¹⁵⁸ À titre d'illustration, N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, *op. cit.*, p. 96 : « Ce n'est qu'en cas d'échec de la négociation que s'ouvre la deuxième étape : les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, précision inutile au regard de l'article 1193, ou demander d'un commun accord au juge d'adapter le contrat » ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n° 529, p. 449 : « La "résolution amiable" du contrat n'est en effet qu'un cas de *mutuus dissensus*, déjà mentionné dans l'article 1193 du Code civil. Les parties peuvent toujours décider de mettre fin à leur contrat, d'un commun accord, quelle qu'en soit leur raison. Au demeurant, le recours à la notion de « résolution » étonne, sachant qu'il n'y a pas nécessairement eu d'inexécution et que les articles 1217 et suivants ne mentionnent pas l'existence de cette résolution amiable ».

¹⁵⁹ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 1949, LGDJ, Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014, n° 76, p. 133 ; Michel Storck, *JurisClasseur Code civil, Art. 1184, Fasc. 10 : Contrats et obligations - Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire*, 2 ; Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, T. 2, 7^e éd., Dalloz, 1932, Paris, n° 152, p. 143 : « En réalité, la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques a sa source non dans le Droit romain, mais dans le Droit canonique. [...] Cette nouvelle règle de la résolution judiciaire eut grand-peine à se faire admettre dans le droit civil, et c'est seulement au XVII^e siècle qu'elle fut enfin acceptée par les civilistes. Domat fut un des premiers à l'adopter ».

¹⁶⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *préc.*

¹⁶¹ *Code civil des français*, édition originale et seule officielle, L'imprimerie de la République, 1804, Paris, p. 286, article 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a

Code civil¹⁶², est remis en cause par la doctrine¹⁶³, certains auteurs n'hésitant pas à le considérer comme un « rattachement » « correspond[ant] uniquement au souci des rédacteurs de ce code de donner un fondement théorique à cette technique »¹⁶⁴. À la place de la condition résolutoire tacite, d'autres fondements ont été proposés¹⁶⁵ : la cause¹⁶⁶, l'équilibre contractuel¹⁶⁷, l'équité... Aujourd'hui, cette controverse sur le fondement de

le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts [...] ».

¹⁶² Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., T. 2, LGDJ, 1923, n° 1302, p. 443 : « La résolution suppose toujours que les parties ont donné au contrat un consentement conditionnel, retiré d'avance en vue d'une éventualité déterminée : cette éventualité réalisée, le contrat sera résolu » ; Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*

¹⁶³ M. Storck, *JurisClasseur Code civil*, Art. 1184, Fasc. 10 : Contrats et obligations - Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire, préc., 3 : « L'explication de la résolution par référence à la clause résolutoire est rejetée actuellement par l'ensemble de la doctrine » ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, *op. cit.*, n° 4, p. 4 : l'idée de condition résolutoire tacite « ne suffit à justifier ni le domaine d'application de ce texte, ni le mécanisme – judiciaire – de la résolution ».

¹⁶⁴ M. Storck, *JurisClasseur Code civil*, Art. 1184, Fasc. 10, *op. cit.*, 1. ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.* : avec des termes aussi fermes, il explique que « les interprètes du Code civil, imbus du principe de l'autonomie de la volonté, n'ont voulu admettre cette résolution du contrat qu'en la fondant sur la force contractuelle » et « ont inventé la théorie de la condition résolutoire tacite » ; « c'est là méconnaître l'origine et le sens de la règle ».

¹⁶⁵ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.* : « Qu'on fasse de la résolution judiciaire une application de la théorie de la cause, qu'on y voie une manifestation du principe d'équivalence des prestations dans le contrat, ou un instrument technique destiné à assurer à la fois l'équilibre du contrat, ses fins pratiques et son exécution de bonne foi, l'idée profonde est toujours la même : le contrat était respectable quand il a été conclu, parce qu'il répondait à des fins légitimes ; postérieurement à sa conclusion il a été déséquilibré soit par la faute de l'une des parties, soit par un événement purement fortuit ; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral » ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, *op. cit.*, n° 4, p. 4 : « Aussi de nombreux auteurs ont tenté de donner une explication différente de l'effet de l'inexécution sur l'existence du contrat : l'équité, l'équivalence des prestations ou la cause à laquelle la jurisprudence fait expressément appel ».

¹⁶⁶ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, T. 2, n° 151, p. 142 : « Ce droit d'option découle, nous l'avons dit, de la notion de cause. [...] Le droit de faire résoudre le contrat est donc bien la conséquence de cette idée que le contractant s'est obligé en vue d'obtenir la prestation que l'autre lui a promise en retour. Comme le disent les arrêts, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause (Cass. civ., 14 avr. 1891 : D. P. 91.1.29 ; S. 94.1.391 – Cass. civ., 5 mai 1920 : Gaz. Pal. 1920.2.25 ; S. 1921.1.298) » ; *ibid.*, n° 152, p. 143 : « En résumé, quoique l'article 1184 parle de condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, le droit du contractant qui n'a pas reçu la prestation à demander lui-même la résolution du contrat a son fondement dans la connexité qui unit les obligations réciproques engendrées par les contrats synallagmatiques ».

¹⁶⁷ Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, n° 29, p. 357 : « Enfin, n'est-ce pas encore le souci d'équilibre qui permet à l'une des parties d'opposer l'exception d'inexécution, voire d'obtenir la résolution, face à celle qui refuserait de fournir sa propre prestation ? ».

la résolution semble s'essouffler avec la disparition de l'ancienne formule de l'article 1184. Depuis la réforme du droit des obligations, la résolution est apparue dans la liste des « sanctions » de l'inexécution du contrat, énumérées par l'article 1217 : « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut (...) provoquer la résolution du contrat (...) ». Ainsi, il n'y a plus besoin de s'appuyer artificiellement sur une condition résolutoire implicite, car la résolution est tout simplement une sanction offerte par la loi à la « victime » de l'inexécution fautive du contrat. Il s'agit de « la plus radicale des sanctions »¹⁶⁸ proposées à la « victime » de l'inexécution du contrat synallagmatique.

Traditionnellement, la résolution est présentée par le Code civil, par la doctrine¹⁶⁹ et parfois par la jurisprudence¹⁷⁰ comme ayant pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat. Ainsi, l'ancien article 1183 décrit la résolution comme une institution permettant de remettre les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé¹⁷¹ : le contrat est effacé pour le passé et cet effet rétroactif justifie la

¹⁶⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*

¹⁶⁹ Yves Lequette, François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, 642, p. 651 : « Mesure grave, puisqu'elle [la résolution] entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat [...] » ; Stéphanie Porchy-Simon, *Droit civil 2^e année, Les obligations*, Dalloz, 2016, 2^e éd., n° 631, p. 317 ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2014, 14^e éd., p. 459 : « La résolution est l'anéantissement rétroactif d'un contrat synallagmatique à la demande de l'un des contractants, lorsque l'autre n'exécute pas son obligation » ; Rémy Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 2016, 12^e éd., n° 179, p. 181 : « Dans le Code civil de 1804, la résolution opérait rétroactivement à la manière d'une condition résolutoire expresse qu'évoquait l'article 1184 du Code civil » ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2016, 15^e éd., n° 1859, p. 593 : « Traditionnellement il est de principe que le contrat est anéanti rétroactivement par l'effet de la résolution ».

¹⁷⁰ Cass. com., 26 avr. 1977, n° 75-14437 : Bull. civ. IV, n° 118, p. 101 ; Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-17892 : Bull. civ. IV, n° 190, p. 129 : « La résolution d'un contrat synallagmatique emporte la remise des parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement » ; Cass. 3^e civ., 13 juill. 2016, n° 14-26958 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation, la cour d'appel a violé [l'article 1184 du code civil] ».

¹⁷¹ L'article 1183 du Code civil, dans sa version antérieure au 1^{er} octobre 2016 : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ». À l'époque, la résolution en l'absence de clause contractuelle était fondée sur la théorie de la clause résolutoire tacite ; par conséquent, les effets d'une résolution devaient être identiques à ceux prévus par l'article 1183 pour la condition résolutoire ; dans ce sens, Jacques Ghestin, « L'effet rétroactif de la

restitution¹⁷². En poursuivant ce raisonnement, la fin de la relation contractuelle doit être fixée au moment de sa naissance ; il n'est donc guère étonnant que certains auteurs comparent la résolution à la nullité¹⁷³. Ainsi appréhendée, la résolution peut difficilement être traitée comme une fin de la relation contractuelle : en se confondant avec son « début », la « fin » de la relation contractuelle perd tout son sens. Néanmoins, appliquée au contrat à exécution successive, cette interrogation sur la qualification de la fin du contrat était contournée : la résolution d'un contrat à exécution successive n'était censée produire d'effets que vers l'avenir et était nommée « résiliation »¹⁷⁴. Cette solution a existé dès l'origine du Code Napoléon : les dispositions en matière de bail et de rente viagère¹⁷⁵ en offrent des illustrations. L'abandon de la rétroactivité était

résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, 1, p. 203.

¹⁷² Robert Wintgen, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Revue des contrats*, janv. 2008, n° 1, p. 73 : « Cette rétroactivité sert pour l'essentiel à justifier techniquement les obligations de restitution entre les parties » ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2014, 14^e éd., n° 1237, p. 464 : « Cet anéantissement joue évidemment entre les parties, ce qui entraîne la restitution des prestations déjà versées et évite au créancier le concours avec les autres créanciers » ; Stéphanie Porchy-Simon, *Droit civil, 2^e année, Les obligations*, Dalloz, 2016, 9^e éd., n° 631, p. 317.

¹⁷³ À titre d'illustration, Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9^e éd., n° 269, p. 275 : « Pour l'essentiel, les effets de la résolution sont donc identiques à ceux de la nullité ».

¹⁷⁴ Michel Storck, *JurisClasseur Code civil*, art. 1184, Fasc. 10, 11 : « Dans les contrats à exécution échelonnée, l'extinction des obligations nées du contrat pour cause d'inexécution par l'une des parties de ses engagements, peut produire des effets limités au futur, sans remettre en cause le passé » ; Thomas Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2005, n° 24, p. 18 : « Mais l'on s'empresse d'ajouter que dans certains cas – et on considère traditionnellement qu'il s'agit du cas des contrats à exécution successive –, la résolution ne produisant pas d'effet rétroactif, il y a lieu de considérer que la destruction du contrat ne vaut que pour l'avenir » ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 15^e éd., 2016, n° 1859, p. 593 : « Traditionnellement il est de principe que le contrat est anéanti rétroactivement par l'effet de la résolution. [...] Traditionnellement aussi ce principe de l'effet rétroactif était écarté lorsque le contrat était un contrat à exécution successive et le terme de résiliation substitué au terme de résolution » ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 271, p. 277 ; Anne Etienney, *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, n° 127, p. 85.

¹⁷⁵ À titre d'exemple : *Code civil des Français*, édition originale et seule officielle, Paris, L'imprimerie de la République, 1804, p. 428 : en matière de bail, l'article 1760 : « En cas de *résiliation* par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus » ; p. 429, l'article 1766 : « Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire *résilier* le bail. En cas de *résiliation* provenant du fait du preneur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit en l'article 1764 » ; p. 476, en

traditionnellement expliqué par l'impossibilité pratique de restituer des prestations déjà accomplies dans un contrat à exécution successive¹⁷⁶. Cependant, cette explication n'emportait pas la conviction de tous¹⁷⁷. Tout d'abord, lorsque la seule obligation exécutée est à caractère instantané, l'obstacle à la restitution est levé et il n'y a plus de raison d'abandonner la rétroactivité de la résolution¹⁷⁸. Ensuite, certains auteurs doutent de la véracité de l'impossibilité pratique de restituer des prestations échelonnées, car si la restitution d'une prestation exécutée n'est pas possible en nature, elle demeure possible en équivalent¹⁷⁹. Enfin, si la restitution en nature n'est pas réalisable, l'on ne peut pour

matière de rente viagère, l'article 1977 : « Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution ».

¹⁷⁶ Stéphanie Porchy-Simon, *Droit civil, 2^e année, Les obligations*, Dalloz, 2016, 2^e éd., n° 631, p. 317 : « la résolution d'un contrat à exécution successive déjà partiellement exécuté ne pouvait pas donner lieu à un retour parfait au *statu quo ante*. La nature des prestations, supposant en effet qu'elles soient étalées dans le temps, ne permettait pas une restitution en nature » ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^e éd., 2014, n° 1237, p. 465 : « Dans les contrats successifs, comme le bail par exemple, lorsque la remise en état n'est pas possible, l'action n'aboutira qu'à une dissolution anticipée du contrat qui prend le nom de résiliation et qui opère sans rétroactivité ».

¹⁷⁷ A. Etienney, *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation, op. cit.*, n° 127, p. 85 ; Jean-Luc Aubert, note sous Cass. com., 12 oct. 1982, n° 81-10984 (Bull. civ. IV, n° 309, p. 262-263), Defrénois, 1983, Art. 33082, 52, p. 786-787 : « S'il est vrai que, souvent, la résolution du contrat ne permet pas un effacement rétroactif complet des prestations accomplies en exécution du contrat, parce que la nature même de ces prestations – en particulier celles qui consistent dans des services – rend impossible leur répétition, il n'en demeure pas moins que le principe de la résolution est celui de la mise à néant du contrat, pour le passé comme pour l'avenir, à l'image de l'effet produit par une nullité ».

¹⁷⁸ En admettant que la restitution des prestations échelonnées constitue une impossibilité pratique, cette impossibilité n'est pas forcément présente lors de la résolution d'un contrat à exécution successive. En vérité, l'existence d'une prestation à caractère échelonné est un caractère nécessaire mais insuffisant pour décrire le contrat à exécution successive. Plus précisément, le contenu d'un contrat à exécution successive dépasse les simples prestations à caractère échelonné, et peut comprendre en même temps une obligation à exécution instantanée telle que l'obligation de payer un « droit d'entrée ». Par exemple, dans Cass. com., 12 oct. 1982, n° 81-10984, préc., suite à la résolution d'un contrat de franchise non exécuté, le franchisé a réclamé le remboursement du versement préalable de son « droit d'entrée » auprès du franchiseur. Le rejet de cette demande a été censuré par la Cour de cassation qui rappelle le principe de rétroactivité de la résolution : « le contrat synallagmatique ayant été résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses devaient être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé ».

¹⁷⁹ J. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *op. cit.*, n° 25, p. 217 : « Dès l'instant qu'une prestation, même unique et de courte durée, telle que celle d'un artiste lors d'un gala, par exemple, a été effectuée, elle ne peut être restituée. La restitution n'en est pas moins possible sous forme de compensation pécuniaire » ; Jean-Baptiste Seube, « Résolution ou résiliation des contrats à exécution successive », RDC avr. 2004, n° 2, p. 365 : « On a en effet fort bien démontré que certaines prestations, quoique irréversibles ou "ineffaçables" [...] peuvent toujours faire l'objet d'une évaluation pécuniaire et donner lieu à une restitution par équivalent [...]. De fait, les contrats à exécution successive,

autant considérer que le contrat ne soit pas résolu pour cette période¹⁸⁰. Au-delà de cette remise en cause doctrinale, la jurisprudence ne semble pas non plus de cautionner l'argument relatif à l'impossibilité pratique d'une restitution. En effet, la jurisprudence applique parfois une résolution rétroactive au contrat à exécution successive¹⁸¹ : en dehors d'arrêts très anciens qui reconnaissaient une résolution rétroactive au contrat à exécution successive¹⁸², les décisions plus récentes confirment cette solution¹⁸³. Finalement, depuis la réforme du droit des obligations, l'effet de la résolution n'est plus déterminé en fonction du caractère successif ou non de l'exécution du contrat.

Le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 illustre bien cette idée : « la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu »,

comme les contrats à exécution instantanée, peuvent être rétroactivement détruits » ; Signoret, JCP 1984, II, 20166.

¹⁸⁰ Jacques Dupichot, note sur Cass. com., 12 oct. 1982, n° 81-10984 (préc.), « La résolution judiciaire des contrats successifs : un effacement intégral du contrat ? », Gaz. Pal. 1^{er} mars 1983, pan., p. 54-55 : « Certes, une telle *restitutio in integrum* se heurtera à des obstacles de fait que le juge du fait réglera par une technique indemnitaire *lato sensu* [...]... mais nullement (en droit sinon en fait) par l'application du contrat résolu » ; Jacques Ghestin affirme clairement que « l'argument selon lequel les décisions prononçant la résolution d'un contrat seraient constitutives, de telle sorte qu'elles ne pourraient avoir d'effet rétroactif, doit être écarté sans hésitation. La résolution des contrats à exécution successive n'a sur ce plan aucun caractère spécifique » (« L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *op. cit.*, n° 25, p. 217) ; égal. n° 27, p. 218 : « La véritable difficulté vient de ce que certaines prestations ne peuvent être restituées en nature, alors que le prix qui en constituait l'équivalent peut faire l'objet d'une telle restitution [...] Mais ce caractère n'est pas particulier aux contrats à exécution successive » ; A. Etienney, *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation*, *op. cit.*, n° 127, p. 85.

¹⁸¹ J. Ghestin, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *op. cit.*, n° 9, p. 20 : dans sa recherche sur l'application de la résolution au contrat à exécution successive en 1985, l'auteur relève déjà qu'il est « possible, en effet, de citer un nombre à peu près égal d'arrêts de la Cour de cassation qui, les uns, écartent l'anéantissement rétroactif du contrat à compter de sa formation, et les autres affirment la solution contraire ».

¹⁸² Cass. civ., 4 mai, 1898, *Company anglo-american telegraph c/ Compagnie française du télégraphe de Paris à New-York* : « en droit, qu'aux termes de l'article 1183 du code civil, la résolution du contrat, quand elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et remet les choses au même état que si elles n'avaient pas existé ; qu'il suit de là que les prestations déjà effectuées deviennent caduques et doivent être restituées, quand la partie qui les a reçues n'en a pas donné d'équivalentes ; qu'il importe peu : d'une part, que, jusqu'au moment de la résolution, le contrat ait été loyalement exécuté, la loyauté d'exécution ne pouvant suffire pour donner existence et faire produire effet à un contrat juridiquement disparu [...] ». Toutefois, à propos de cette solution, Marcel Planiol considère que « la question était dominée par des considérations de fait », D. 1989, 1, p. 457 ; Cass., 31 déc. 1856 : D. 1859. I. 281 (une solution de principe) ; Cass. civ., 16 févr. 1932 : S. 1932. 1.163.

¹⁸³ Cass. 3^e civ., 15 mai 1974 : Bull. civ. III, n° 195, p. 146 – Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1983, n° 82-13112, SA éditions Hermann c/ Kenneth Mac Kenzie, lord Clark et a. : Bull. civ. I, n° 252, p. 227.

« l'ordonnance abandonne (...) la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence », « la question des restitutions est (...) désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi »¹⁸⁴. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 1229 prévoit expressément le moment de la prise d'effet de la résolution en fonction du mode de résolution : « la résolution prend effet, selon les cas, dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice ». Cette solution reste la même pour l'ensemble des contrats, qu'ils soient à exécution successive ou instantanée. Par conséquent, en cas de résolution pour inexécution contractuelle, la relation contractuelle commence le jour de la formation du contrat et prend fin à la date de la résolution prévue par l'article 1229. Renvoyant à la notion de résolution judiciaire, la fin d'une relation contractuelle dans le cadre de l'imprévision prend fin « à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice »¹⁸⁵. Ainsi, dans le cadre d'une imprévision comme dans le cadre d'une résolution, la fin de la relation contractuelle n'est plus « menacée » par la notion de rétroactivité. Cependant, même si la résolution du contrat constitue bien une fin de la relation contractuelle, elle ne peut pas pour autant être assimilée au résultat de l'exercice d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle.

§ III. Le rejet de la qualification du droit de mettre fin à une relation contractuelle

Selon l'ancien article 1184 du Code civil, « la résolution doit être demandée en justice ». Ce recours judiciaire imposé par l'ancien texte constituait un obstacle du moins

¹⁸⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.* : « Le régime des différents modes de résolution ayant été dressé, l'article 1229 précise la date d'effet de la résolution et ses conséquences » ; Mustapha Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016, p. 494 ; Thomas Genicon, *Contrats et obligations*, « “Résolution” et “résiliation” dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *op. cit.*, 960 : « Il faut commencer par renoncer à assimiler la rétroactivité de la résolution à une fiction d'inexistence du contrat qui n'a aucun sens » ; en effet, contrairement à la nullité, « la destruction du contrat, permise par la résolution, ne peut jamais consister à nier l'existence passée du pacte », mais il s'agit d'une destruction de l'effet du pacte.

¹⁸⁵ L'alinéa 2 de l'article 1229 du Code civil.

formel à la résolution unilatérale, une technique pourtant admise par le droit positif¹⁸⁶. Afin d'« introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification »¹⁸⁷, ce recours judiciaire obligatoire a été retiré lors de la réforme. L'article 1224 ne peut être plus claire : « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Aujourd'hui, la résolution peut donc être mise en œuvre de trois façons différentes : soit via l'application d'une clause résolutoire, soit de façon unilatérale, soit de façon judiciaire¹⁸⁸. Dans tous les cas, la mise en œuvre de la résolution par une partie nécessite non seulement l'existence d'une inexécution fautive de la part de l'autre partie, mais également la manifestation de la volonté de la partie demanderesse de vouloir obtenir la résolution. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une résolution judiciaire, la manifestation de la volonté du demandeur se traduit par une demande en justice. Lorsqu'il s'agit de l'application d'une clause résolutoire, le bénéficiaire de la clause doit manifester son intention de s'en prévaloir¹⁸⁹ ; à défaut, il sera considéré comme ayant renoncé au

¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485 : Bull. civ. I, n° 300, p. 207 : « Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire, ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.* : « Elle comprend sept articles, les articles 1224 à 1230, et est organisée autour des trois modes de résolution du contrat déjà bien connus en droit positif : la clause résolutoire, la résolution unilatérale, et la résolution judiciaire » ; Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 653, p. 565 : « La résolution par notification, prévue à l'article 1226 du Code civil, constitue l'une des nouveautés majeures de la réforme du droit du contrat, expressément prescrite par la loi d'habilitation. Sa consécration fait suite à une évolution jurisprudentielle en ce sens, qui s'était accélérée depuis la fin des années 1990 » ; Jean-Louis Fourgoux, « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », *AJCA*, 2016, p. 127 ; Caroline Pelletier, « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC* 2015, p. 788 ; S. Guérin, N. Genty, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat* 2017, p. 17.

¹⁸⁷ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*

¹⁸⁸ NDA : la situation de la fin de la relation contractuelle pour imprévision sera traitée en même temps que la résolution judiciaire.

¹⁸⁹ Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-21322 : Bull. civ. IV, n° 168, p. 149 : « La clause résolutoire est acquise dès que son bénéficiaire a manifesté son intention de s'en prévaloir ».

bénéfice de la clause. De même, lorsqu'il s'agit de la résolution unilatérale, la manifestation de la volonté du demandeur est faite sous la forme d'une notification¹⁹⁰.

Par conséquent, contrairement à l'acte « déclencheur » dans la fin d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique, l'acte manifestant la volonté du demandeur d'obtenir la résolution est un véritable acte extinctif : il conditionne non seulement l'efficacité de la fin de la relation contractuelle, mais également son existence. Cette manifestation de volonté ne joue pas un simple rôle pour faire apparaître les effets de la résolution ; il s'agit véritablement d'une décision de mettre en œuvre la résolution : la résolution ne peut dès lors pas produire ses effets indépendamment de la manifestation de la volonté du demandeur, contrairement à ce qui prévaut en cas de force majeure ou de caducité. Pour cette raison, il y a lieu de s'interroger sur la place de la décision de mettre en œuvre la résolution au sein d'une étude portant sur le droit de mettre fin à la relation contractuelle. Est-ce que cette décision relève du droit subjectif ? D'après une définition étendue du droit subjectif¹⁹¹, la réponse ne peut qu'être positive. Cependant, est-ce que ce « droit à la résolution » constitue bien un droit de mettre fin à une relation contractuelle ?

En effet, le « droit à la résolution » est très différent des deux hypothèses du droit de mettre fin à la relation contractuelle évoquées précédemment – celle de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et celle de refuser de poursuivre un contrat à durée déterminée au-delà du terme contractuel.

D'abord, cette différence se manifeste au niveau de la condition de leur mise en œuvre. Contrairement aux deux hypothèses précédentes qui peuvent s'exercer à la

¹⁹⁰ L'article 1226 du Code civil.

¹⁹¹ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 105 : « Le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien » ; G. Michaélidès-Nouaros, « L'évolution de la notion de droit subjectif », *op. cit.*, 216, p. 223 : « D'après la définition dominante, le droit subjectif est un pouvoir de volonté (ou une prérogative) reconnu à un particulier par l'ordre juridique pour la satisfaction d'un intérêt humain » ; Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Introduction au droit*, *op. cit.*, 187, p. 207 : « Le droit subjectif, dans sa compréhension d'origine, déborde singulièrement l'idée de prérogative individuelle puisée par la personne dans la règle de droit objectif ».

seule condition que l'auteur de l'acte en ait envie, la résolution nécessite avant tout l'inexécution du contrat par l'autre partie, ce qui est un fait juridique sur lequel le demandeur de la résolution n'a aucune maîtrise.

Ensuite, cette différence se manifeste au niveau du contenu de l'acte. Selon l'article 1217 du Code civil, en cas d'inexécution du contrat par l'autre partie, la « victime » peut « provoquer » la résolution du contrat. Le terme « provoquer » révèle assez bien l'esprit de la résolution : c'est la résolution qui met fin au contrat¹⁹², mais la « victime » de l'inexécution peut déclencher la mise en œuvre de la résolution. En d'autres termes, la « victime » ne met pas en œuvre directement la fin du contrat, mais un mécanisme extinctif fondé sur un fait juridique : l'inexécution du contrat par l'autre partie. Telle est la structure de la juxtaposition d'un acte extinctif et d'un fait juridique : la fin de la relation contractuelle trouve sa cause adéquate dans un fait juridique (l'inexécution contractuelle par l'autre partie), mais sa cause directe dans un acte juridique (la décision de la victime de mettre en œuvre la résolution).

Enfin, la différence entre la résolution et le droit de mettre fin à une relation contractuelle se manifeste au niveau des régimes lors de leur mise en œuvre. Contrairement aux deux hypothèses précédentes, la demande de la résolution ne doit pas être contrôlée par la notion de l'abus. En effet, à l'instar de la caducité et de la force majeure, la résolution est justifiée par un fait juridique ; ainsi le contrôle de sa mise en œuvre sera effectué en amont, en vérifiant l'existence de ce fait juridique susceptible de justifier la résolution. Ce contrôle est bien plus sévère que celui effectué par la notion d'abus : ce dernier n'exige en effet pas de juste motif pour l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution¹⁹³. Par conséquent, une fois que cette condition en amont est satisfaite, la faculté de mettre en œuvre la résolution n'a plus besoin de subir le contrôle par la notion de l'abus. Il est vrai que certaines décisions judiciaires emploient parfois l'expression de « mise en œuvre abusive » de la clause résolutoire ; cependant, il s'agit en vérité d'une fausse mise en œuvre de la clause résolutoire : le demandeur prétend appliquer la clause alors qu'en l'espèce, les conditions

¹⁹² L'alinéa 1^{er} de l'article 1229 du Code civil.

¹⁹³ NDA : cette question sera abordée dans le titre suivant.

de sa mise en œuvre n'étaient pas réunies¹⁹⁴. Un exemple permet d'illustrer la différence entre la résolution et le droit de mettre fin à une relation contractuelle. Ainsi, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie sans respecter un préavis suffisant, mais cette obligation légale ne fait « pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure »¹⁹⁵. Les exceptions au contrôle de la rupture brutale sont donc en réalité la résolution et la force majeure. Ainsi, la mise en œuvre de la résolution n'est pas soumise au même régime que le droit de mettre fin à la relation contractuelle.

D'ailleurs, l'alignement du traitement de la résolution sur celui de la force majeure permet de bien souligner la ressemblance entre ces deux institutions : dans les deux cas, la fin de la relation contractuelle trouve son fondement dans un fait juridique. La différence entre les deux institutions réside finalement dans la nécessité ou non d'une volonté supplémentaire au fait juridique pour leur mise en œuvre. Du point de vue de la pratique, la particularité de la résolution par rapport à la force majeure se trouve ainsi dans la possibilité pour son bénéficiaire de renoncer à sa mise en œuvre, sans que cela puisse lui être opposé par son adversaire. De surcroît, le contenu de ce « droit à la résolution » est « appauvri » par l'existence d'une obligation préalable de mise en demeure à la charge de son auteur. En effet, lorsque la résolution est mise en œuvre via une clause résolutoire ou bien de façon unilatérale, une obligation de mise en demeure du débiteur est imposée par les textes¹⁹⁶. En raison de cette obligation de mise en demeure, le demandeur doit non seulement patienter pour mettre en œuvre la résolution, mais il peut également perdre le « droit à la résolution » si le débiteur décide d'exercer son

¹⁹⁴ CA Paris, 5^e ch. B, 20 févr. 1998, Sté Commerciale Auto-mobile de Touraine c/ SA Suzuki France, D : RJDA 5/98, n° 580, p. 406.

¹⁹⁵ De même, dans le cadre d'un contrat d'agence commerciale, l'obligation de préavis est imposée par l'article L. 134-12 du Code de commerce à l'exercice du droit de mettre fin au contrat, sauf « lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure » ; la jurisprudence retient également que la faute du concessionnaire justifie la résiliation sans préavis du concédant : par ex. Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-10374, Sté Locametz équipement c/ SNC Dynapac : RJDA 3/98, n° 259, p. 187 ; Cass. com., 5 mars 1996 : RJDA 6/96, n° 745 ; CA Paris, 8 nov. 1996 : RJDA 2/97, n° 195.

¹⁹⁶ Les articles 1225 et 1226 du Code civil, sous réserve de la stipulation contraire de la clause ou bien de l'urgence.

obligation dans le délai de la mise en demeure. De même, « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts »¹⁹⁷. Cet appauvrissement du contenu du « droit à la résolution » va l'éloigner encore davantage du droit de mettre fin à une relation contractuelle. Finalement, compte tenu des différences entre « le droit à la résolution » et le droit de mettre fin à une relation contractuelle, et de la ressemblance entre la résolution et la force majeure, il sera plus pertinent d'affirmer l'existence d'une faculté, pour le bénéficiaire, de renoncer à la résolution, plutôt que d'affirmer l'existence d'un droit de mettre fin à une relation contractuelle dans le cadre de la résolution.

¹⁹⁷ L'article 1228 du Code civil.

Conclusion du Chapitre I

L'identification du droit de mettre fin à une relation contractuelle suppose d'exclure les fins de relation contractuelle qui ne s'expliquent pas par ce droit, afin de ne retenir que les hypothèses qui s'expliquent par ce droit. Ainsi, lorsque la fin d'une relation contractuelle est entraînée par un fait juridique, elle ne peut pas s'expliquer par un acte juridique, encore moins par le droit de mettre fin à une relation contractuelle. Au sein de cette catégorie, on trouve les hypothèses de l'arrivée du terme extinctif d'un contrat à durée déterminée, de la caducité et de la force majeure. De surcroît, la résolution ne relève pas non plus du droit de mettre fin à une relation contractuelle ; de même, doit être exclue du sujet la fin d'une relation contractuelle dans le cadre d'une imprévision, dont le régime est renvoyé à celui de la résolution par le Code civil. En effet, la résolution est entraînée par la juxtaposition d'un fait juridique et d'un acte juridique. Cependant, à l'instar de la force majeure, elle est justifiée par un fait juridique indépendant de la volonté de l'auteur de l'acte. D'ailleurs, les régimes de ces fins d'une relation contractuelle diffèrent de celui du droit de mettre fin à une relation contractuelle.

Après avoir exclu ces hypothèses, le droit de mettre fin à une relation contractuelle comprend donc le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et le droit de refuser la poursuite de la relation contractuelle au-delà du terme contractuel.

Chapitre II. L'applicabilité au contrat de mandat du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

En raison de l'absence de règles spécifiques consacrant le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, l'existence de ce droit renvoie à celui de mettre fin à la relation contractuelle en droit commun. Il a été démontré dans le chapitre précédent que ce droit concerne la fin d'un contrat à durée indéterminée et aussi le refus de poursuivre une relation contractuelle au-delà de son terme. Néanmoins, si l'application de ce droit est évidente à l'égard de la plupart des contrats de distribution, elle reste délicate à l'égard du contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire.

En matière de mandat, il existe une règle spécifique concernant la fin du contrat : il s'agit de la faculté pour le mandant de révoquer librement le contrat de mandat au moment où il le souhaite. Notamment, un contrat de mandat à durée déterminée peut être révoqué de manière précipitée par le mandant, sans que ce dernier puisse être sanctionné au titre de la violation du contrat. Ainsi, cette faculté est plus étendue que le droit de mettre fin à une relation contractuelle en droit commun. Il y a donc une incertitude sur le droit subjectif dont dispose le fournisseur pour mettre fin à la relation contractuelle avec un distributeur mandataire. Si la faculté de révocation *ad nutum* lui est accordée, il n'y aura plus de droit de mettre fin à la relation contractuelle commun à l'ensemble des contrats de distribution.

Cependant, cette faculté de révocation *ad nutum* est fondée sur le caractère bienfaisant du mandat, qui était l'essence même de ce type de contrat **(I)**. Par conséquent, le contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire, qui est un contrat à titre onéreux, ne peut pas recevoir application de cette règle du mandat. Au contraire, il doit rester soumis au droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution **(II)**.

Section I. La révocation ad nutum du mandat fondé sur son caractère bienfaisant

D'après Pothier, la gratuité est un élément essentiel du mandat (§I), tandis que le Code Napoléon la considère comme une simple nature du mandat, à laquelle il peut être dérogé par une stipulation contraire (§II). Cependant, cette apparente contrariété n'est que la résultante de différentes définitions retenues pour la gratuité. En distinguant la gratuité de la bienfaisance (§III), on arrive à la conclusion suivante : en réalité, Pothier (§IV) et le Code Napoléon retiennent tous deux la bienfaisance comme l'essence du mandat (§V). Cette conclusion a deux conséquences : d'une part, elle permet d'exclure du mandat le contrat à titre onéreux (§VI), d'autre part, elle permet de justifier la libre révocation du mandat par le mandant (§VII).

§ I. Pothier : la « gratuité » comme essence du mandat

Pothier distingue trois choses au sein d'un contrat : « celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de la nature du contrat, et celles qui sont purement accidentelles au contrat »¹⁹⁸. En premier lieu, sont qualifiées d'essence du contrat les choses « sans lesquelles ce contrat ne peut subsister » ou se transforme en une autre espèce de contrat¹⁹⁹. En deuxième lieu, sont qualifiées de nature du contrat les choses qui, « sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées »²⁰⁰. En troisième lieu, sont qualifiées d'accidentelles au contrat les choses qui, « n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat »²⁰¹. Par conséquent, si l'essence du contrat est un élément indispensable à sa qualification, la nature du contrat n'est qu'un élément présumé suite à cette qualification. La différence entre l'essence du contrat et la nature du contrat réside dans leur caractère indispensable ou non à la

¹⁹⁸ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, nouvelle Édition ornée du portrait de l'auteur, publiée par M. Siffrein, T. 1, Paris, Chanson, Imprimeur-Libraire, 1821, 5, p. 82 : « Cujas ne distinguait dans les contrats que les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentelles. La distinction qu'ont fait plusieurs jurisconsultes du XVII^e siècle est beaucoup plus exacte ».

¹⁹⁹ R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 1, *op. cit.*, 6, p. 82 : « Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat ».

²⁰⁰ *Ibid.*, 7, p. 84.

²⁰¹ *Ibid.*, 8, p. 86.

subsistance du contrat : le contrat ne peut subsister sans l'essence du contrat ; il peut en revanche subsister sans la nature du contrat, grâce à une stipulation contractuelle prévue en ce sens²⁰².

En mettant en œuvre cette classification, Pothier affirme qu'« il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit »²⁰³. Par conséquent, si le mandataire est payé avec « un prix » au titre de la gestion de l'affaire, le contrat n'est plus un mandat : « c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum* »²⁰⁴. La gratuité est donc retenue par Pothier comme un critère de distinction entre le mandat et le louage. Néanmoins, il affine cette distinction en évoquant l'hypothèse particulière de la récompense.

Si, « pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose [...], le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre »²⁰⁵. Autrement dit, cet auteur considère que le mandat n'est pas privé de son essence malgré la proposition d'une récompense faite par le mandant en faveur du mandataire : le mandat demeure « gratuit ». Afin d'expliquer cette solution, l'auteur

²⁰² *Ibid.*, 7, p. 84 : « étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. Ces choses tiennent un milieu entre les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui sont accidentelles au contrat ; et elles diffèrent des unes et des autres. Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties ; et elles font partie du contrat sans avoir été expressément convenues : c'est ce qui s'éclaircira par des exemples ».

²⁰³ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, Nouvelle Édition ornée du portrait de l'auteur, publiée par M. Siffrein, T. 6, Paris, Chanson, Imprimeur-Libraire, 1821, 22, p. 95 ; dans le même sens, Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 1, *op. cit.*, 6, p. 84.

²⁰⁴ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 6, *op. cit.*, 22, p. 95 : « C'est ce que nous apprend Paul » ; dans le même sens, Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 1, *op. cit.*, 6, p. 84 : « Pareillement, étant de l'essence des contrats de prêt, de mandat et de dépôt, qu'ils soient gratuits ; si je vous ai prêté une chose, à la charge que vous me paierez une certaine somme pour l'usage de cette chose, ce ne sera pas un contrat de prêt, mais ce sera une autre espèce de contrat, savoir, un contrat de louage. Par la même raison, si, en acceptant la procuration que vous m'avez donnée, ou le dépôt d'une chose que vous m'avez confiée, j'ai exigé de vous une certaine somme pour la récompense du soin que je donnerois à la garde du dépôt ou à la gestion de l'affaire que vous m'avez confiée, le contrat ne sera pas un contrat de dépôt ni un contrat de mandat ; mais ce sera un contrat de louage, par lequel je vous loue mes soins pour la gestion de votre affaire ou pour la garde de votre dépôt ».

²⁰⁵ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 6, *op. cit.*, 23, p. 96.

précise que la promesse d'une récompense au profit du mandataire est « une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie, et lui est étrangère »²⁰⁶. Le fait de considérer le mandat et la promesse de récompense comme deux actes juridiques distincts permet de conserver au mandat son caractère gratuit. Pour justifier cette position, Pothier se réfère au caractère « inappréciable »²⁰⁷ du service rendu par le mandataire au mandant : ce service, qui ne peut être estimé à une somme d'argent, est récompensé par un « honoraire »²⁰⁸, contrairement au service « appréciable » rendu dans le contrat de louage de services, qui est payé par un « loyer »²⁰⁹. C'est en suivant ce même raisonnement que l'auteur affirme

²⁰⁶ *Ibid.* : « La promesse que je lui fais de ce *Thesaurus* qu'il accepte, est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie, et lui est étrangère. C'est pour cette raison que, par le droit romain, l'honoraire qui a été promis au mandataire ne peut être par lui demandé que *per persecutionem extraordinarium* : il ne peut pas le demander par l'action *mandati*, parce que la promesse qui lui en a été faite n'est pas censée faire partie du contrat de mandat : *De pecuniâ quam erogasti mandati actione pro sorte et usuris potes experiri ; de salario autem quod promisit, apud proesidem cognitio proebeat*ur ; l.1, cod. Mandat ».

²⁰⁷ *Ibid.* : « La chose se comprendra mieux par un exemple. Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause : il me dit qu'il veut bien s'en charger. Je l'en remercie, et je lui dis que pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Meerman, qui manque à sa bibliothèque. Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent, que je lui offre de si bonne grâce. Quoique je promette à cet avocat le *Thesaurus* de Meerman, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge. Cette défense de ma cause, dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet » [nous soulignons].

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 96 : « Néanmoins si, pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent, ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable. Ce qui est promis de cette manière s'appelle honoraire, et en latin *honor, honorarium, salarium*. C'est pourquoi Ulpien dit : "Si remunerandi gratiâ honor intervenerit, erit mandati actio ; l.6, mand." ».

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 97 ; « L'honoraire que le mandant promet au mandataire n'étant pas le prix des services que le mandataire s'oblige, par le contrat de mandat, de rendre au mandant, il s'ensuit que la promesse que le mandant ferait d'un honoraire, en termes vagues et généraux, seroit nulle, et ne produiroit aucune obligation ; comme si le mandant avoit dit en termes vagues : Je ne manquerai pas de reconnaître d'une manière convenable le service que vous voulez bien me rendre. En cela l'honoraire diffère du loyer, qui est promis par un contrat de louage à celui qui nous a loué ses services. Lorsque j'ai loué les services d'une personne, qui sont appréciables, la promesse que je fais de l'en récompenser, quoique conçue en termes vagues, est valable. La raison de cette différence est que cette récompense, quoique promise en termes vagues, étant le prix de services appréciables, est déterminable à la somme qu'ils seront estimés par des experts ; au lieu qu'un honoraire promis à un mandataire, n'étant pas le prix de ses services, lesquels ne sont pas d'ailleurs appréciables, la promesse de cet honoraire, faite en termes vagues, n'a pour objet rien de déterminé ni de déterminable ; et par conséquent elle est nulle, suivant les principes établis en notre

que les services rendus dans le cadre d'« une profession libérale » appartiennent naturellement au « contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage » : « tels sont les services que rendent, dans leur profession, les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc. »²¹⁰. Pour Pothier, le paiement du loyer d'un service appréciable va permettre au bénéficiaire dudit service de s'acquitter de son obligation envers le loueur du service ; en revanche, le paiement de la récompense ne peut pas éteindre l'obligation du mandant envers le mandataire²¹¹. En réalité, si l'on considère le service rendu par le mandataire comme étant inestimable, la notion de prix perd tout son sens au sein du contrat de mandat : le caractère « inappréciable » signifie une absence d'équivalence possible en valeur vénale. Autrement dit, peu importe la valeur vénale de l'éventuelle contrepartie offerte par le mandant au mandataire : le mandat sera toujours considéré comme étant « gratuit » car il n'existe pas d'équivalent au service rendu ; dès lors, ne constituant pas un équivalent du service rendu, la récompense proposée au

Traité des obligations, n° 131. C'est en conséquence de ces principes que les empereurs répondent : *Salarium incertae pollicitationis peti non potest* ; L. 17, cod. mandat » [nous soulignons].

²¹⁰ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 6, *op. cit.*, 25, p. 98 : « Il y a néanmoins certaines services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale, et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage, ceux qui les ont rendus sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire. Tels sont les services que rendent, dans leur profession, les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc. L'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services, n'est pas l'action *ex locato*, c'est *persecutio extraordinaria* ; car cette récompense n'est pas un loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature » [nous soulignons].

²¹¹ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, T. 6, 27, p. 98-99 : « Observez une différence entre ces récompenses et le loyer d'un service appréciable. Lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu, je ne lui dois ni remerciements ni reconnaissance. Mais quoique j'aie payé la récompense qui est due par l'usage, pour des services qui dépendent d'une profession libérale, tels que sont ceux d'un médecin ; cette récompense que j'ai payée, n'étant pas le prix de ses services, qui sont inestimables, elle ne m'acquitte pas envers celui qui me les a rendus, de la reconnaissance que je lui dois pour ses services » ; « On peut aussi quelquefois devoir de la reconnaissance à des personnes qui nous ont rendu des services appréciables à un prix d'argent, dont nous avons payé le loyer, tels que sont ceux qui nous ont été rendus par des domestiques et des serviteurs qui ont été long-temps à notre service. Mais la reconnaissance qui est due à ces personnes ne leur est pas tant due pour leurs services que pour l'affection avec laquelle ils nous les ont rendus, et pour l'attachement qu'ils ont témoigné avoir pour notre personne ; au lieu que la reconnaissance que je dois à un médecin, ou autre semblable personne, est due pour leurs services considérés en eux-mêmes, *in se*, lesquels ne peuvent pas être censés payés par la récompense ordinaire que j'ai donnée à celui qui me les a rendus, cette récompense n'étant pas le prix de ses services, qui sont, de leur nature, quelque chose d'inestimable ».

mandataire constitue donc un geste du mandant qui doit être traité séparément du contrat de mandat²¹².

En suivant ce raisonnement, un mandat ne pourra jamais être contracté moyennant un prix car l'avantage éventuellement donné au mandataire ne pourra jamais atteindre la valeur du service rendu par ce dernier. De la même manière, en ce qui concerne l'action dont disposent les mandataires issus de professions libérales pour demander une récompense pour les services rendus, même en l'absence de promesse de récompense²¹³, l'auteur explique qu'il s'agit de l'usage « le plus communément admis de donner pour ces services, dans le lieu où ces personnes exercent leur profession »²¹⁴ car « cette action est fondée sur ce qu'il est de la justice et de l'intérêt public que les personnes qui se dévouent, ces professions trouvent, dans l'exercice qu'ils en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et de quoi élever leur famille ; c'est pourquoi, lorsqu'il se trouve des gens assez ingrats pour leur refuser la récompense ordinaire, la justice vient à leur secours, et leur donne une action pour l'exiger »²¹⁵. En résumé, est clairement niée ici l'existence d'un mandat à titre onéreux. Cette négation a-t-elle été reprise par l'article 1986 du Code Napoléon ?

§ II. Le Code Napoléon : la gratuité comme nature du mandat

Selon l'article 1986 du Code Napoléon, « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire »²¹⁶. Autrement dit, d'après cette disposition, le contrat de mandat

²¹² Les jurisconsultes romains distinguent les arts mécaniques et les arts libéraux : les premiers sont appréciables en argent, et peuvent faire l'objet du louage d'ouvrage ou d'industrie ; alors que les derniers, qui sont inappréciables en argent, font l'objet du mandat. L'ancienne jurisprudence française a repris cette solution. V. Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 6, *op. cit.*, 22, p. 90 ; Paul Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, T. 8, Commentaire-Traité des petits contrats, T. 1, Prêt-Dépôt et séquestre-Contrats aléatoires-Mandat, 2^e éd., Delamotte et Fils Libraires-Éditeur, Paris, 1877, 824, p. 450 ; Raymond-Théodore Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente*, Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code civil, ouvrage faisant suite à celui de M. Toullier, T. 16, Paris, 1846, pp. 8, 58, 164 et suiv., 519 et suiv.

²¹³ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, T. 6, *op. cit.*, 25, p. 97 : le principe est que « lorsqu'il n'a point été promis en tout de récompense au mandataire, le mandataire n'en peut prétendre aucune ».

²¹⁴ *Ibid.*, 26, p. 98.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ L'article 1986 du Code Napoléon, Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804*, Dalloz, 2004, p. 478.

est en principe conclu à titre gratuit ; cependant, il est possible de déroger à ce principe par une stipulation contractuelle inverse. Cette possibilité est d'ailleurs confirmée par un autre article du même code, celui concernant l'obligation contractuelle du mandant : « le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis »²¹⁷. Par conséquent, si l'on applique la classification opérée par Pothier concernant le contenu du contrat, la gratuité doit constituer, non pas l'essence du mandat, mais sa nature, qui peut être exclue par une stipulation contractuelle prévue par les parties. Ce changement est d'ailleurs confirmé par les auteurs du XIX^e siècle²¹⁸. Ainsi, la position du Code Napoléon semble être contraire à celle de Pothier. D'après la rédaction de l'article 1986 dudit code, « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire »²¹⁹. Que faut-il entendre par cette « convention contraire » au caractère « gratuit » ? Penchons-nous d'abord sur la notion de gratuité... tout en soulignant bien que, lors de la présentation des différentes classifications du contrat, le Code Napoléon n'a pas employé le terme de « contrat à titre gratuit », mais celui de « contrat de bienfaisance ».

§ III. La distinction entre la gratuité et la bienfaisance

Le contrat de bienfaisance est défini par l'ancien article 1105 du Code civil comme un contrat dans lequel « l'une des parties procure à l'autre un avantage purement

²¹⁷ L'article 1999 du Code Napoléon, Jean-Denis Bredin, Code civil des français 1804, *op. cit.*, p. 481.

²¹⁸ D. Dalloz aîné et Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Nouvelle Édition, Au bureau de la jurisprudence générale, Paris, T. 30, pt 66, p. 648 : « Aussi, sous ce droit [romain], la gratuité était-elle de l'essence du contrat ; mais notre code ayant autorisé la stipulation d'un salaire, on est autorisé à conclure que la gratuité est de la nature plutôt que de l'essence du mandat ; et c'est ce qu'un arrêt a déclaré (Crim. cass., 16 janv. 1808, aff. Stevens, V. Abus de confiance, n° 187) » ; Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, T. 1, *op. cit.*, 880, p. 490 : « L'article 1986 nous montre qu'il n'en est plus ainsi aujourd'hui. En disant que "le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire", cet article indique clairement que le mandat, quoiqu'ordinairement gratuit, comporte néanmoins une convention de salaire, laquelle, même quand elle est contemporaine du contrat et fait corps avec lui, n'en change ni la nature ni le caractère. Cela revient à dire que la gratuité n'est plus de l'essence, qu'elle est simplement de la nature du contrat de mandat » ; Raymond-Théodore Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, T. 16, *op. cit.*, 154, p. 172 : « J'ai dit que le mandat est gratuit par sa nature ; mais je ne dis pas qu'il le soit par son essence, comme le dépôt et le commodat. La convention des parties peut assurer au mandataire une récompense, et rien n'est plus légitime ».

²¹⁹ L'article 1986 du Code Napoléon, Jean-Denis Bredin, Code civil des français 1804, *op. cit.*, p. 478.

gratuit »²²⁰. Cependant, malgré l'appellation de « contrat de bienfaisance » employée par ce code, une partie de la doctrine moderne préfère le qualifier de « contrat à titre gratuit »²²¹, par opposition à la notion de « contrat à titre onéreux » prévue à l'article suivant du Code Napoléon²²². Si certains auteurs emploient indifféremment les termes de contrat à titre gratuit et de contrat de bienfaisance²²³, d'autres en font deux catégories distinctes de contrat²²⁴. Cependant, ces différentes positions ne sont que le résultat d'une différence sémantique car elles décrivent au fond un même point de vue²²⁵. Peu importe le nom donné à la catégorie opposée à celle du contrat à titre onéreux, elle se divise en deux sous-catégories : l'une a un effet translatif de valeurs (la donation entre vifs et l'institution contractuelle) ; l'autre ne présente pas d'effet translatif de valeurs mais comporte

²²⁰ Bruno Petit, Sylvie Rouxel, *Jurisclasseur Civil Code*, Art. 1101 à 1108-2, Fasc. unique : Contrats et obligations - Définition et classification des contrats, 2013, 76 : « Sur le fond, la qualification de contrat à titre gratuit demeure cependant délicate et relative » ; Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2005-4 (Volume I), 2, p. 1955 : « Ce texte suscite de nombreuses questions ».

²²¹ À titre d'illustration : Jean Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, Puf, 22^e éd. refondue, Paris, 2010, n° 15, p. 51 : « Contrats à titre onéreux et à titre gratuit : c'est l'opposition que décrivent les articles 1105-1106 (en termes peu adéquats) » ; Alain Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 18, p. 15 ; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 85, p. 75 ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n° 189, p. 162 : « Le Code civil, pour désigner le contrat à titre gratuit, parle de contrat de bienfaisance, mais la langue juridique moderne préfère le terme de contrat à titre gratuit » ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, 951, p. 330 ; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 67, p. 86 ; René Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 2, 1923, Librairie Arthur Rousseau, n° 916, p. 892.

²²² L'ancien article 1106 du Code civil : « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ».

²²³ Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., T. 4 revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par Étienne Bartin, éditeur, Librairie de la Cour de cassation, 1920, §341, p. 470-471 : « Les contrats se divisent en contrats à titre onéreux ou intéressés, et en contrats à titre gratuit ou de bienfaisance » ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 951, p. 330 : « Le contrat à titre gratuit s'appelle aussi "contrat de bienfaisance" » ; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, Paris, 2017, 414, p. 193 ; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, T. 2, n° 12, p. 13 ; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 85, p. 75.

²²⁴ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 67, p. 86 ; Jean Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, 21^e éd., PUF, Paris, 1998, n° 15, p. 49 ; Christophe Alleaume, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *Petites Affiches*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 21, n° 10 : « Les contrats de bienfaisance apparaissent comme une sous-catégorie au sein des contrats gratuits ».

²²⁵ Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *op. cit.*, 19, p. 1961.

seulement un service rendu sans contrepartie²²⁶. Néanmoins, si cette différence de vocabulaire n'empêche pas la construction d'une position similaire au fond, il n'en demeure pas moins nécessaire de déterminer le plus précisément possible le sens des termes employés par le Code civil.

Au sens courant, le mot « gratuit » désigne ce « que l'on donne sans faire payer », ce « dont on profite sans payer »²²⁷. Sa définition juridique renvoie donc à une absence de « contrepartie et dans l'intérêt d'autrui »²²⁸. Plus précisément, un acte à titre gratuit est un « acte juridique par lequel une personne fournit sans contrepartie un avantage à une autre dans l'intention de lui rendre service ou dans une intention libérale »²²⁹. Ainsi, dans son sens commun comme dans son sens juridique, l'idée d'absence de contrepartie à l'avantage donné est présente, ce qui montre qu'il s'agit d'un élément essentiel et inhérent à la notion de « gratuité ». La bienfaisance désigne pour sa part l'« action de faire du bien dans un intérêt social »²³⁰. Dans le même ordre d'idée, l'adjectif « bienfaisant » désigne ce « qui fait du bien, apporte un mieux, un

²²⁶ À titre d'illustration : François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 67, p. 86 : les contrats de bienfaisance se divisent en « contrats à titre gratuit » et « contrats de services gratuits ». D'une part, les contrats à titre gratuit désignent les contrats « dans lesquels le contractant qui s'engage le fait en vue d'enrichir le patrimoine d'autrui » (la donation entre vifs, l'institution contractuelle) ; d'autre part, les contrats de services gratuits désignent les contrats « dans lesquels le contractant qui s'engage le fait en vue non d'enrichir autrui, mais de lui rendre service, tels le prêt à usage ou commodat, le prêt d'argent sans intérêt, le mandat non salarié, le dépôt ou le cautionnement non rémunérés » ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, 1923, n° 951, p. 331 : « Sont des contrats à titre gratuit : la donation, qui en est le principal exemple, mais non le seul ; le commodat ou prêt à usage, le dépôt et le mandat » ; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, T. 2, n° 12, p. 13 : les auteurs distinguent les contrats à titre gratuit et les contrats désintéressés : « Les contrats à titre gratuit (ou libéralités entre vifs) sont des accords de volonté par lesquels une partie, inspirée par une pensée de bienfaisance envers l'autre contractant, diminue son patrimoine pour enrichir celui-ci. Il y a deux variétés de contrats à titre gratuit, la donation entre vifs et l'institution contractuelle, qui diffèrent de la donation en ce que son effet translatif ne se produit au profit de l'institué qu'au moment de la mort de l'instituant » ; « Les contrats désintéressés sont ceux dans lesquels un des contractants, mû par le désir de rendre service à l'autre, ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit ou s'engage à fournir. Tels sont le commodat ou prêt à usage, le prêt d'argent sans intérêt, le dépôt, le cautionnement non rémunéré » ; Bruno Petit, Sylvie Rouxel, *Jurisclasser Civil Code, Art. 1101 à 1108-2*, Fasc. unique : Contrats et obligations - Définition et classification des contrats, 2013, 75.

²²⁷ Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 1994, p. 533 : il existe également deux autres sens qui doivent être écartés à l'égard du contexte : « qui n'a pas de fondement, de preuve » et « acte gratuit, sans motif apparent ».

²²⁸ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 447.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Dictionnaire *Le Robert*, *op. cit.*, p. 109.

soulagement » ; le nom « bienfait » renvoie donc à la notion de générosité ; le bienfaiteur est la « personne qui a fait du bien, apporté une aide »²³¹ . Ainsi, l'idée d'absence de contrepartie n'est pas inhérente à la notion de « bienfaisance », ce qui lui confère un sens plus large que la notion de gratuité. Si la définition juridique de la bienfaisance²³² comprend parfois ce critère de l'absence de contrepartie, c'est parce que ledit critère est rappelé à l'ancien article 1105 du Code civil. En effet, en posant que l'avantage procuré à l'autre partie est *purement gratuit*, cet article définit le contrat visé par une absence totale de contrepartie, se référant donc à la notion de « gratuité » et non à celle de « bienfaisance ». Heureusement, ce problème d'incohérence ne se pose plus depuis la réforme du droit des obligations. En effet, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1107 a remplacé les termes de « contrat de bienfaisance » par ceux de « contrat à titre gratuit », qui désigne le contrat dont « une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ». Ainsi, le contenu de ce contrat est resté le même qu'avant ; seule sa dénomination a changé. Par ailleurs, le contrat à titre onéreux, qui avait la même définition que le contrat synallagmatique²³³, correspond désormais à un contrat dans lequel « chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »²³⁴. Par conséquent, la définition du contrat à titre onéreux paraît désormais plus restreinte, avec l'exigence de la contrepartie. Cette modification peut avoir un impact sur une question précise : celle de la place d'un contrat qui serait à mi-chemin entre la gratuité et l'onérosité.

²³¹ Dictionnaire Le Robert, *op. cit.*, p. 110 : « acte de générosité, bien que l'on fait à quelqu'un » ; « avantage procuré, action bienfaisante ».

²³² Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 115 : Bienfait : « Pour celui qui le fait, acte désintéressé (service bénévole ou gratification), notion plus large que libéralité ; pour celui qui le reçoit, avantage gratuit, profit particulier » ; Contrat de bienfaisance : « 1. Parfois syn. de contrat à titre gratuit (C. civ., art. 1105) ; 2. Plus spécifiquement, sorte de contrat à titre gratuit dans lequel l'une des parties, sans transférer à l'autre un élément de son patrimoine, lui rend cependant un service (dans une intention bénévole et sans contrepartie). Ex. le prêt d'argent sans intérêt, le prêt à usage, le dépôt gratuit, etc. Comp. Donation ».

²³³ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n° 125, p. 110 : « Le contrat à titre onéreux était défectueux. Le contrat à titre onéreux était celui qui assujettissait chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. Ce faisant, la définition du contrat à titre onéreux recouvrait exactement celle du contrat synallagmatique ».

²³⁴ L'article 1107 du Code civil.

Si un contrat « purement » gratuit relève évidemment du contrat à titre gratuit prévu à l'article 1107 (l'ancien article 1105), faut-il également y intégrer la notion de contrat qui ne procure pas à l'autre partie un avantage « purement » gratuit, mais seulement un avantage « en partie » gratuit²³⁵ ? Autrement dit, la notion de contrat à titre gratuit peut-elle inclure les contrats dans lesquels la contrepartie de l'avantage procuré n'est pas totalement absente, mais seulement en partie absente ? En ce qui concerne l'ancien article 1105, les travaux préparatoires du Code civil ne donnent pas de renseignement sur ce point²³⁶, dans la mesure où les anciens articles 1105 et 1106²³⁷ du code ont été adoptés sans discussion pendant la présentation et en l'absence de toute observation lors de sa communication au Tribunat²³⁸. Cependant, une interprétation littérale de l'ancien article 1105, retenue d'ailleurs par la majorité de la doctrine²³⁹, incite

²³⁵ Dans ce sens, V. René Demogue, T. 2, *op. cit.*, n° 916, p. 898 : « Une question délicate qui n'a pas échappé au législateur existe lorsqu'un contrat paraît être pour partie gratuit, pour partie onéreux ».

²³⁶ Dans le même sens, V. Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2005-4 (Volume I), préc., 4, p. 1956 : « Pour tenter de cerner la notion de contrat de bienfaisance, le premier réflexe peut être de consulter les travaux préparatoires du Code civil. Mains l'entreprise est vaine ».

²³⁷ « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ».

²³⁸ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1856, T. 13, Paris, Videcoq, Titre III ; « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », Discussion du Conseil d'État, procès-verbal de la séance du II brumaire an XII (3 nov. 1803), p. 46 ; Présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. Bigot-Préameneu, jusqu'à la p. 222 ; Rapport fait par le Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, p. 314 ; Discours prononcé par le Tribun Mourigault, p. 413.

²³⁹ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 951, p. 330 : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre, soit sous la forme d'une dation immédiate, soit sous la forme d'une promesse pour l'avenir ; il est à titre gratuit lorsqu'une seule des deux parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange » ; Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *op. cit.*, 11, p. 1958 : « Néanmoins, une lecture littérale de l'article 1105 du Code aboutit à rejeter cette idée que l'expression de contrat de bienfaisance serait synonyme de celle de contrat à titre gratuit. La quasi-totalité des analyses de cette disposition passe sous silence l'adverbe "purement". Or, ce terme permet d'exclure de la catégorie des contrats de bienfaisance tout contrat dont l'avantage qu'il procure ne serait pas exclusivement, uniquement gratuit » ; Alain Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 18, p. 15 : « Le contrat à titre gratuit est celui dans lequel une partie ne retire aucun avantage de la prestation qu'elle fournit » ; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique, op. cit.*, n° 85, p. 75 : « Le contrat à titre gratuit (ou de bienfaisance, selon l'article 1105) est celui où l'un des contractants entend procurer un avantage à l'autre sans rien recevoir en échange » ; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* : « Les contrats, qui ne sont pas à titre onéreux, et que l'on appelle parfois contrats de bienfaisance, sont ceux par lesquels une partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange » ; *a contrario*, les frères Dalloz ont une position bien plus ambiguë : D. Dalloz aîné et Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 33, 70, p. 72 : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (C. Nap. 1105), c'est-à-dire

à exclure ce type de contrat du champ du contrat à titre gratuit. Néanmoins, si ce contrat n'est pas à titre gratuit, de nombreux auteurs considèrent qu'il ne relève pas davantage de la notion de contrat à titre onéreux²⁴⁰, mais d'une notion plus large que le contrat à titre gratuit²⁴¹. Au final, cette position n'est pas très éloignée de celle de Pothier qui considère qu'il s'agit d'un contrat mixte : « les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne, sont des contrats mixtes »²⁴². Aujourd'hui, certains auteurs proposent de « décomposer » le contrat mixte en deux parties : pour la partie du contrat correspondant à la valeur de la contrepartie, elle sera à titre onéreux ; pour la partie du contrat dépassant la valeur de la contrepartie, elle sera à titre gratuit²⁴³. Quant à la jurisprudence, elle n'a

indépendamment de toute prestation de sa part. Telle est la tutelle officieuse, la donation simple. Tels sont encore le cautionnement, le dépôt, le prêt, le mandat, qui sont de leur nature des contrats gratuits ; toutefois, un salaire peut être stipulé par le dépositaire, le prêteur ou le mandataire, sans que, pour cela, ces contrats changent de nature (V. M. Duranton, t. 10, n° 36), et il en serait de même, suivant le même auteur, de la donation faite avec certaines charges ».

²⁴⁰ C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, Le contrat*, *op. cit.*, n° 21, p. 19 ; Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *op. cit.*, note 38, p. 1961 : « Ce critère [d'absence d'avantage équivalent] nous apparaît plus pertinent que celui de l'absence totale de contrepartie, ne serait-ce que parce qu'il existera toujours au moins une contrepartie subjective. Par ailleurs, même en présence d'une contrepartie objective, la qualification automatique de contrat à titre onéreux paraît excessive lorsque cette contrepartie n'est pas équivalente » ; P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 414, p. 193 : ces auteurs considèrent qu'un contrat à titre gratuit peut être synallagmatique, avec l'exemple de la donation avec charge.

²⁴¹ Christophe Sauvat, « Le contrat de bienfaisance », *op. cit.*, 20, p. 1961 : « Par ailleurs, il nous semble que le critère d'absence d'avantage équivalent retenu pour distinguer le contrat à titre onéreux du contrat à titre gratuit permet en réalité de distinguer le contrat de bienfaisance des autres types de contrat à titre gratuit, en ce sens que ne peut être qualifié de contrat de bienfaisance le contrat à titre gratuit ne se caractérisant pas par une absence totale de contrepartie, puisque selon l'article 1105 du Code civil, le contrat de bienfaisance ne peut procurer à autrui qu'un avantage purement gratuit ».

²⁴² Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, T. 1, 12, p. 90 ; *idem*, T. 5, p. 518 : « Les contrats de bienfaisance sont ceux qui ne font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes : en cela ils diffèrent des contrats intéressés de part et d'autre, dont nous avons traité jusqu'à présent » ; D. Dalloz aîné, Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 33, n° 70, p. 72 : « Mais d'autres auteurs rangent ces donations parmi les contrats mixtes, c'est-à-dire qui tiennent de la nature des contrats de bienfaisance et des contrats à titre onéreux (V. Pothier, n° 12 ; Toullier, t. 6, n° 19 ; M. Poujol, *Obligations*, t. 1, p. 50, sur l'art. 1105 ; Larombière, *ibid.*, n° 7.). Lorsque la charge dépasse ou égale la chose donnée, on doit ranger l'acte au nom des contrats commutatifs, quoique qualifié de donation ».

²⁴³ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 126, p. 111-112 : « L'article 1107 du Code civil invite ainsi à décomposer les donations avec charge. Jusqu'à la valeur de la charge, le contrat serait à titre onéreux, chacune des parties ayant objectivement reçu un avantage en contrepartie de celui qu'il a procuré à l'autre ; au-delà, le contrat serait à titre gratuit, le donateur se dépouillant cette fois sans recevoir, ni attendre de contrepartie ».

pas fourni de réponse générale à cette question dans la mesure où la détermination du caractère bienfaisant ou onéreux du contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Par conséquent, il convient de garder l'expression de « contrat à titre gratuit » pour désigner le contrat sans contrepartie, et celle de « contrat de bienfaisance » comme une notion plus large incluant à la fois le contrat à titre gratuit *et* le contrat mixte²⁴⁴.

§ IV. L'application des définitions à la théorie de Pothier : la bienfaisance comme essence du mandat

Selon la définition du contrat à titre gratuit évoquée ci-dessus, un mandat à titre gratuit désigne le mandat dans lequel aucun avantage n'est prévu en échange du service rendu par le mandataire. Un mandat bienfaisant désigne à la fois les mandats à titre gratuit et les mandats mixtes. Par conséquent, l'hypothèse de la récompense relève du mandat mixte et non du mandat à titre gratuit. Cependant, Pothier considère que cette hypothèse doit correspondre au mandat « gratuit », estimant en effet, ainsi que nous l'avons vu précédemment, que la récompense accordée au mandataire n'enlève pas au mandat son caractère « gratuit ». De plus, en qualifiant les services rendus par le mandataire comme inappréciables sur un plan financier, l'avantage promis au mandataire à raison des services rendus ne peut que constituer une récompense, et non pas un prix. En suivant ce raisonnement, le caractère « gratuit » constitue l'essence du mandat, et non sa nature. Ainsi, la notion de « gratuité » retenue par Pothier ne correspond pas à la notion de gratuité retenue par le Code Napoléon : la notion de « gratuité » retenue par le premier²⁴⁵

²⁴⁴ L'expression de « contrat de bienfaisance » doit-elle être gardée pour désigner les contrats à titre gratuit autres que les libéralités, comme le suggèrent certains auteurs ? À titre d'illustration : Jean Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations, op. cit.*, 15, p. 51-52 : « Le contrat à titre gratuit (notion plus large que le contrat de bienfaisance) est celui où l'un des contractants entend procurer à l'autre un avantage sans contrepartie (...) Le prototype est la donation entre vifs, qui est un transfert de valeurs de patrimoine à patrimoine, l'enrichissement qu'une personne procure à autrui en s'appauvrissant, mais sublimé par l'*animus donandi*. Le nom de contrat de bienfaisance est réservé à une variété particulière de contrat à titre gratuit : celle où il n'y a pas de transfert de valeurs opéré, mais seulement, ce qui est moins palpable, service rendu sans contrepartie ». Cette solution s'explique probablement par « l'obligation de faire » impliquée dans la notion originelle de bienfaisance. Cependant, comme expliqué précédemment, le sens originel de la bienfaisance dépasse en réalité ce que désigne l'article 1105 et la notion de gratuité. Il est ainsi difficile d'employer ce terme pour désigner une sous-catégorie des contrats à titre gratuit. À sa place, on propose de retenir le terme de « libéralité » pour le contrat à titre gratuit ayant un effet translatif de valeur, et celui de « contrat de service gratuit » pour le contrat à titre gratuit n'ayant pas cet effet ».

²⁴⁵ Et quelques fois dans les travaux préparatoires du Code Napoléon.

correspond en réalité à la notion de « bienfaisance », qui inclut à la fois l'hypothèse de l'avantage purement gratuit et celle de l'avantage en partie gratuit. Par conséquent, selon les termes préalablement définis, ce n'est pas la « gratuité » qui est considérée par Pothier comme étant l'essence même du mandat, mais la « bienfaisance ». La gratuité relèverait plutôt de la nature du contrat de mandat. Il semble finalement que la contrariété entre la position de Pothier et celle du Code civil ne soit qu'apparente : les différentes qualifications accordées à la « gratuité » du mandat sont dues à une appréhension différente de la notion de gratuité. Reste maintenant à examiner la véracité de cette position à l'égard de l'article 1986 du Code civil...

§ V. L'application des définitions à l'article 1986 du Code civil : la bienfaisance comme essence du mandat

« Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire »²⁴⁶. Toute l'ambiguïté de l'article 1986 du Code civil réside dans cette notion de « convention contraire ». Si le mandat à titre gratuit est défini comme un mandat dans lequel le mandataire n'obtient aucun avantage pour le service rendu, que faut-il entendre par « convention contraire » à la gratuité ? Faut-il envisager uniquement l'hypothèse du mandat mixte, ou également celle du mandat à titre onéreux ? Pour tenter de répondre à cette question, il convient de se référer aux travaux préparatoires au Code Napoléon.

Tout d'abord, le principe de gratuité du mandat a clairement été posé lors des travaux préparatoires. Lors de la présentation du dernier projet au corps législatif, Berlier a expliqué que « de sa nature le mandat est gratuit »²⁴⁷. De même, lors de sa discussion devant le Corps législatif, le tribun Bertrand de Greuille a affirmé que « le mandat est un échange de confiance et de bienfaisance qui a eu lieu entre les deux contractants ; il est donc gratuit par sa nature ». Cependant, la dérogation possible à ce principe par le biais d'une stipulation contractuelle de salaire pour le mandataire est également bien

²⁴⁶ L'article 1986 du Code Napoléon, Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804, op. cit.*, p. 478.

²⁴⁷ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, p. 584, Présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. Berlier.

approuvée²⁴⁸. Néanmoins, les justifications fournies par les auteurs à cette dérogation sont directement puisées dans la pensée de Pothier. Ainsi que le souligne Bertrand de Greuille, malgré la reconnaissance du principe de gratuité, « vous ne trouverez pas sans doute qu'il en altère l'essence en permettant de stipuler au profit du mandataire quelques témoignages de *bienveillance* »²⁴⁹. D'après lui, cette dérogation peut être envisagée pour les affaires qui exigent des « moyens » trop importants et des « soins » trop « prolongés » et « assidus » pour qu'un ami puisse s'en charger « sans rétribution » : malgré la somme d'argent prévue au profit du mandataire, « la cause première et déterminante du bon office » que le mandataire « consent à rendre » au mandant reste « l'affection »²⁵⁰. Il conclut alors de la manière suivante : « le dévouement, le zèle de l'amitié sont quelque chose d'inappréciable ; et c'est le cœur et non l'argent qui peut acquitter les dettes de la reconnaissance »²⁵¹. C'est pour la même raison²⁵² que Berlier²⁵² et le tribun Tarrible²⁵³

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 584-585, Présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. Berlier ; T. 14, p. 606, Discours prononcé par le Tribun Bertrand de Greuille ; T. 14, p. 592, Rapport fait par le Tribun Tarrille.

²⁴⁹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, p. 606, Discours prononcé par le Tribun Bertrand de Greuille.

²⁵⁰ *Ibid.* : « Certaines affaires n'exigent-elles pas en effet des soins si prolongés et si assidus, et un développement de moyens tels, que l'ami le plus désintéressé ne puisse s'en charger sans rétribution ? Et lorsque l'affection est encore la cause première et déterminante du bon office qu'il consent à rendre, voudrait-on humilier sa personne, dégrader ses services, en les rangeant dans la classe de ceux qu'on reçoit des mercenaires ou d'autres salariés ? ».

²⁵¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, p. 606, Discours prononcé par le Tribun Bertrand de Greuille.

²⁵² *Ibid.*, p. 584-585, Présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. Berlier : « Cette stipulation sera donc permise, car elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ; et même elle sera d'une exacte justice toutes les fois que le mandataire n'aura point assez de fortune pour faire à son ami le sacrifice de son temps et de ses soins ; circonstance qui peut arriver souvent, et dans laquelle la rétribution sera moins un lucre qu'une indemnité ».

²⁵³ *Ibid.*, p. 592, Rapport fait par le Tribun Tarrille : « Le projet proclame que le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. Il imprime ainsi à ce contrat le beau caractère du désintéressement et de la générosité. La loi civile, toujours respectable, semble devenir plus touchante lorsqu'on la voit féconder dans le cœur des citoyens les sentiments officieux qui les portent à se rendre mutuellement des services gratuits, et les ennoblir en traçant les règles qui doivent les diriger. Les Romains avaient aussi consacré le même principe, et ils l'observaient avec tant de scrupule, que la plus légère rétribution, regardée chez eux comme incompatible avec le mandat, le faisait dégénérer en contrat de louage. C'est avec raison que ce rigorisme a paru excessif aux auteurs du projet. Pourquoi le commettant ne pourrait-il donner ou permettre une récompense ? Pourquoi ne pourrait-il obéir au sentiment d'une juste délicatesse qui le porterait à indemniser le mandataire du sacrifice d'un temps et de soins qu'il aurait pu employer utilement pour lui-même ? Ces signes de gratitude, loin de dénaturer le service, ne font qu'en rendre le caractère plus sensible. Une récompense donnée ou promise n'est jamais réputée dans ce contrat qu'une indemnité ; elle n'est point un

qualifient cet avantage promis au mandataire d'« indemnité » plutôt que de « lucre » ou de « bénéfice ». De la même manière, ils estiment que le Droit romain, qui interdit strictement de verser quelconque avantage au mandataire sous peine de transformer le mandat en louage de service, est une solution trop rigide²⁵⁴. En conclusion, tous sont d'accord pour affirmer que la stipulation contractuelle d'une récompense en faveur du mandataire n'altère pas le caractère bienfaisant du mandat, dans la mesure où l'affection reste la cause première de l'engagement du mandataire, d'une part parce que le service rendu par ce dernier est inappréciable, et d'autre part parce que ce qu'obtient le mandataire grâce à cette stipulation contractuelle est une indemnité et non pas un « lucre » ou un « bénéfice ». Autrement dit, en envisageant une dérogation contractuelle au principe de gratuité, les intervenants aux travaux préparatoires du Code civil ont en réalité décrit l'hypothèse de la « récompense » mentionnée dans les ouvrages de Pothier. Comme rappelé précédemment, non seulement la « récompense » donnée au mandataire n'altère pas le caractère bienfaisant du mandat, mais de surcroît elle peut être due dans certaines hypothèses, et ce même en l'absence de stipulation contractuelle. La solution proposée lors des travaux préparatoires du Code Napoléon rejoint donc bel et bien celle de Pothier²⁵⁵. Il convient de conclure en soulignant que l'article 1986 du Code civil, qui a repris la position de Pothier, considère que la bienfaisance constitue l'essence du mandat, la gratuité constituant quant à elle sa nature. Au-delà des divergences relatives à la définition de la notion de gratuité, Pothier comme les rédacteurs du Code proposent la même solution. Néanmoins, la confusion suscitée par la notion de « gratuité » retenue par Pothier subsiste dans les ouvrages de certains auteurs du XIXe siècle.

bénéfice ; elle ne change donc pas la nature du mandat, et n'empêche pas que les devoirs réciproques du commettant et mandataire ne demeurent soumis aux règles particulières à ce contrat ».

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 584, Présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. Berlier : « Cependant cette règle tournerait souvent au détriment de la société si elle était tellement absolue qu'on ne pût y déroger par une stipulation expresse » ; *ibid.*, p. 592, Rapport fait par le Tribun Tarrible.

²⁵⁵ Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T. 10, 5^e éd., 1827, p. 449, Mandat, VI : « Il est de l'essence du contrat de mandat qu'il soit gratuit ; autrement, ce serait un contrat de louage. Cette proposition, conforme à la doctrine de Pothier, dans son *Traité du mandat*, n° 22, avait été littéralement adoptée par les rédacteurs du projet du Code civil. Mais le Code lui-même l'a modifiée : le mandat est gratuit, porte-t-il, art. 1986, s'il n'y a convention contraire. Ainsi, il est, non pas de l'essence, mais de la nature du mandat qu'il soit gratuit ».

À titre d'illustration, dans le *Répertoire méthodique et alphabétique*, les frères Dalloz estiment que la récompense « n'empêch[e] pas le mandat de rester gratuit »²⁵⁶, rappelant qu'« une stipulation intéressée » ne fait pas « dégénérer » le mandat en louage d'ouvrage ou d'industrie. En précisant qu'« il y a des distances » entre le mandat et le louage d'ouvrage ou d'industrie, ils affirment que « le code y a placé le mandat salarié, lequel retient presque toutes les règles du mandat proprement dit, dont il ne diffère que d'un point trop secondaire pour que la qualification de mandat ait pu lui être déniée »²⁵⁷. Pourtant, au sein du même ouvrage, ils emploient indifféremment les termes de « mandat salarié », de « mandat à titre onéreux » et de mandat « non gratuit »²⁵⁸ ; de surcroît, juste après avoir rappelé la différence entre la notion de salaire et celle d'honoraire²⁵⁹, les frères Dalloz les emploient indifféremment dans leurs développements²⁶⁰. Bien que ces expressions puissent paraître contradictoires, il n'en est pas moins certain que, chez eux, la distinction entre le contrat de mandat et le contrat de louage d'ouvrage est fort claire : « lorsque la bienfaisance est le principe ou la cause impulsive d'un acte ou d'une profession, les services qui en résultent se réfèrent au contrat de mandat », « tandis que lorsque la cause impulsive est le lucre, on les rapporte au contrat de louage d'ouvrage »²⁶¹.

²⁵⁶V. D. Dalloz aîné, Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, Point 66, p. 648.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 650 : « Il est des professions pour lesquelles un usage constant, équivalant à la convention, rend le mandat salarié et fixe le montant de l'honoraire. Ainsi, un notaire, un avoué, un agent de change, un huissier, n'ont pas besoin de convenir qu'un salaire leur sera attribué. Le mandat confié à ces sortes de personnes est à titre onéreux, alors même qu'aucune convention expresse n'a été faite pour le rendre tel » [nous soulignons] (cf. MM. Duranton, n° 197 et Troplong, n° 249) ; « Il y a à cet égard, dit M. Duranton, une convention tacite qui résulte nécessairement de la qualité de mandataire ; et pour qu'un pareil mandat fût gratuit, il faudrait en quelque sorte une stipulation, comme il en faudrait une avec toute autre personne pour intéresser le mandat. Il a été jugé ainsi : 1° que le mandat donné à un notaire, à l'effet de gérer des immeubles, a pu, d'après les circonstances de la cause et la profession du mandataire, être déclaré non gratuit, encore bien qu'aucun salaire n'aurait été stipulé (Rej. 24 juill. 1832, V. Agent d'affaires, n° 15) ; [...] 3° Que l'avoué a droit à une récompense ou salaire pour ses peines et soins donnés dans une affaire étrangère à son ministère (Bordeaux, 25 janv. 1842, aff. Dubourg, V. Avoué, n° 133) » [nous soulignons].

²⁵⁹ D. Dalloz aîné, Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, point 66, p. 649.

²⁶⁰ *Ibid.*, point 68, p. 650.

²⁶¹ *Ibid.*, point 66, p. 649 : « Il est parfois difficile de distinguer le mandat du contrat de louage d'industrie ou de services. R.-T. Troplong, n° 199, rappelle très justement que lorsque la bienfaisance est le principe ou la cause impulsive d'un acte ou d'une profession, les services qui en résultent se réfèrent au contrat de

Ainsi demeure la théorie de Pothier au sein du Code Napoléon ; simplement, au lieu d'affirmer la « gratuité » comme étant l'essence du mandat, il serait plus exact de considérer que c'est la « bienfaisance » qui en constitue l'essence. Cette position va conduire à exclure du champ du mandat le contrat « onéreux ».

§ VI. Première conséquence : l'exclusion du contrat à titre onéreux de la notion de mandat

D'un côté, pour justifier le caractère inestimable du service rendu dans le cadre du mandat, les frères Dalloz font référence au caractère « bienfaisant » dudit service : c'est l'affection ou le dévouement du mandataire qui donne le caractère inestimable au service, contrairement à la recherche d'un lucre. Le service est inestimable parce qu'il a été rendu pour une cause désintéressée. D'un autre côté, pour justifier le caractère bienfaisant du mandat, ces auteurs font référence au caractère inestimable du service rendu : à partir du moment où le service est inestimable, il existe forcément une inégalité entre la valeur du service et celle de l'avantage promis au mandataire. Cette inégalité met en exergue le bienfait du mandataire. Finalement, à l'instar de Pothier, le raisonnement des frères Dalloz est fondé sur une règle prédéterminée : le mandataire a conclu le mandat avec une cause désintéressée, motivée par le dévouement et l'affection²⁶².

En d'autres termes, les frères Dalloz n'admettent pas l'existence d'un mandat dans lequel le mandataire serait motivé par le lucre (bien au contraire, ils l'utilisent comme critère de distinction entre le mandat et le louage d'industrie). Par conséquent, la dérogation conventionnelle à la gratuité du mandat prévue à l'article 1986 du Code Napoléon ne vise que l'hypothèse du mandat bienfaisant : le contrat intéressé est exclu du champ du régime du mandat prévu par le Code. Ainsi, commentant l'article 1986, Troplong affirme clairement que le mandat se distingue du « contrat intéressé de part et

mandat : on ne les paye pas, dans ce cas, par un salaire, mais on les reconnaît, on les récompense par un honoraire ; tandis que lorsque la cause impulsive est le lucre, on les rapporte au contrat de louage d'ouvrage. Or, les différences abondent entre les conséquences des deux contrats. Ainsi, 1° le mandat finit par le décès ; 2° le mandataire peut se désister sans être tenu de dommages-intérêts, pourvu que les choses soient entières ; 3° les mandants dans une affaire commune sont tenus solidairement. Or, rien de pareil dans le louage d'industrie. – V. ce mot et M. Troplong, n° 226 ».

²⁶² L'explication de cette règle se trouve dans la hiérarchie des professions de l'époque qui sera précisée dans la section suivante.

d'autre, à l'égal du louage d'ouvrages »²⁶³. À propos de la reconnaissance du mandat salarié par le Code Napoléon, il explique qu'« entre le mandat absolument gratuit et le louage de services, nous admettons un intermédiaire, à savoir le mandat salarié, qui est fort différent du louage de services, et qui ne cesse pas d'être un mandat, quoiqu'il se sépare du mandat purement gratuit par quelques nuances remarquables »²⁶⁴.

En excluant le contrat à titre onéreux du champ du mandat, la faculté de libre révocation du mandat par le mandant ne lui sera pas applicable. Cette solution est renforcée par le fondement de cette faculté de révocation *ad nutum*.

§ VII. Deuxième conséquence : la justification de la révocation *ad nutum* du mandat par le mandant

D'après l'ancien article 1134 du Code Napoléon, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise »²⁶⁵. Par conséquent, en principe, un contrat ne peut être révoqué que par la réunion des volontés des deux parties ; la faculté de révocation *ad nutum* du mandat par le mandant, prévue à l'article 2004, constitue donc une exception à ce principe²⁶⁶. Il s'agit d'une des « causes que la loi autorise » qui justifie la révocation unilatérale du contrat. Par rapport au droit commun de mettre fin à une relation contractuelle, la particularité de la révocation *ad nutum* se manifeste avant tout dans le domaine du contrat à durée déterminée : tandis que la révocation anticipée d'un contrat à durée déterminée constitue une violation du contrat en droit commun, elle constitue un droit pour le mandant. Cette dérogation au principe doit avoir une raison. À la lecture des travaux préparatoires concernant l'article 2004 du Code Napoléon, la faculté de révocation *ad nutum* du mandat par le mandant semble être

²⁶³ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, *op. cit.*, T. 16, n° 158, p. 177 : « Nous ne croyons pas que le mandat soit altéré par une stipulation d'honoraire contemporaine du contrat ».

²⁶⁴ Nous soulignons. V. Troplong, *op. cit.*, T. 16, n° 158, p. 177.

²⁶⁵ Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804*, *op. cit.*, p. 275 ; on retrouve le contenu de l'ancien article 1134 dans les articles 1103 et 1193 du Code civil.

²⁶⁶ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, T. 1, 1157, p. 665 ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, *op. cit.*, T. 16, 707, p. 650-652 ; H. Capitant, A. Colin, *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, T. 2, p. 794, 949.

justifiée par deux éléments : la confiance du mandant envers le mandataire et le désintéressement du mandataire. D'une part, lors de sa présentation de l'article 2004 au Corps législatif, Berlier explique que « quand un homme confie ses intérêts à un autre, il est toujours sous-entendu que celui-ci n'en restera chargé qu'au tant que la confiance qui lui a été accordée continuera ; car le mandant n'aliène ni à perpétuité ni même à temps le plein exercice de ses droits, et le mandat cesse quand il plaît au mandant de notifier son changement de volonté »²⁶⁷. D'autre part, le tribun Tarrible ajoute dans son rapport que « si le mandat, en effet, n'est autre chose que la faculté de commettre à une personne la gestion d'une affaire, s'il n'a d'autre objet que l'intérêt du commettant, si le choix du mandataire est libre et spontané, il s'ensuit que le ministère purement officieux de ce dernier doit cesser au gré de la volonté du commettant »²⁶⁸. Cette double explication de

²⁶⁷ Nous soulignons. V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, p. 588-589, par M. Berlier dans la « Présentation au corps législatif et exposé des motifs » ; dans le même sens, p. 590-591, Rapport fait par le Tribun Tarrible : « La confiance de la part du commettant, un officieux dévouement de la part du mandataire, forment seuls le principe et le lien de ce contrat, et les règles auxquelles il est soumis sont puisées dans cette double source ».

²⁶⁸ Nous soulignons. V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, p. 602 ; le rapport fait par le Tribun Tarrible.

la faculté de révocation *ad nutum* du mandat est adoptée non seulement par les auteurs²⁶⁹ de cette époque, mais également par la doctrine plus récente²⁷⁰.

En réalité, cette double explication constitue les deux faces d'une même pièce : le mandat, en tant que contrat à titre gratuit, présente toujours un caractère *intuitu personae*²⁷¹ – ce qui est une expression de la confiance du bénéficiaire du contrat à l'égard

²⁶⁹ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats, op. cit.*, T. 1, 1157, p. 665 : « La libre faculté qu'a le mandant de révoquer la procuration est contraire aux principes ordinaires sur les contrats, lesquels, une fois formés par le concours de deux volontés, ne peuvent être anéantis par la volonté d'un seul. Mais cette faculté est puisée dans la nature même du contrat. D'une part, le mandat repose sur la confiance ; de l'autre part, il a son principe dans le désir de rendre un service, désir plus ou moins pur selon que le mandat est gratuit ou salarié, mais qui néanmoins est au fond de tout mandat » ; dans la mesure où « la confiance peut s'altérer » et que « l'on ne rend pas un service à quelqu'un malgré lui », « il était donc naturel de donner au mandant le droit, pour ainsi dire absolu, de révocation » ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 707, p. 650-652 : il y a « des raisons non moins péremptoires pour légitimer une puissance pareille donnée, par exception, à la volonté dans le contrat de mandat. Le mandat, en effet, dérive de la volonté du mandant, et le mandataire, en l'acceptant, a voulu lui rendre un service ou remplir envers lui un office amical. *Originem ex officio atque amicitia trahit*. Or, on ne rend pas un bienfait à quelqu'un malgré lui ; et dès lors, il serait contraire à la nature des choses et à la raison que le mandat survécût à la volonté de celui dont il émane et qui révoque ses pouvoirs. On s'écarte donc ici, par une nécessité logique invincible, de la règle vulgaire qui veut qu'un contrat ne se dissolve que de la même manière qu'il a été contracté. Il est un autre motif dont celui-ci se corrobore. Le mandat ne se donne qu'à la confiance ; et la confiance est un sentiment susceptible d'altération et de changement. La volonté qui a donné le mandat doit donc rester maîtresse de le révoquer » [nous soulignons] ; D. Dalloz aîné, Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, 428, p. 752 : « la faculté du mandant de révoquer le mandat résulte de ce que sa volonté seule a donné naissance au contrat, et de ce que le mandataire n'a voulu que rendre un service et non stipuler un droit pour lui-même ».

²⁷⁰ H. Capitant, A. Colin, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, T. 2, p. 794, 949 : « Chacun des contractants peut mettre fin au mandat par sa seule volonté (art. 2004, 2007). Ordinairement, il n'en est pas ainsi pour les contrats à durée déterminée. Mais l'exception se justifie aisément. Le mandat suppose en effet que le mandant a confiance dans la personne du mandataire ; il faut donc permettre au mandant de le révoquer, le jour où il n'est pas satisfait de la conduite du mandataire. De son côté, ce dernier est censé rendre un service gratuit. C'est pourquoi il doit être autorisé à se décharger, le jour où il trouve la charge trop lourde » ; Pour une présentation différente, V. Ibrahim Najjar, « Mandat et irrévocabilité », D. 2003, p. 708 : « Rarement étudié, sauf sous l'angle de l'exception au principe de révocabilité, le mandat stipulé irrévocable garde ainsi quelque charme en raison de sa ténébreuse dangerosité. Celle-ci menace en réalité la liberté et la confiance qui caractérisent la représentation. Le mandat est, le plus souvent, conclu *intuitu personae*, parfois avec pouvoir de substitution du mandataire. Réalisant une représentation de la volonté et de la personne du mandant, dans le but de conclure un acte – non un fait –, la liberté doit, en principe, demeurer entière tout le long de la "vie" du mandat. À ce titre, la liberté du mandant devrait normalement s'exprimer par la révocabilité *ad nutum* du mandat. Celui-ci paraît donc impliquer, en principe, nécessairement l'idée et le régime d'une liberté civile, d'une révocabilité, d'un droit potestatif, d'un pouvoir discrétionnaire – sans que ces deux prérogatives soient d'ailleurs confondues ».

²⁷¹ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, T. 2, 12, p. 14 : « Les contrats désintéressés sont toujours faits *intuitu personae* » ; C. Sauvat, *Le contrat de bienfaisance, op. cit.*, p. 1955, 3 : « En effet, contrairement au contrat à titre onéreux, les contrats à titre gratuit sont toujours conclus

de son cocontractant²⁷². D'une part, en raison du caractère désintéressé du contrat, le mandataire ne subira aucun préjudice en lien avec la cessation du contrat, dans la mesure où il ne fait que rendre un service à un ami. D'autre part, le contrat est *intuitu personae* car il est conclu afin de rendre un service au bénéficiaire du contrat. Quand le contrat ne repose pas sur un lien économique, mais sur un lien purement affectif, la cessation de ce lien affectif doit permettre l'anéantissement du contrat. Par conséquent, l'explication de la règle de la révocation *ad nutum* n'est pas tirée spécifiquement du contrat de mandat, mais est issue plus généralement du caractère gratuit du contrat et se retrouve donc au sein de l'ensemble des contrats à titre gratuit. Par exemple, en matière de dépôt, selon l'article 1944 dans sa rédaction de 1804, « le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, alors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution »²⁷³. Ainsi, en tant que bénéficiaire du contrat, le déposant peut révoquer le contrat de dépôt à tout moment, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou à durée indéterminée. Comme l'a expliqué très justement Troplong, « on ne rend pas un

intuitu personae » ; C. Alleaume, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », Petites Affiches, 28 nov. 2012, préc., n° 238, p. 21, 23 : « S'agissant de sa formation, le contrat à titre gratuit ou de bienfaisance serait fortement empreint d'*intuitu personae*. Le dire est incontestable [...] » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 68, p. 87 : « Les contrats de bienfaisance sont présumés faits *intuitu personae*, en considération de la personne que l'on veut gratifier ou à laquelle on veut rendre service » ; B. Petit, S. Rouxel, *Jurisque Civil Code, Art. 1101 à 1108-2, Fasc. unique : contrats et obligations-Définition et classification des contrats*, 2013, 78 : « Quant à la formation du contrat, celui-ci [le contrat à titre gratuit] est en principe conclu *intuitu personae* » ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat, op. cit.*, 196, p. 167.

²⁷² Sophie Pellet, « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? », in B. Remy (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Paris, 2013, 22, p. 80 : « C'est le caractère *intuitu personae* du mandat qui est invoqué pour le justifier : le mandant, dès lors qu'il perd confiance dans son mandataire, doit être immédiatement libéré de son contrat » ; I. Najjar, « Mandat et irrévocabilité », *op. cit.*, p. 708

²⁷³ L'article 1944 du Code Napoléon, Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804, op. cit.*, p. 381 : « À moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée » ; cet article a été adopté directement sans discussion selon les travaux préparatoires du Code civil : P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, T. 14, Titre XI, Du Dépôt et du Séquestre, Discussion du Conseil d'État, Procès-verbal de la séance du 28 nivose an XII, 19 janv. 1804, p. 486 ; Présentation au corps législatif, et exposé des motifs, par M. Réal, p. 506 ; la version actuelle de l'article 1944 du Code civil : « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ».

bienfait à quelqu'un malgré lui »²⁷⁴. De même, en matière de prêt à usage²⁷⁵, si la faculté d'une restitution anticipée²⁷⁶ de la chose par l'emprunteur n'est traitée ni par le Code civil ni par la doctrine²⁷⁷, c'est probablement parce que son existence relève de l'évidence. Le bénéficiaire d'un contrat à titre gratuit peut le révoquer de manière *ad nutum*, contrairement aux règles établies en droit commun.

On peut néanmoins s'interroger sur l'application de cette règle au contrat mixte. En matière de mandat, ainsi que cela a été évoqué précédemment, la notion de mandat prévue dans le Code civil exclut le contrat à titre onéreux de son champ. Ainsi, en dehors du mandat à titre gratuit, seul est toléré le mandat mixte. Par conséquent, la faculté de révocation *ad nutum* doit s'appliquer également au mandat mixte. Cependant, les termes employés par les travaux préparatoires²⁷⁸ et la doctrine²⁷⁹ pour justifier la faculté de révocation *ad nutum* du mandat par le mandant semblent ne concerner que le mandat à titre purement gratuit. S'il convient d'émettre une réserve concernant le contrat mixte, il a été démontré ci-dessus que la gratuité d'un contrat constitue un fondement suffisant pour justifier la faculté de révocation *ad nutum* du bénéficiaire. De même, il est possible de conclure que la faculté de révocation *ad nutum* ne s'applique pas au contrat à titre onéreux. Autrement dit, quand le mandat perd son caractère gratuit ou bienfaisant, le mandant perd également cette faculté de révoquer le contrat quand bon lui semble. Cela étant, la doctrine ignore cet élément lorsqu'elle énumère les règles spécifiques au contrat

²⁷⁴ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 707, p. 651.

²⁷⁵ Le terme de commodat à l'article 1874 du Code civil a été remplacé par le prêt à usage depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

²⁷⁶ Seules les conditions de l'existence d'un devoir de la restitution anticipée sont traitées.

²⁷⁷ À titre d'illustration : Patrick Mistretta, « La durée du prêt : entre pouvoir du juge et liberté contractuelle », JCP G, n° 23, 7 Juin 2000, I 234 ; V. P. Bihr, « Le temps de la restitution dans le prêt à usage », in *Mélanges Aubert*, Dalloz, 2005, p. 33 ; Éric Savaux, Rose-Noëlle Schütz, « Le contrat de prêt et la restitution de la chose empruntée » in *Mélanges Payet*, Dalloz, 2011, p. 493 ; Geneviève Pignarre, *Répertoire du droit civil*, Dalloz, 2017, V° Prêt.

²⁷⁸ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., T. 14, p. 602 ; le rapport fait par le Tribun Tarrible : « le ministère purement officieux ».

²⁷⁹ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, 428, p. 752 : « La seule volonté du mandant ».

à titre gratuit²⁸⁰. Corrélativement, en ignorant cette règle spécifique au contrat à titre gratuit, les auteurs la considèrent par erreur comme une spécificité du contrat de mandat, qui s'applique peu importe que le mandat soit à titre gratuit ou « à titre onéreux ».

Section II. L'application erronée de la révocation *ad nutum* à l'agent commercial

Historiquement, l'application de la faculté de révocation *ad nutum* au mandat « à titre onéreux » s'explique par la hiérarchie des professions (§ I). Il y avait ainsi une déformation du fondement de la faculté de révocation *ad nutum*. Ensuite, avec l'évolution des mentalités, est apparu le critère moderne de la qualification du mandat : la représentation juridique (§ II). Avec ce nouveau critère, le fondement de la faculté de révocation *ad nutum* est désormais ignoré : cette faculté s'applique indifféremment au contrat à titre onéreux ou à titre gratuit. Néanmoins, l'inadaptation de cette faculté au

²⁸⁰ Ces règles spécifiques au contrat de bienfaisance sont énumérées souvent lors de la présentation de l'intérêt de la distinction entre le contrat à titre onéreux et le contrat de bienfaisance. À titre d'illustration : V. R. Demogue, *op. cit.*, T. 2, 916, p. 893 : « L'intérêt de cette division existe au point de vue de la prestation des fautes, de l'exercice de l'action paulienne, de la notion d'acte de commerce, souvent de la forme de l'acte » ; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français, op. cit.*, T. 2, 12, p. 14 : « les contrats désintéressés sont soumis en principe aux mêmes règles que les contrats à titre onéreux, et les particularités que l'on peut relever entre eux et ces derniers se réduisent à fort peu de choses : 1° Dans la doctrine traditionnelle, les fautes du débiteur sont appréciées d'une façon moins sévère chez celui qui rend un service gratuit que chez le débiteur ordinaire. 2° Les contrats désintéressés sont toujours faits intuitu personae. Celui qui veut rendre service est déterminé par la considération de la personne. Si donc il y a eu erreur sur la personne, il peut demander la nullité du contrat » ; J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, Puf, 22^e éd. refondue, Paris, 2010, 15, p. 52 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, 953, p. 331 : l'auteur considère que la spécificité du contrat de bienfaisance se manifeste dans les matières suivantes : les droits de mutation en matière fiscale, la responsabilité des fautes, l'erreur sur la personne, l'action paulienne, les conditions illicites et le caractère commercial ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 68, p. 87, en matière de droit fiscal, de garantie et de responsabilité contractuelle, d'erreur sur la personne, d'action paulienne et de caractère commercial ; C. Alleaume, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *op. cit.*, 24 ; A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, 2014, 18, p. 15 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique, op. cit.*, 86, p. 76 – Un auteur (C. Alleaume, *op. cit.*, 24) a douté de l'existence de la catégorie du contrat de bienfaisance : « S'il a existé un jour, l'intérêt de la catégorie de bienfaisance est en voie de disparition » – De manière générale, les recherches en matière de contrats de bienfaisance ou de contrats à titre gratuit sont peu nombreuses, comparées à d'autres matières ; dans ce sens, V. C. Sauvat, *Le contrat de bienfaisance, op. cit.*, 1, p. 1955 : « Rares sont les articles du Code civil qui, dans les éditions Dalloz et Litec, ne font pas l'objet d'annotations. C'est pourtant le cas de l'article 1105 du Code civil auquel seul le Litec consacre une seule et unique annotation consistant en une référence doctrinale portant sur le cautionnement-libéralité ».

contrat d'agence commerciale est flagrante (§ III), en raison du caractère onéreux de ce contrat (§ IV).

§ I. L'application de la faculté de révocation *ad nutum* au mandat « à titre onéreux », expliquée historiquement par la hiérarchie des professions

L'exemple typique du mandat « à titre onéreux » est le mandat que l'on trouve dans les affaires. Et pourtant, en matière commerciale, il n'existait aucune dérogation textuelle au principe de gratuité du mandat posé par l'article 1986 du Code civil. Bien au contraire, dès sa version initiale, le Code du commerce avait prévu la soumission du contrat de commission aux règles communes du mandat du Code Napoléon²⁸¹. Par conséquent, en cas de silence du contrat, le mandat en matière commerciale devait être considéré comme gratuit par principe²⁸². Cependant, certains auteurs ont eu conscience de la difficile compatibilité entre la matière commerciale et le caractère bienfaisant du mandat²⁸³. C'est pour cette raison qu'ils ont invoqué la présomption du caractère salarié du mandat en matière commerciale, sur le fondement de « l'usage »²⁸⁴. S'il n'y a rien

²⁸¹ *Code de commerce, conforme pour le texte à l'édition officielle*, 5^e é., Paris, Aux archives du droit français, Chez Clément frères, 1808, article 92 : « Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant, sont déterminés par le Code Napoléon, livre III, titre XIII ».

²⁸² D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, point 72, p. 651-652 : « Mais en dehors de ces personnes, doit-on appliquer aux matières commerciales le principe de gratuité posé dans l'art. 1986 ? Il a été jugé que le mandat est réputé gratuit, à moins de conventions contraires, même en matière de commerce, bien qu'il soit vrai de dire qu'en cette matière, le temps, les soins et les peines du négociant ont une valeur qui s'estime sur le principe de droit que le mandat, de sa nature, est gratuit, ce principe formellement écrit dans l'article 1986 du Code Napoléon n'ayant été modifié par aucune disposition exceptionnelle du code de commerce (Nancy, 2^e ch., 23 juin 1845, M. Riston, pr., Rozet et de Ménilson C. Chantreaux ; extrait de M. Garnier, *Jurisp. de Nancy*, v^o Mandat, n^o 6) ».

²⁸³ À titre d'illustration, R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 228, p. 245 : « ce qui fait ici la difficulté, c'est que dans le commerce, où on ne fait, en général, rien pour rien, et où l'intérêt et le lucre sont le but caractéristique du négociant, le mandat, rarement gratuit, presque toujours salarié et même salarié de droit, semble une œuvre mercenaire dans laquelle ne trouvent pas place ces raisons de générosité, de dévouement, d'amitié qui nous ont paru décisives en ce qui concerne certaines professions civiles ».

²⁸⁴ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, T. 16, *op. cit.*, 229, p. 247 : « Tandis que dans le droit civil le mandat est présumé gratuit, on le présume salarié en matière commerciale. Lors même que la convention est muette, l'usage suppose que les parties sont censées avoir entendu que le mandataire recevrait l'indemnité que l'on a l'habitude de donner dans la localité pour l'opération confiée à ses soins » ; D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de*

d'étonnant à fonder une présomption du caractère salarié du mandat en matière commerciale, une question préalable mérite d'être posée : le mandat en matière commerciale est-il un véritable mandat ? Ne s'agit-il pas plutôt un louage d'ouvrage dans la mesure où la conclusion du contrat est motivée par la recherche d'un lucre qui est incompatible avec le caractère bienfaisant qui constitue l'essence du mandat ? Cette question n'a pas été ignorée par Troplong²⁸⁵. Cependant, tout en admettant la possibilité de la transformation du mandat en louage d'ouvrage en raison de la recherche d'un lucre par le mandataire²⁸⁶, cet auteur estime qu'en dehors du cas de la préposition²⁸⁷, la

droit public, op. cit., T. 30, point 71, p. 651 : « Que faut-il décider en ce qui concerne les matières de commerce ? Disons d'abord qu'il est certaines personnes qui s'occupent par état des affaires commerciales et pour lesquelles, de même que pour les avoués ou les notaires, dans le droit civil, à défaut de pacte, l'usage rend le mandat salarié. Tels sont les commissionnaires (V. ce mot, n° 19, et MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 105), les agents d'affaires (V. ce mot n° 2 et s., 15), les agents de change, les courtiers (V. Bourse de com., n° 403, 523). Jugé ainsi : 1° que l'individu chargé d'une gestion peut, en l'absence de stipulation à cet égard, être déclaré agir en qualité d'agent d'affaires et non de mandataire à titre gratuit, et, par suite, il a pu lui être adjugé un salaire, sans que cette décision tombe dans la censure de la Cour de cassation (Rej. 18 mars 1818) » [nous soulignons] ; D. Dalloz aîné, égal. T. 30, point 72, p. 651-652 : « Néanmoins M. Troplong, n° 230, enseigne qu'en matière de commerce le mandat est salarié, à moins de convention contraire. Il ajoute que le salaire est ici en quelque sorte dans l'intérêt commun des parties, en ce qu'il rend le mandataire commercial plus rigoureusement tenu que si son ministère était gratuit. Et il a été jugé, en ce sens, qu'en matière commerciale le mandat est toujours présumé salarié ; que, par suite, celui qui, dans un navire, a été investi des fonctions de subrécargue, sans qu'aucune indemnité ait été stipulée en sa faveur, est fondé à réclamer les droits de commission qu'il est d'usage dans le commerce d'allouer à ce genre de fonctions (Rennes, 9 avr. 1827). Mais, tout en partageant l'avis de M. Troplong et que nous fondons, nous, sur les usages des commerçants et sur l'idée de lucre ou de salaire qu'implique à leurs yeux tout travail de l'homme, nous n'admettons pas la raison sur laquelle il l'appuie, et qui conviendrait au mandat civil aussi bien qu'au mandat commercial. Du reste, M. Troplong cite Casaregis, disc. 35, n°s 2 et 3, suivant lequel la provision que perçoivent les banquiers pour les opérations de change auxquelles ils se livrent, n'enlève pas au change les éléments du mandat qui s'y trouvent mêlés. V. Banquier, n° 32, 49 » [nous soulignons]. La critique des frères Dalloz sur la raison avancée par M. Troplong pour justifier la présomption de mandat salarié en matière commerciale est un peu hâtive, dans la mesure où ce dernier ne se fonde pas uniquement sur la notion d'intérêt commun, mais également sur la notion d'usage pour justifier cette règle. Il n'y a donc pas de divergence fondamentale entre leurs positions.

²⁸⁵ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 228, p. 247 et s.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 247 : « Nous disons donc qu'en cette matière, comme dans le droit civil, il y a des nuances dont il faut tenir compte pour ne pas s'égarer. Si bien souvent le mandat devient louage dans le commerce à cause du salaire qui paie l'œuvre et l'intention, dans d'autres circonstances aussi le salaire n'empêche pas le mandat de rester mandat ».

²⁸⁷ *Ibid.*, 236, p. 251 : « Tout préposé qui recevra un prix pour ses services sera plutôt un locateur d'ouvrages qu'un mandataire ; il le sera d'autant plus que son temps appartient à son patron, qu'il doit l'employer exclusivement aux soins de sa préposition, et qu'il ne peut, sans la permission du préposant, se livrer à d'autres entreprises ou à d'autres actes de commerce ».

commission²⁸⁸, comme le courtage²⁸⁹ et l'agence d'affaires²⁹⁰ constituent tous des mandats, et non pas des louages d'ouvrage. Il ajoute que le salaire du mandataire « se borne, en définitive, à une prime peu considérable », et que la stipulation de ce salaire est motivée par le fait que « la responsabilité du mandataire salarié sera plus rigoureusement tenue que celle du mandataire gratuit »²⁹¹. Finalement, le raisonnement de Troplong est dans le prolongement de celui de Pothier et des frères Dalloz. En accordant un caractère inestimable au service rendu dans le cadre d'un mandat, Troplong n'admet pas que la conclusion du contrat par le commissionnaire, le courtier ou l'agent d'affaires puisse être motivée par la recherche d'un lucre justifiant la qualification du contrat en louage d'ouvrage. Comment est-il possible de nier le lucre comme la cause première de conclusion des contrats pour ces intermédiaires qui, pourtant, en ont fait leur métier ? En

²⁸⁸ *Ibid.*, 240, p. 256 : « Dans le commerce et dans les tribunaux consulaires, l'opinion générale a toujours été que le commissionnaire, qui reçoit une provision ou droit de commission, ne cesse pas d'être mandataire et ne doit pas être confondu avec le facteur et le préposé salarié, qui louent leur travail ».

²⁸⁹ *Ibid.*, 245, p. 261-262 : « Il en est de même dans notre droit français. Les courtiers sont les médiateurs des parties et les mandataires de l'une et de l'autre. À la vérité leurs fonctions sont rétribuées de droit ; elles sont même lucratives. Mais elles ne le deviennent que par le grand nombre d'opérations auxquelles ils sont appelés à se livrer. Car en lui-même l'honoraire du courtier est modique eu égard à la probité, à la discrétion, à la prudence et à l'habileté qu'on exige de cette profession si utile dans le commerce. On sait même qu'il est défendu aux courtiers d'exiger un salaire plus considérable que celui qui est réglé par la coutume du lieu. Or, puisque le courtage reste toujours sous la dépendance du cours de la place, que les tribunaux ont le droit de l'y ramener, et qu'il ne dépend pas des courtiers de le fixer à leur gré au-delà de la légère prime d'usage, il s'ensuit que ce salaire ne saurait être classé dans ce qu'on appelle prix de louage, lequel ne dépend que de la volonté des parties, toujours maîtresses de l'élever aussi haut qu'il leur plaît. C'est parce que cette profession, tout à la fois si précieuse et si peu coûteuse, était considérée par les Romains comme un bienfait pour le commerce en général, et en particulier pour les étrangers qui venaient à Rome faire le trafic, ignorant la langue, les dépôts de marchandises, les négociants accrédités, etc., que le droit romain mettait les courtiers dans une classe supérieure aux *locatores operarum* » [nous soulignons].

²⁹⁰ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 247, p. 264 : « L'agent d'affaires est placé par MM. Rigaud et Championnière dans la classe des mandataires (art. 652 C. de c.). Cette proposition s'appuie sur une jurisprudence constante »²⁹⁰ : à propos de la possible révision des honoraires de l'agent d'affaires : « et pourquoi les agissements de l'agent d'affaires sont-ils soumis à cette révision du magistrat ? Parce qu'il faut qu'ils conservent le caractère de services alors même qu'ils sont rétribués ; parce qu'il ne faut pas que des conventions trop acerbes d'un côté, trop faciles de l'autre, enlèvent toute espèce de gratuité à un ministère si utile ; parce que de tels agissements, étant de la classe des mandats, ne doivent pas être tarifés arbitrairement par les parties, comme dans le louage ; parce que le salaire doit en rester modique, ainsi qu'il doit toujours être dans le mandat ».

²⁹¹ *Ibid.* 230, p. 248 : « Il rend le mandataire commercial plus rigoureusement tenu que si son ministère était gratuit. Et comme son salaire se borne, en définitive, à une prime peu considérable, les négociants aiment mieux avoir affaire à des commissionnaires salariés, strictement tenus et largement responsables, qu'à des commissionnaires gratuits dont les imprudences sont plus facilement excusées ».

réalité, le caractère bienfaisant de ces contrats a été retenu par l'auteur pour une raison particulière : le caractère noble des activités exercées par ces personnes.

Toujours d'après Troplong, si tous les faits licites de l'Homme peuvent faire l'objet d'un mandat, certains faits ne peuvent entrer en louage²⁹² en raison de la dignité, de l'honneur et de la gravité de ces faits²⁹³. En d'autres termes, il existe pour lui des activités nobles et inestimables en argent de par leur nature, et qui ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'un louage d'ouvrage. Cette hiérarchie au sein des activités²⁹⁴ s'explique par le mépris à l'égard du travail manuel et par l'admiration à l'égard du travail intellectuel qui prévalaient à l'époque²⁹⁵. Cette idée trouve son origine dans le droit

²⁹² *Ibid.*, 176, p. 187.

²⁹³ *Ibid.*, 181, p. 196-197.

²⁹⁴ *Ibid.*, 184, p. 202 : les activités des mercenaires et des ouvriers sont considérées comme l'activité au plus bas de la hiérarchie : « Descendons au plus bas de la hiérarchie, et portons notre attention sur les services illibéraux qui se rendent en payant (...) On regarde comme illibéraux les gains des mercenaires et de tous les ouvriers dont on paie le travail et non le talent, parce qu'il n'y a pas de talent dans leurs travaux. Leur salaire est comme le prix d'une servitude » ; 185, p. 203 ; au-dessus de ces activités, se trouve le travail du journalier : « Maintenant, montons d'un degré. Au-dessus du journalier qui pour votre argent ne vous donne que ses bras et un travail machinal, vous trouvez des professions qui comportent plus d'industrie et plus de combinaisons intellectuelles. Mais recherchez le stimulant qui les fait agir ; elles vous rendent service sans doute, en ce sens qu'elles vous procurent ce que vous ne pourriez obtenir sans elles. Mais elles ne vous obligent que pour leur propre intérêt, et non pas pour le vôtre ; elles ne vous obligent que parce qu'elles ne peuvent pas s'obliger autrement. Il suit de là que quand vous avez payé leurs services, vous êtes absolument quitte envers elles » ; 185, p. 205 ; ensuite, se trouvent les activités de nature mixte : « Il existe d'autres services qui, en faisant le bien de celui qui les rend, ont également en vue le bien de celui qui les reçoit. L'auteur de ces services se partage entre deux personnes, moi qu'il oblige, lui dont il procure l'avantage ». Ce contrat doit être qualifié de mandat selon l'auteur, car certes la personne est payée, mais c'est pour indemniser « son labeur et la perte de son temps ». « Mais cette intention qu'il a eue de me rendre service, et qui s'ajoute à son travail, elle reste en dehors de nos conventions pécuniaires ; elle demeure sans prix, le mérite de ce service est inestimé. C'est donc un contrat de mandat [...] parce que ce contrat ne vise pas à l'égalité entre le fait et le prix ; parce qu'il veut qu'il y ait dans ce fait quelque chose d'officieux qui se rencontre ici ; parce qu'il réserve à la reconnaissance et à la gratitude une place dont le louage ne tient pas compte dans ses éléments intéressés de part et d'autre ».

²⁹⁵ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 183, p. 200 : « le sens moral indique qu'il y a entre les professions une inégalité de mérite et d'honneur », une inégalité qui doit être reconnue et consacrée par le droit, et « c'est ce qu'il fait en donnant aux uns le louage, aux autres le mandat » ; égal. 175, p. 190 : « notre fierté se révolterait à la pensée de compenser matériellement par une indemnité pécuniaire le mérite de service que l'honneur ou la reconnaissance peuvent seuls reconnaître. Entre la journée de travail de l'ouvrier et l'honoraire de l'avocat, il n'y a pas seulement différence de quotité ; il y a surtout différence dans la nature des choses ».

romain²⁹⁶ et a été rappelée dans les ouvrages de Pothier²⁹⁷. Dans le même sens, Merlin écrit : « comment donc distinguer les travaux dont le prix est compatible avec l'essence du mandat, d'avec les travaux qui se font en vertu du contrat de louage ? Par la nature même de ces travaux, ou plutôt de l'art dont ils dépendent. Dépendent-ils d'un art mécanique ? Il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait. Dépendent-ils d'un art libéral ? Celui qui les commande et celui qui les fait ne sont liés l'un envers l'autre que par un contrat de mandat »²⁹⁸.

§ II. L'adoption du critère moderne de la qualification du mandat par la représentation juridique

Cette distinction du mandat par rapport au louage d'ouvrage en fonction de la gratuité du contrat a été critiquée par d'autres auteurs²⁹⁹ : Duvergier critique ce critère de distinction dans ses ouvrages, estimant que « ce qui caractérise le mandat et le distingue du louage, c'est le pouvoir donné par celui pour qui la chose doit se faire à celui qui doit

²⁹⁶ Rudolf Von Jhering, *L'évolution du droit (Zweck im recht)*, traduit sur la 3^e éd. allemande par O. de Meulenaere, Librairie A. Mareque, Aîné, Chevalier-Marescq et Cie, éditeurs, 1901, 56, p. 73 : « Elle avait revêtu dans l'ancienne Rome un caractère d'intensité tel que l'on y considérait comme un déshonneur le fait de se faire payer un travail intellectuel. Le travail manuel seul était payé, aussi était-il tenu en mépris ».

²⁹⁷ R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier, op. cit.*, T. 6, n° 26, p. 182 : « Il y a certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale, et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage, ceux qui les ont rendus, sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire. Tels sont les services que rendent dans leurs professions les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc. ; l'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services, n'est pas une action *ex locato*, c'est *persecutio extraordinaria* ; car cette récompense n'est pas un loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature ; elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus communément de donner pour la récompense de ces services, dans le lieu où ces personnes exercent leur profession ».

²⁹⁸ Philippe-Antoine, Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T. 11, 5^e éd., Garnery, 1827, Notaire, § VI, IV, p. 612.

²⁹⁹ En ce qui concerne les auteurs plus récents, V. J. Valéry, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse, Aix-Marseille, 1898, p. 57 ; L. Nemours-Auguste, *De la distinction du mandat salarié et du louage de services*, thèse, Paris, 1914 ; Philippe Didier, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ., 2000, n° 5, p. 33 ; Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007, 220, p. 96 : « en résumé, si pour le droit classique le mandat désigne le contrat par lequel un ami rendait service, en accomplissant gracieusement un acte juridique ou matériel, la permanence du critère tiré de la gratuité s'explique par la distinction entre les arts libéraux et les arts mécaniques. Aux premiers était réservée la qualification de mandat. Elle permettait d'éviter que les patriciens ne déchoissent par l'aveu de leur penchant mercantile qu'eût constitué la perception d'un prix (*merces*) en contrepartie de leurs activités. Aux arts mécaniques, ou sordides, correspondait alors la qualification quasi-plébéienne de louage d'ouvrage ».

l'accomplir »³⁰⁰. Paul Pont considère pour sa part que la gratuité ne peut pas constituer le critère permettant de distinguer le mandat du louage d'ouvrage ou d'industrie³⁰¹, dans la mesure où les deux contrats peuvent être à titre onéreux. Il affirme fermement que le critère caractéristique du mandat est et ne peut qu'être la représentation juridique³⁰². Dans le même sens, Laurent s'oppose au critère « traditionnel » de qualification du mandat, en défendant la représentation comme le « caractère essentiel » du mandat³⁰³. Malgré

³⁰⁰ C.-B.-M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 19 du *Traité de Toullier*, T. 4, *Continuation (Articles 1582 et suivants)*, Jules Renouard Libraire, 1837, n° 270, p. 307 et s. ; N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, 222, p. 98 : « sa paternité [le critère moderne de la qualification du mandat] est traditionnellement décernée à Duvergier ».

³⁰¹ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, T. 1, 881, p. 490 : « Ainsi, d'une part, puisque le salaire ne change pas la nature du contrat, on ne peut plus dire aujourd'hui, avec Pothier et Domat, que la stipulation d'un prix au profit du mandataire fait dégénérer le mandat en louage de service ou louage d'ouvrage. Une telle stipulation donne, il est vrai, au mandat un point de contact de plus avec le louage ; mais le mandat, même salarié, n'en reste pas moins profondément distinct de ce dernier contrat ».

³⁰² *Ibid.*, 823, p. 448 : « Nous avons examiné, en en suivant le développement dans leur application au mandat, chacune des conditions nécessaires à l'existence ou à la validité des contrats en général. Il faut maintenant préciser quelles sont les conditions propres au contrat de mandat et les caractères qui le distinguent de toutes autres opérations. Ici, tout nous semble pouvoir se résumer dans les deux propositions suivantes : 1° L'idée de mandat entraîne nécessairement avec elle l'idée d'une représentation juridique. En dehors de cette représentation, au moyen de laquelle une personne agissant à la place d'une autre oblige cette autre personne envers les tiers et les tiers envers elle, nous concevons des opérations variées, des opérations *sui generis*, en un mot des contrats innommés ; nous ne concevons pas le mandat. 2° Une représentation juridique quelconque ne suffit pas ; pour qu'il y ait contrat de mandat proprement dit, il faut que le représentant agisse au nom du représenté, et non pas en son propre nom. Lors même que l'agent opère pour le compte d'une personne qu'il représente, tout n'est pas dit : s'il ne fait pas connaître cette personne aux tiers, s'il agit en son nom, il peut y avoir le contrat de commission, il n'y a pas le contrat de mandat. Ces deux propositions résumant, nous le pensons, les véritables caractères auxquels on doit reconnaître le mandat et le distinguer de tout ce qui n'est pas lui » ; égal. 825, p. 450 : « Nous croyons fermement que le trait distinctif et caractéristique du mandat est dans la fonction représentative du mandataire, et n'est que là ».

³⁰³ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, T. 27, T. 28, A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1877, T. 27, 333, p. 374 : « Il ne suffit pas qu'une personne s'oblige de faire une chose pour une autre, ce caractère se trouve dans toute obligation qui a pour objet un fait ; il faut, pour qu'il y ait mandat, que la personne qui agit le fasse au nom du mandant ; tel est le caractère essentiel du mandat, caractère qui le distingue d'un contrat avec lequel il paraît avoir une grande analogie, le contrat de louage ou d'industrie ». Néanmoins, il convient d'émettre des réserves à l'égard des arguments fournis par cet auteur pour justifier l'absence de bien-fondé du critère traditionnel du mandat. Au sein du même ouvrage (334, p. 376-377), l'auteur écrit : « Or, il suffit d'ouvrir le code civil pour se convaincre que la théorie romaine n'est plus celle de notre droit moderne. Quel était le point de départ de la doctrine traditionnelle ? C'est que le mandat est essentiellement gratuit ; il ne comporte pas de salaire, on peut seulement reconnaître les services du mandataire en lui donnant des honoraires, on ne paye jamais. Et que dit le code ? « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire » (art. 1986). Donc le mandat n'est plus essentiellement gratuit, il peut être salarié. Ce mot de salaire, qui eût été incompatible avec le mandat romain, le code le prononce (art. 1992) ; en effet tout mandat qui n'est pas gratuit ne peut être que salarié. Le code ignore le mot d'honoraires, il ne se trouve pas au titre du Mandat. Si les mots ont changé, les idées ont aussi éprouvé une modification profonde ».

l'opposition de la part de Troplong³⁰⁴, c'est finalement ce critère de représentation juridique qui demeure jusqu'à aujourd'hui³⁰⁵. Cependant, si la remise en cause du critère traditionnel du mandat est le fruit d'une évolution des mentalités³⁰⁶, une question subsiste : que faire de la bienfaisance du mandat, qui était son essence ? En effet, en posant la représentation juridique comme critère qualificatif du mandat, qui est à la fois nécessaire et suffisant pour sa caractérisation, la question de la bienfaisance est laissée de côté. Ainsi, peu importe que le contrat soit à titre gratuit ou mixte ou à titre onéreux ; dès lors qu'il comporte une représentation juridique, il peut être qualifié de mandat. Il semble donc que la gratuité soit exclue du champ de l'essence du mandat. Dans cette circonstance, quel est le sort du régime établi pour le contrat de mandat qui était initialement conçu pour et à partir d'un contrat à titre gratuit ? Parmi ses règles se trouve notamment la faculté de libre

Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, les rédacteurs du Code Napoléon ont bien rédigé la partie du mandat en reprenant les pensées de Pothier et en suivant le critère traditionnel du mandat.

³⁰⁴ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 164, p. 180-181 : « Mais ici se présente une difficulté : puisque le mandat roule sur une obligation de faire, et que cette obligation de faire peut n'être pas absolument gratuite, en quoi donc le mandat salarié se distingue-t-il du louage de services, qui, lui aussi, est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose moyennant un prix ? Pour répondre à cette objection, nous ferons remarquer d'abord que la différence entre le louage et le mandat ne se tire pas, comme on l'a cru quelquefois, de ce que, dans le mandat, le mandataire agit au nom et en représentant du mandant à l'égard des tiers, tandis que, dans le louage, le travail se fait par l'ouvrier, non pas au nom et à la place du maître, mais seulement pour son compte et sans représentation à l'égard des tiers. Il est certain qu'il y a une foule de cas où la jurisprudence a toujours vu des locations de travaux, bien que ces travaux fussent faits au nom du maître par quelqu'un qui le représentait ; et que, réciproquement, d'autres travaux ont été rattachés au mandat, bien que le mandataire ne fût pas chargé d'agir sous le nom du mandant et en le représentant au regard des tiers » ; égal. 173, p. 187 : « Nous disons donc que ce n'est pas dans le rôle du mandataire et de l'ouvrier que se trouve la différence entre le mandat et le louage d'ouvrages. Il est évident que puisque le mandat peut devenir louage et le louage devenir mandat sans rien changer au rôle créé par le contrat, ce rôle est indifférent en soi sur la question qui nous occupe. C'est ailleurs, et non pas là, que réside la différence entre les deux contrats ».

³⁰⁵ Philippe Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157 : « ce service d'ami avait pour objectif d'assurer la représentation du mandant – et dans son seul intérêt – par le mandataire : la représentation est de l'essence du mandat. Tel est son principal caractère » ; en ce qui concerne la remise en cause de ce critère moderne de qualification du mandat, V. N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.*, 224 et s. ; M. Mekki, « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in B. Remy (dir.), *Le mandat en question*, préc., p. 13 et s. ; T. Genicon, « Mandat et représentation », in B. Remy (dir.), *Le mandat en question, op. cit.*, p. 33 et s.

³⁰⁶ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.*, 221, p. 96-97 : « le critère de discrimination entre honoraire et prix qui avait permis à Rome de préserver la singularité du mandat par rapport au louage d'ouvrage était ainsi de nature éminemment sociale et hypocrite. Il n'est donc pas étonnant d'assister à la remise en cause de ce critère au cours du XIX^e siècle. Non point que la probité de ce siècle surpassât celle des Romains, mais tout simplement, fût-ce au regret de certains auteurs, à cause de l'évolution des conditions sociales. La distinction opérée entre les arts mécaniques ou sordides et les arts libéraux constituait une digue trop fragile pour résister aux poussées conjuguées de l'idéologie égalitaire issue de la logique de 1789 et des bouleversements économiques du milieu du XIX^e siècle ».

révocation du mandat par le mandant. La jurisprudence a adopté la même position³⁰⁷ que la doctrine majoritaire : « Le mandat, qu'il soit salarié ou bénévole, est librement et gratuitement révocable »³⁰⁸. Cette solution n'est remise en cause que par une minorité d'auteurs³⁰⁹.

En conclusion, il existe une rupture entre l'application de la révocation *ad nutum* du mandat et son fondement. La qualification de mandat et son régime tel qu'issu du Code civil n'étaient initialement prévus que pour les contrats à titre gratuit, seuls étant tolérés les contrats mixtes ; tout contrat à titre onéreux était donc exclu du champ d'application du texte. Cependant, en reprenant le raisonnement de Pothier, les auteurs ont accordé un aspect inestimable au service rendu par le mandataire, sous le prétexte de la nature noble de certains services. Ce faisant, le caractère onéreux du contrat fut vidé de son contenu. Finalement, le mandat « à titre onéreux » est soumis au régime prévu pour le mandat à titre gratuit. Cette solution a eu pour conséquence d'estomper la frontière entre le mandat et le louage d'ouvrage car le critère de distinction entre ces deux contrats se trouvait historiquement dans le caractère gratuit ou onéreux du contrat. En admettant que le mandat puisse être « de fait » à titre onéreux, cet ancien critère n'a plus permis de distinguer ces deux contrats. Pour résoudre cette confusion, il convient d'abandonner l'aspect inestimable du service du mandataire afin de restaurer la gratuité du mandat. Cependant, cette voie n'a pas été empruntée par la doctrine qui a adopté un critère moderne de qualification du mandat qui est la représentation juridique³¹⁰. Grâce à

³⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1984, n° 83-10897 : Bull. civ. I, n° 92 : « Le mandat donné à un agent immobilier n'est pas un mandat d'intérêt commun et le mandant tient de l'article 2004 du Code civil le droit de le révoquer unilatéralement, sauf au mandataire à prouver que son mandant a abusé du droit de révocation et lui a causé un préjudice dont il lui doit réparation » ; Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1984, n° 83-12056 : Bull. civ. I, n° 143 ; Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-15519 : Bull. civ. I, n° 27, p. 21.

³⁰⁸ S. Pellet, « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? », in B. Remy (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Paris, 2013, 22, p. 81.

³⁰⁹ Alain Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Monthrestien, 2011, n° 622 : le mandat est « devenu le plus souvent professionnel, perdant par là sa gratuité, ce qui a conduit par contre-coup à remettre en cause sa précarité : le mandataire qui trouve profit dans le contrat a intérêt à sa stabilité » ; S. Pellet, « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? », *op. cit.*, 22, p. 81 : « Si l'on conçoit que la sauvegarde des intérêts du mandant justifie que son contrat soit précaire, la rupture de la convention ne le prive pas moins de sa rémunération. C'est dire que l'avènement du mandat salarié aurait dû s'accompagner d'un régime spécifique quant à la rupture du contrat. Il n'en a pourtant rien été ».

³¹⁰ Cependant le nouveau critère n'est pas toujours suffisant pour cette distinction : à titre d'illustration, tout comme un mandat peut comporter l'accomplissement d'actes matériels au nom et pour le compte du

ce critère moderne, la confusion entre le mandat et le louage d'ouvrage cesse d'exister. Toutefois, l'abandon de la gratuité du mandat – qui pourtant est l'essence de son régime établi par le Code civil – ne permet pas de résoudre les problèmes d'incohérence qui émaillent le régime actuel du mandat en droit français. Notamment, la représentation juridique ne permet pas de justifier la faculté de révocation *ad nutum* du mandant qui est fondée sur la gratuité du contrat.

§ III. L'inadaptation de la révocation *ad nutum* au contrat d'agence commerciale

Ainsi que cela a été démontré précédemment, la règle de la révocation *ad nutum*, qui est une règle spécifique au contrat de service gratuit, ne peut s'appliquer au contrat à titre onéreux. Le caractère onéreux de l'agence commerciale justifie donc l'inapplicabilité de la faculté de révocation *ad nutum* dans ce type de contrat. C'est ainsi que devrait s'appliquer le régime commun du droit de mettre fin à la relation contractuelle. En effet, lorsque le contrat est à durée déterminée, une partie ne peut révoquer le contrat avant l'arrivée du terme³¹¹, en dehors des hypothèses de la résolution, de la caducité, de l'imprévision ou encore de la force majeure. Il s'agit tout simplement d'une application de la règle de la force obligatoire du contrat, prévue à l'article 1193 du Code civil qui soumet la révocation du contrat au consentement mutuel des parties³¹². Quand le contrat est à durée indéterminée, une partie peut mettre fin au contrat de façon unilatérale. En droit commun des contrats, en dehors de l'hypothèse de l'abus, la cessation du contrat ne peut donner lieu à une indemnisation de la partie ayant l'intention de prolonger la relation contractuelle. Il est dérogé à cette règle dans le régime de l'agence commerciale qui prévoit une indemnisation de l'agent à raison de la simple rupture de la relation contractuelle. Par conséquent, la spécificité du contrat d'agence commerciale se trouve

mandant, un contrat de travail peut également impliquer un accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte de l'employeur. La représentation juridique et l'accomplissement d'un travail pour l'autre personne ne sont pas deux critères exclusifs l'un de l'autre. Un auteur (N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*) a proposé une nouvelle définition de la représentation juridique, en se référant à la participation de l'intermédiaire à la conclusion du contrat pour le donneur d'ordre.

³¹¹ Cass. com., 12 nov. 1996, n° 94-14329 ; A. Bénabent, *Droit des obligatins*, *op. cit.*, 310, p. 247.

³¹² J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, 113, p. 225 : « De l'irrévocabilité une fois acquise. – Les parties sont liées l'une à l'autre jusqu'au terme stipulé ou jusqu'à l'achèvement de l'affaire ».

dans sa dérogation au droit commun, et non pas dans sa dérogation au droit du mandat : le donneur d'ordre n'a pas « perdu » la faculté de révocation *ad nutum* du contrat car il ne l'a jamais eu en raison du caractère onéreux du contrat.

Ainsi, dans l'arrêté du 5 novembre 1946³¹³ portant sur le mandat commercial, après avoir défini le mandat commercial³¹⁴ comme « un contrat synallagmatique par lequel un mandataire, appelé intermédiaire, est commis pour préparer ou pour conclure, pour le compte d'un mandant, des achats, des ventes ou des actes de commerce quelconques »³¹⁵, le texte a rappelé que « le mandat commercial est régi par les articles 1984 et suivants du code civil “sous les précisions et modalités des présentes dispositions” »³¹⁶. Parmi les « précisions et modalités des présentes dispositions » se trouve notamment la fin du mandat commercial : « le mandat commercial prend fin normalement : 1° par le commun accord des parties ; 2° par la réalisation de la ou des opérations en faisant l'objet ; 3° par l'expiration du délai, s'il en a été fixé un », mais « il ne peut, nonobstant toute clause contraire, y être mis fin par anticipation et unilatéralement que conformément à l'article 1184 du code civil »³¹⁷. Il semble que le texte se rattache à la notion de contrat synallagmatique, et non pas à celle de contrat à titre onéreux.

§ IV. La justification de la solution : le caractère onéreux de l'agence commerciale

Il existait une confusion importante entre le contrat à titre onéreux et le contrat synallagmatique avant la réforme de 2016. Bien entendu, cette confusion a été nourrie par la définition du contrat à titre onéreux de l'ancien article 1106 du Code civil : « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque

³¹³ Arrêté du 5 nov. 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel des auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie) : JORF, 78^e année, n° 265, 11-13 nov. 1946, p. 9576.

³¹⁴ Les articles 1^{er} et 17 de l'arrêté préc. sont les dispositions générales, et concernent le commissionnaire, le courtier et de l'agent.

³¹⁵ L'article 1^{er} de l'arrêté préc.

³¹⁶ L'article 3 de l'arrêté préc.

³¹⁷ L'article 11 de l'arrêté préc.

chose ». Cette définition³¹⁸ a été critiquée par nombre d'auteurs en ce qu'elle constituait en réalité un doublon de la définition du contrat synallagmatique. Afin de bien distinguer ces deux notions, les auteurs précisait que le contrat synallagmatique est un contrat dans lequel les deux parties ont des engagements, à l'opposé du contrat unilatéral dans lequel seule une partie a des engagements³¹⁹. En outre il peut y avoir des contrats unilatéraux à titre onéreux, comme le prêt à intérêt³²⁰ ; *a contrario*, la donation avec charges est souvent citée comme exemple de contrat synallagmatique à titre

³¹⁸ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, 952, p. 331 : « La définition que donne l'article 1105 pour le contrat de bienfaisance est exacte ; mais celle du contrat onéreux, dans l'article 1106, ne l'est pas ; [...] C'est la définition du contrat synallagmatique que le législateur répète là sans s'en apercevoir ; mais cela ne donne point l'idée du contrat onéreux, car il n'y a pas concordance parfaite entre les deux classes de contrats » ; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, T. 2, 12, p. 14 : « La définition que nous donne le Code du contrat à titre onéreux est défectueuse (...) Or, nous verrons que cette définition convient exclusivement à un genre de contrats à titres onéreux qui est celui des contrats synallagmatiques. Elle ne s'adapte pas aux contrats à titres onéreux dits unilatéraux, comme le prêt à intérêt » ; C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil*, T. 3, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, 191, p. 163 : « cette définition est imparfaite, non seulement parce qu'il peut fort bien y avoir une obligation de ne pas faire qui est assumée en contrepartie d'un avantage, ce qui n'apparaît pas dans la disposition, mais encore parce qu'elle se confond purement et simplement avec la définition du contrat synallagmatique, qui est donnée à l'article 1102 » ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, *op. cit.*, 85, p. 76 : « À lire l'article 1106, il semblerait que cette distinction se confondît avec la précédente : ce texte définit, en effet, le contrat à titre onéreux dans des termes qui correspondent aux caractères du contrat synallagmatique ».

³¹⁹ À titre d'illustration : A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 19, p. 15 : « Le contrat synallagmatique est celui qui crée des obligations réciproques à la charge des deux parties. Le contrat unilatéral n'en crée qu'à la charge d'une partie » ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 410, p. 190-192 : « Le contrat synallagmatique fait naître des obligations réciproques à la charge des deux parties au contrat (...) Le contrat unilatéral ne fait naître d'obligations qu'à la charge d'une seule partie ».

³²⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, 952, p. 331 : « Sans doute, tout contrat synallagmatique est nécessairement à titre onéreux : quand il y a réciprocité dans les obligations produites, il y a aussi, et par cela seul, réciprocité dans les avantages procurés par le contrat ; mais le caractère onéreux peut également appartenir à un contrat unilatéral. Il suffit, pour le comprendre, de considérer ce qui se passe dans le prêt à intérêt : le contrat se forme par la remise de l'argent ; il ne peut faire naître aucune obligation à la charge du prêteur, qui a déjà fait ce qu'on peut lui demander ; il n'y a d'obligé que l'emprunteur. C'est un contrat unilatéral, et cependant il est à titre onéreux puisque chaque partie donne et reçoit quelque chose, l'une le capital, l'autre l'intérêt ; aucune d'elles ne retire du contrat un avantage gratuit » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, 67, p. 87 : « Quant aux contrats unilatéraux, ils peuvent être à titre onéreux. Ainsi en va-t-il du prêt à intérêts. Dans la conception française, ce contrat est unilatéral. Mais aucune des parties n'agit dans un dessein désintéressé : le prêteur agit en vue de retirer un intérêt de son argent, l'emprunteur s'engage en vue de jouir de la somme qui lui a été remise » ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 19, p. 15 : « À l'inverse, un prêt onéreux est un contrat unilatéral car c'est l'emprunteur qui assume la double obligation de restituer le capital et de payer les intérêts » ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, *op. cit.*, 85, p. 76 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 414, p. 193.

gratuit³²¹. Un auteur va encore plus loin en affirmant que le mandat à titre gratuit est un contrat synallagmatique³²².

D'abord, en ce qui concerne l'exemple du prêt à intérêt, il a été qualifié de contrat unilatéral en raison de son caractère réel. Le contrat est considéré comme existant à partir de la remise effective de la chose ; ainsi, le contenu du contrat ne peut inclure l'obligation pour le prêteur de remettre la chose. Par conséquent, le contrat de prêt ne contient qu'une obligation à la charge d'une des parties – en l'espèce, l'obligation de restitution à la charge de l'emprunteur –, ce qui correspond à la définition du contrat unilatéral. Ce contrat est-il pour autant un contrat à titre onéreux ? Pour affirmer le caractère onéreux de ce contrat, les auteurs démontrent soit un intéressement des deux parties au contrat, soit le fait que chaque partie donne et reçoit quelque chose. Cependant, pour aboutir à une telle conclusion, ils ont retenu un contenu différent du contrat car ils y ont inclus l'obligation de remise de la chose par le prêteur : au lieu de se placer au moment de la remise effective de la chose pour apprécier le contenu du contrat qui se limite à une seule obligation de restitution de la part de l'emprunteur, les auteurs se sont placés au moment de la rencontre des volontés des deux parties (bien avant la remise de la chose). Autrement dit, ils ont retenu la règle du contrat réel (dont l'existence est appréciée lors de la remise effective de la chose) pour déterminer le caractère synallagmatique ou unilatéral du contrat, mais ils ont retenu la règle du contrat consensuel (dont l'existence est appréciée lors de la rencontre des volontés des deux parties) pour en déterminer le caractère onéreux ou gratuit. Par conséquent, cet exemple n'est pas pertinent pour démontrer l'existence d'un contrat unilatéral à titre onéreux : en retenant le même moment d'appréciation, c'est-à-dire postérieurement à la remise effective de la chose, le contrat de prêt à intérêt doit être considéré à la fois comme un contrat unilatéral et un contrat à

³²¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 67, p. 87 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, 85, p. 76 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, 414, p. 193.

³²² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, 19, p. 15 : « Ainsi un dépôt ou un mandat gratuit sont synallagmatiques car le déposant et le mandant assument quelques obligations, telle celle de rembourser au dépositaire ou au mandataire les frais exposés (on parle alors parfois de contrat synallagmatique imparfait, car ces obligations sont accessoires et éventuelles) ».

titre gratuit ; seule existe l'obligation de restitution et de paiement d'un intérêt à la charge de l'emprunteur au profit du prêteur.

Ensuite, en ce qui concerne l'exemple de la donation avec charges, qualifiée de contrat synallagmatique à titre gratuit, il existe des engagements à la charge des deux parties au contrat, ce qui correspond bien à la définition du contrat synallagmatique. Cependant, comme démontré précédemment, l'appréciation du caractère gratuit ou onéreux relève du pouvoir souverain du juge. Il n'y a pas de certitude concernant le caractère gratuit ou non d'une donation avec charges³²³. Tout dépend de l'appréciation du juge sur l'équivalence entre la valeur donnée et les charges. Affirmer de manière catégorique la nature gratuite d'une donation avec charges est erroné. En réalité, si le juge qualifie une donation avec charges de contrat à titre gratuit, suite à une appréciation souveraine de sa part, il fait seulement application d'une qualification unitaire à un contrat mixte.

Les arguments invoqués pour justifier la distinction entre le contrat onéreux et le contrat synallagmatique ne sont pas aussi convaincants qu'ils paraissent ; cela est dû à la notion même de contrat synallagmatique retenue. En effet, historiquement, cette classification est apparue bien après celle distinguant le contrat à titre gratuit du contrat à

³²³ Ibrahim Najjar, *Répertoire du droit civil*, Dalloz, 2017, V° Donation, 68 : « l'inéquivalence entre la gratuité et la charge qui l'affecte demeure le principal élément de qualification, une fois l'intention libérale établie. Si la charge est jugée équivalente ou supérieure à l'avantage recueilli par le donataire, l'acte n'est plus qu'à titre onéreux (Req., 21 déc. 1887 : DP 1888. 1. 256 ; Civ., 7 févr. 1912 : S. 1914. 1. 305, note L. Huguency ; il en est ainsi aussi si le donateur n'a pas eu conscience de la supériorité de la valeur dont il se dépouille par rapport à la valeur de la charge imposée au donataire : CA Colmar, 6 août 1845 : DP 1851. 5. 179 ; CA Pau, 4 juin 1873 : DP 1874. 2. 84 ; Req., 28 oct. 1925 : DH 1925. 628 ; T. Thonon-les-Bains, 10 nov. 1950 : JCP N 1951. II. 6206 ; T. civ. Strasbourg, 9 nov. 1951 : D. 1952. 318), et le juge du fond appréciera souverainement. La donation dont la charge est inférieure à la valeur du bien transmis est indivisible ; elle est libéralité pour le tout (Com., 30 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 173 : application en matière fiscale ; à propos de la qualification d'acte à titre onéreux ou gratuit, V. aussi Civ., 28 nov. 1938 : DH 1939. 17 : valeur du bien transmis n'atteignant pas le montant des charges imposées ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, n° 89-20686, Bull. civ. I, n° 230 : bénéfice d'un contrat d'assurance consenti en contrepartie d'avantages accordés dans une opération antérieure ; en matière de pacte tontinier ou clause d'accroissement, rappr. G. Morin, D. 1971, chron. 55 ; Gouilletquet et Talon, Gazette du Palais 1981. 1. Doctr. 218). Il n'est pas rare, cependant, que la charge finisse par absorber tout l'émolument recueilli, et que le donataire ne s'enrichisse de rien, comme en matière de fondations, alors que l'intention libérale est vérifiée. En réalité, ici, le donataire est le tiers bénéficiaire de la dotation, non l'instrument juridique que fournit la fondation ».

titre onéreux³²⁴. Or si l'on définit le contrat synallagmatique simplement comme un contrat dans lequel les deux parties ont une charge, le contrat classé dans la catégorie opposée n'a plus grand intérêt, car il y a peu de contrats dans lesquels une partie ne subit aucune charge. Ainsi que cela a été conclu dans une thèse portant sur le contrat unilatéral, la notion de contrat unilatéral assure principalement une fonction définitoire³²⁵. Corrélativement, la notion de contrat synallagmatique assure également une fonction définitoire ; elle englobe bien trop d'éléments pour avoir une homogénéité suffisante lui permettant de revêtir une particularité.

En effet, définir le contrat synallagmatique comme tout contrat dans lequel les deux parties ont respectivement une charge revient à exclure la notion de « contrepartie » ; à sa place, seule subsiste une « réciprocité »³²⁶ formelle entre l'engagement de chaque

³²⁴ Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010, 469, p. 728 : « Si les conséquences pratiques de la notion remontent assez haut, ce n'est qu'à une époque récente que l'on a fait de la réciprocité des obligations la base de la classification des contrats. Pendant longtemps, on ne les classait, comme le faisaient les Romains, que d'après leur mode de formation. Puis, au XVI^e siècle, les auteurs de droit coutumier commencent à donner un grand relief à la distinction des contrats, suivant qu'ils sont à titre gratuit ou à titre onéreux. Ce n'est pas tout à fait l'idée de contrat synallagmatique et de contrat unilatéral, mais la voie est ouverte. Encore aux alentours de 1690, Domat classe les contrats comme on le faisait précédemment, en contrats onéreux et contrats gratuits. C'est seulement en 1727 que la grande division des contrats en synallagmatiques et unilatéraux est donnée par le jurisconsulte Claude-Joseph de Ferrière. Cette division a passé dans le Code civil, dont les articles 1102 et 1103 en ont fait la division primordiale, la *summa divisio* des contrats. Cet exemple montre que ce n'est donc qu'assez récemment que la théorie des obligations a été achevée ».

³²⁵ Marc-Olivier Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, LGDJ, 2014, Paris, résumé : « Le contrat unilatéral désigne en droit français un contrat par lequel «une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement» (art. 1103 du C. civ.). Procéder à l'analyse fonctionnelle de la notion de contrat unilatéral consiste donc à s'interroger sur l'utilité de la catégorie. À quoi sert-il de penser les contrats à partir de leur caractère unilatéral ? Cette interrogation invite d'abord à éprouver la fonction normative propre de la notion de contrat unilatéral. Les résultats de cette démarche révèlent que la notion de contrat unilatéral ne commande pas l'application d'un régime spécifique et que son utilité principale ne tient donc pas à la faculté qu'elle aurait de déterminer l'application de règles de droit particulières. L'étude de ses origines et de son utilisation en droit positif montre au contraire que la notion de contrat unilatéral assume principalement une fonction définitoire, en l'occurrence la fonction de préciser la définition de la notion de contrat elle-même. Contre la tentation de réduire le contrat aux engagements bilatéraux, elle rappelle que le droit français est indifférent au caractère unilatéral ou réciproque des obligations produites pour retenir l'existence d'un contrat. Le contrat unilatéral se présente ainsi comme une notion au service de la définition du contrat, dont le but, très concrètement, est de préciser et défendre son extension aux conventions qui n'obligent que d'un côté ».

³²⁶ Même si la réciprocité et la contrepartie sont souvent confondues. À titre d'illustration, v. la définition de « réciproque » par Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, dans le sens de « connexe » : « se dit pour caractériser, entre deux contractants, les obligations de même objet ou d'objet différent que chacun assume envers l'autre, lorsque l'obligation de chacun est regardée comme la contrepartie de l'obligation de

partie. Si la contrepartie n'est pas exigée dans le cadre d'un contrat synallagmatique, elle est pourtant indispensable dans le contrat à titre onéreux. La réforme du droit des obligations de 2016 souligne cette différence. D'après l'article 1106 du Code civil, « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » ; d'après l'article 1107, « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». En effet, l'existence d'une contrepartie implique l'existence d'une réciprocité, mais l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, un contrat à titre onéreux exige à la fois réciprocité et contrepartie, tandis qu'un contrat synallagmatique implique seulement la réciprocité. Finalement, le caractère onéreux du contrat serait un critère plus pertinent que son caractère synallagmatique pour justifier l'exclusion de la faculté de révocation *ad nutum* à l'égard de l'agence commerciale.

En raison du caractère onéreux du contrat d'agence commerciale, la révocation *ad nutum* ne lui est donc pas applicable. De même, elle ne s'applique pas aux autres contrats de distribution conclus avec un distributeur mandataire. Ainsi, il existe un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, peu important la forme de distribution.

l'autre, de telle sorte que l'exécution de l'obligation de l'un est subordonnée à l'exécution de l'obligation de l'autre ».

Conclusion du Chapitre II

Un bref examen historique a montré que le contrat de mandat a pour essence un caractère bienfaisant. Par conséquent, tout contrat à titre onéreux doit être exclu de la notion de mandat. Dans le même temps, le caractère gratuit du mandat permet de justifier la faculté de révocation *ad nutum* du mandant, bénéficiaire d'un service rendu. En effet, ce contrat est organisé afin de rendre un service au mandant, et on ne peut rendre un service à quelqu'un malgré lui. Ainsi, le mandant doit pouvoir mettre fin au contrat dès qu'il le souhaite. Cependant, ce fondement de la faculté de révocation *ad nutum* est assez souvent ignoré, et cette faculté était appliquée par erreur au contrat à titre onéreux. De surcroît, ce fondement est occulté par le débat portant sur le critère de qualification du mandat. Actuellement, le critère de gratuité est remplacé par celui de la représentation juridique. Ainsi, il n'y a plus de lien entre le critère moderne du mandat et la faculté de révocation *ad nutum* : la représentation juridique ne permet pas de justifier la faculté de révocation *ad nutum*. Voici l'origine d'une incohérence existante entre la qualification du mandat et son régime.

Une fois détecté le fondement de la faculté de révocation *ad nutum*, il est possible de vérifier son application au contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire. Prenons l'exemple de l'agence commerciale : s'agissant d'un contrat à titre onéreux, la faculté de révocation *ad nutum* ne lui est pas applicable. Ce contrat reste soumis au régime commun du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

Conclusion du Titre I

Le droit de mettre fin à une relation contractuelle englobe deux hypothèses différentes : celle de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et celle de refuser le renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Contrairement à la caducité, la force majeure ou la résolution dans lesquelles la fin de la relation contractuelle est justifiée par un fait juridique, la fin d'une relation contractuelle suite à la mise en œuvre de ce droit est justifiée par la volonté de l'auteur de la rupture. Ce droit de mettre fin à une relation contractuelle s'applique à l'ensemble des contrats de distribution, y compris celui conclu avec un distributeur mandataire.

En effet, lorsque le contrat de distribution est conclu avec un distributeur mandataire, la faculté de révocation *ad nutum* dont bénéficie le mandant ne lui est pas applicable. Plus précisément, cette faculté trouve sa justification dans le caractère gratuit du contrat. Par conséquent, l'application de cette faculté au contrat à titre onéreux relève d'une erreur d'appréciation. En tant que contrat à titre onéreux, le contrat de distribution conclu avec un distributeur mandataire reste soumis au droit de mettre fin à la relation contractuelle en droit commun. En somme, il existe un même droit de mettre fin à la relation contractuelle applicable à l'ensemble des contrats de distribution.

Titre II. L'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Si un droit de mettre fin à une relation contractuelle applicable à l'ensemble des contrats de distribution existe, l'exercice de ce droit se fait sous le contrôle de la théorie de l'abus de droit. On sait, en effet, que l'exercice abusif d'un droit subjectif³²⁷ engage la responsabilité civile de son titulaire. Toutefois, s'agissant du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution, il est intéressant d'examiner si l'application de ce contrôle ne fait pas apparaître certains particularismes propres à ce droit subjectif. A cet effet, il est indispensable d'aborder le fondement **(I)** puis le critère **(II)** du contrôle de l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

³²⁷ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 105 : « Le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien » ; G. Michaélidès-Nouaros, « L'évolution de la notion de droit subjectif », *op. cit.*, p. 223 : « D'après la définition dominante, le droit subjectif est un pouvoir de volonté (ou une prérogative) reconnu à un particulier par l'ordre juridique pour la satisfaction d'un intérêt humain » ; Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Introduction au droit*, *op. cit.*, 187, p. 207 : « Le droit subjectif, dans sa compréhension d'origine, déborde singulièrement l'idée de prérogative individuelle puisée par la personne dans la règle de droit objectif ».

Chapitre I. Le fondement du contrôle de l'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

Déterminer le fondement du contrôle de l'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution suppose de procéder par étape en analysant celui-ci, d'abord, au regard de l'abus de droit, puis par rapport à celui de la rupture abusive, et enfin en considération de la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution.

En ce qui concerne l'abus de droit, comme toute faute civile, il est sanctionné en raison de son caractère illicite. En effet, la faute civile est constituée par la violation d'une norme existante par l'auteur de l'acte. Quant à l'abus de droit, en tant que type de faute civile, il est constitué par le manquement à un devoir moral par le titulaire du droit subjectif. Ce manquement, qui caractérise l'illicéité de l'abus, permet ainsi de fonder le contrôle de celui-ci. Une fois que le fondement de l'abus de droit est identifié, il convient alors de l'appliquer à la rupture abusive. Cela nécessite donc d'identifier le contenu du devoir moral qu'a transgressé le titulaire du droit subjectif. En vérité, tout manquement au devoir moral ne constitue pas une rupture abusive : encore faut-il que cette défaillance présente un lien avec l'exercice du droit subjectif de mettre fin à la relation contractuelle.

Ainsi, le contrôle de l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution se fonde sur un manquement par le titulaire du droit au devoir moral de bonne foi **(II)** lié à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle **(I)**.

Section I. L'abus lié à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle

L'abus de droit, à l'instar d'une faute civile classique, suppose la violation d'une norme existante. En occurrence, il s'agit d'un manquement à une obligation morale. Cependant, tout manquement à une obligation morale n'est pas constitutif d'un abus de droit : encore faut-il que ce manquement présente un lien avec le droit subjectif dont l'exercice est contrôlé par la théorie de l'abus de droit (§I). Cette règle est applicable au droit de mettre fin à la relation contractuelle. Ainsi, la sanction de la rupture abusive est fondée sur la violation d'un devoir moral, en lien avec l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Corrélativement, les fautes sans aucun lien avec l'exercice de ce droit doivent être exclues de la notion de rupture abusive (§II).

§ I. Le manquement à un devoir moral lié à l'exercice d'un droit subjectif

Au XIX^e siècle, ni la jurisprudence ni les tables analytiques du recueil de jurisprudence *Dalloz* n'évoquent l'« abus de droit »³²⁸. La naissance de cette théorie est fréquemment datée du début du XX^e siècle, en raison de l'apparition de jurisprudences en cette matière et de l'édition de l'ouvrage de Josserand³²⁹ – *De l'abus des droits*. Dès l'origine, « la nécessité » d'un droit³³⁰ à la qualification de « l'abus de droit »³³¹ est presque une évidence. Au sens littéral de l'expression d'« abus de droit », le droit subjectif est l'objet de l'abus. Ce lien étroit avec le droit subjectif peut être perçu à travers la définition de l'abus de droit, qui est une « faute [consistant] à exercer son droit sans intérêt

³²⁸ David Deroussin, préface in Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, réimpression de la 2^e édition de 1939, p. VII-VIII : « La plupart des décisions de justices rendues au XIX^e siècle n'emploient pas l'expression abus de droit. Elles évoquent par exemple "l'envie de nuire" ou "l'absence d'utilité personnelle". Au mieux parlent-elles de celui qui a "excédé" son droit, l'excès se définissant comme ce qui dépasse la mesure ordinaire, sans connotation morale évidente. Quant aux tables analytiques du recueil de jurisprudence Dalloz, il faut attendre l'édition 1897-1907 pour y voir figurer l'entrée « abus de droit », puisque c'est seulement à partir de 1900 que le nombre de décisions se fondant explicitement sur l'abus ne cesse de se multiplier ».

³²⁹ Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2 : « Elle n'apparaîtra en France qu'à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle : la première édition du célèbre ouvrage de Josserand, *De l'abus des droits*, date de 1905. C'est également à cette époque que des décisions françaises commencent à employer l'expression d'abus de droit ».

³³⁰ Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », *op. cit.*, 8, « Évidences. - L'abus de droit suppose un droit dont il est abusé (de sorte, au demeurant, que la formation exacte devrait être "l'abus d'un droit") ».

³³¹ Différentes formes d'expressions peuvent être employées par les auteurs : l'abus du droit, l'abus de droit, l'abus des droits ; V. Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », *op. cit.*, 2.

pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux »³³². Portant sur l'exercice d'un droit subjectif, la détermination de ce dernier sera une condition préalable pour caractériser la notion d'abus. Se pose notamment la question de l'inclusion ou non des libertés dans l'objet de l'abus. Ainsi, Josserand considère que les libertés peuvent constituer l'objet de l'abus³³³, au même titre que les droits subjectifs. À l'inverse, certains auteurs s'opposent à une telle inclusion³³⁴, mais sont alors confrontés à la difficulté de dégager un critère convaincant permettant de distinguer la liberté du droit subjectif³³⁵. Ainsi, tout en

³³² Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 6 ; en réalité, ce même constat peut être fait à l'égard de la définition de l'abus, décrite comme un « usage excessif d'une prérogative juridique » ou encore une « action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite ».

³³³ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, réimpression de la 2^e édition de 1939., 155, p. 214 : « Les libertés que nous nous proposons de soumettre à l'épreuve de cette pierre de touche sociale que constitue le concept de l'abus, sont parmi les plus nécessaires qui florissent dans notre société moderne, les unes individuelles, comme la liberté de la pensée et la liberté du commerce, les autres corporatives, comme le droit de coalition, ouvrière ou patronale, et le droit d'association ; nous allons constater qu'elles ne sont point absolues et que les limites objectives qui leur ont été tracées par le législateur se doublent d'une compression d'ordre fonctionnel et finaliste qui s'oppose à ce qu'elles dégénèrent en licences : pour elles, comme pour les différents droits dans lesquels elles se concrétisent, l'usage licite finit là où commence l'abus, c'est-à-dire avec le détournement de l'institution par rapport à l'esprit dans lequel elle doit régulièrement fonctionner » ; dans le même sens, Jean Dabin, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 103, « Au principe, commandant l'ensemble du système, un lien d'appartenance, consacré ou créé par le droit objectif, entre une personne et une chose, représentant pour cette personne un bien, une valeur, un intérêt qui, d'une manière directe ou indirecte, est sien : au commencement du droit subjectif est l'avoir. Cette chose sienne peut être ou bien l'un des éléments intégrants ou dépendants de la personnalité même (vie, puissance physique, intellectuelle, actes, œuvres...), ou bien une chose matérielle ou immatérielle, ou bien encore un acte à prêter par autrui sous forme de dette obligatoire ».

³³⁴ V. Henri Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 371 : « À notre avis, ni la liberté, ni ses diverses manifestations, liberté d'aller et de venir, liberté de conscience, liberté de la presse, etc., ne sont des droits subjectifs au sens technique que l'on donne à ces mots » ; p. 375 : « En résumé, il faut se garder d'élargir à l'excès la notion de droit subjectif ; on ne peut parler d'abus que quand il est bien certain que l'on est en présence d'un véritable droit reconnu par la loi à l'individu dans ses rapports avec ses semblables » ; André Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, 6, p. 4 : « Les droits indéfinis, qui sont les libertés dont jouit chacun de nous, ne peuvent donner lieu qu'à une application pure et simple de la théorie de la responsabilité civile. Personne n'est autorisé à nuire à autrui dans l'exercice de sa libre activité, tandis qu'un dommage causé dans l'application d'un droit défini peut être couvert par les éléments mêmes de ce droit ».

³³⁵ François Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^e éd., 2017, 9, p. 4 : « La notion de droit subjectif se distingue malaisément de celle de liberté publique » ; p. 5 : même si parfois « la matière sur laquelle porte la prérogative facilite le partage » et que « les droits subjectifs se manifestent sinon exclusivement du moins principalement dans la perspective des relations entre les particuliers – individus ou groupements – soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec les biens » ; Gérard Blanc, « L'abus de droit dans les contrats en droit

émettant une réserve sur le contenu du « droit » susceptible d'abus, il convient néanmoins d'examiner le contenu de l'abus.

Traditionnellement, la conception « individualiste » de l'abus s'oppose à celle dite « finaliste »³³⁶. Pour la première, seule l'intention de nuire³³⁷ de l'auteur dans l'exercice d'un droit subjectif permet de qualifier l'abus, tandis que la seconde explique l'abus par un détournement du but social attribué au droit subjectif³³⁸. Le second critère est ainsi plus étendu que le premier. Néanmoins, il semble que la jurisprudence soit peu sensible à cette distinction³³⁹. Elle continue à retenir des éléments divers et variés pour qualifier l'abus de droit. Par exemple, la détermination jurisprudentielle du contenu de l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle s'avère parfois périlleuse³⁴⁰. Souvent elle est présentée comme un rappel des différentes hypothèses constituant la

français », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, Études réunies par Pascal Ancel, Gabriel Aubert et Christine Chappuis, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, 2, p. 117.

³³⁶ La distinction entre les deux conceptions, V. Loïc Cadet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire de droit civil, Dalloz, 25-26.

³³⁷ À titre d'exemple, V. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., 92, p. 164.

³³⁸ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., 291, p. 394 : après avoir présenté l'intention de nuire, la faute dans l'exécution et le défaut d'intérêt légitime comme critères retenus par la jurisprudence pour la qualification de l'abus, il explique que « les critères examinés jusqu'à présent contiennent chacun une part de vérité, mais une part seulement », « c'est seulement avec le quatrième et dernier que nous arrivons à la vérité intégrale et que nous possédons enfin un instrument adéquat au phénomène juridique qu'il s'agit de fixer, un instrument à sa mesure » ; « avec celui-ci, c'est la théorie tout entière qui va nous apparaître dans son harmonieuse unité et les cas particuliers vont se plier d'eux-mêmes à la discipline souveraine » ; 292, p. 394 : « Cette discipline n'est autre que celle de la finalité des droits, de leur relativité en considération et en fonction de leur but » ; 293, p. 395 : « C'est donc un critère à la fois social et téléologique que nous adoptons ».

³³⁹ D'une part, la jurisprudence ne se limite pas à la seule hypothèse de l'intention de nuire pour qualifier l'abus de droit ; d'autre part, elle se réfère rarement au but social pour une telle qualification, V. Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », D. 1972, Chron. XIII, p. 70 : « Ainsi, au terme de cette exploration, forcément incomplète, une constatation s'impose : les théories de Josserand ont très peu pénétré la jurisprudence, du moins à l'échelle de la Cour de cassation. Pourquoi un tel échec ? C'est qu'à notre avis le caractère « social » des droits ne s'est guère vérifié avec le temps, malgré les nombreuses affirmations de principe tendant à prouver le contraire » ; dans le même sens, Loïc Cadet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire de droit civil, Dalloz, 28 : « Aujourd'hui, la querelle s'est apaisée. À vrai dire, elle n'a jamais été qu'une joute doctrinale. Les tribunaux y sont restés étrangers ».

³⁴⁰ Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Sirey, 1970, 32, p. 28-29 : « On sait que la théorie civiliste de l'abus de droit s'appuie sur l'article 1382 du Code civil. Dans le cas de rupture du contrat d'agence, il était cependant difficile de déterminer en quoi consistait l'abus de révocation ».

rupture abusive, telles que l'intention de nuire ou la mauvaise foi de l'auteur de l'acte³⁴¹, sa légèreté coupable³⁴², etc., et se termine par le constat de l'appréciation large de l'abus en cette matière³⁴³. Cependant, cette énumération n'est pas vraiment utile pour identifier le fondement ou le critère de l'abus de droit. En effet, qualifier de façon abstraite l'abus de droit à partir du droit positif est une tâche ardue. Cette difficulté est même reconnue par Josserand qui propose des critères de qualification pour l'abus de droit³⁴⁴. D'autres auteurs constatent le manque d'homogénéité au sein de l'abus de droit³⁴⁵, certains n'hésitant pas à considérer l'abus comme « un mécanisme régulateur » échappant par nature à toute définition³⁴⁶. En d'autres termes, l'abus de droit devient un « mécanisme correcteur », « une soupape de sûreté qui permet au juge d'assouplir le jeu des relations

³⁴¹ Cass. civ., 7 mai 1934, Société La Sauvegarde-Capitalisation c/ Cayzac : Gaz. Pal. 1934.2.21 : « Attendu que le tribunal, après avoir ainsi souverainement dégagé le sens et la portée des accords, déclare que la rupture du contrat est imputable à la société, et ajoute que celle-ci, en refusant de connaître que Cayzac devait être réputé avoir réalisé le minimum d'affaires prévu au contrat, a agi de mauvaise foi et dans l'intention de nuire ».

³⁴² Cass. soc., 15 mars 1957, Girod c/ Dlle Lacroix : JCP. 1957. II. 10217, 1^{re} espèce, note Bourbès : « si le mandat est révocable *ad nutum*, c'est à la condition que le mandant ne rompt pas le contrat abusivement, avec une légèreté coupable ».

³⁴³ J. Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 34, p. 29 : « La conception de l'abus de droit en cette matière sera de plus en plus élargie par la jurisprudence ».

³⁴⁴ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, *op. cit.*, 264, p. 364-365 : « l'entreprise peut paraître ardue, tellement est mouvante, semble-t-il, l'optique de nos tribunaux qui invoquent, pour dénoncer l'abus, l'existence d'éléments très différents et qui se laissent guider par des points de repère dont la diversité est faite pour déconcerter d'abord ».

³⁴⁵ V. Henri Capitant, « Sur l'abus des droits », *op. cit.*, p. 375 : « Pour les uns, ce sera tantôt l'intention de nuire pure et simple, tantôt cette intention caractérisée par certaines manœuvres, par exemple, par une collusion entre deux personnes ; pour d'autres, ce sera la faute plus ou moins grave ; pour d'autres enfin l'absence d'un motif légitime » ; Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire de droit civil, Dalloz, 28 : « Qu'il n'y ait pas d'unité dans les solutions adoptées est incontestable : l'abus est parfois fondé sur l'intention de nuire ; dans d'autres cas, le juge se réfère bien au détournement de fonction ; ou encore à l'anormalité du comportement ».

³⁴⁶ Marie-Odile Gain, *Essai sur l'abus de droit*, Thèse de doctorat, Lille 2, 1991, p. 6 ; p. 14 : « Il apparaît donc que la jurisprudence a eu et conserve toujours un rôle de libre création. Cette liberté même emp[ê]che la réduction de l'abus par la doctrine à un concept unique » ; Denis Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque I.D.A. Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 37-38 : « Il est clair, en effet, que les risques de dérapage dans l'exercice du pouvoir du juge en matière de clause abusive ne sont pas à négliger tant l'abus semble rétif à tout effort de conception. Au fond, il s'agit d'une notion à contenu extrêmement variable et il sera difficile pour le professionnel de prévoir si telle ou telle clause risque d'être considérée comme abusive : tout dépendra, pour une large part, de l'appréciation purement subjective du juge et la crainte de l'arbitraire judiciaire vient encore fragiliser le contrat ».

juridiques »³⁴⁷ : cette « définition fonctionnelle contemporaine de l'abus de droit est l'aveu d'impuissance d'une définition plus abstraite »³⁴⁸.

La difficulté à élaborer une définition abstraite de l'abus de droit n'est pas un simple obstacle, car elle reflète en même temps un avantage de cette notion : « D'aucuns estiment, en effet, que l'inconstance, voire l'inconsistance de la notion serait en quelque sorte sa vertu propre. Son imprécision même est cause de son succès ; à trop la définir on peut la dégrader »³⁴⁹. Toutefois, il ne faut pas non plus tomber dans l'excès inverse : si la définition abstraite de l'abus de droit est délicate en raison de son contenu hétérogène, on ne peut en déduire qu'un désordre complet règne au sein de cette notion. Plus précisément, « ces observations ont été formulées en songeant à une conception générale de l'abus » en droit privé ; « il en va peut-être différemment dans l'ordre du contrat », et « il faut croire qu'il existe sans doute au moins un corps de règles derrière cette qualification », du moins en matière contractuelle³⁵⁰. Ainsi, concernant la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, il y a lieu de croire à l'existence d'un « corps de règles » sous-jacent : plutôt que de retenir un critère volontairement imprécis, il vaut mieux respecter les critères dégagés par la jurisprudence en fonction des droits traités³⁵¹. En effet, parmi ce « corps de règles » qui sous-entend la notion d'abus, le devoir moral est souvent référencé. Le manquement au devoir moral est l'origine du caractère illicite de l'abus, constitue ainsi le fondement de cette faute civile³⁵². D'après Savatier, l'abus de droit

³⁴⁷ Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », D. 1972, Chron. XIII, p. 67 ; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 295 : « D'un mot, la théorie de l'abus représente le correctif de moralité que postule la légalité ».

³⁴⁸ Marie-Odile Gain, *Essai sur l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 14.

³⁴⁹ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, 3, p. 4.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 3-4 : « En outre, il est peu vraisemblable que la notion soit en cette matière absolument désordonnée car le droit des contrats n'aurait guère survécu à un tel phénomène. En effet, contrairement aux simples notions à contenu variable, une qualification qui serait aussi puissante qu'arbitraire ne pourrait qu'être soit d'un emploi restreint, ce qui n'est guère le cas de l'abus, soit source de destruction massive, ce qui n'est pas davantage avéré ».

³⁵¹ Henri Capitant, « Sur l'abus des droits », *op. cit.*, p. 375 : « Mais est-il souhaitable de rattacher à une formule unique "la gamme de critères" invoqués par les tribunaux ? Une formule trop générale devient vague, imprécise et n'est pas sans danger. Celle du but social du droit pourrait prêter à bien des interprétations diverses ». « Ne vaut-il pas mieux se contenter de critères distincts suivant les droits envisagés ? Les tribunaux n'ont-ils pas raison de faire varier la mesure avec chaque droit ? ».

³⁵² Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, p. 443 : « L'illicite est ici entendu en droit français comme un élément constitutif de la faute civile

semble « constituer un cas de conflit entre le droit et la morale, ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant. En usant de son droit, elle manque à un devoir moral. L'effet de l'acte qu'elle commet ainsi est de nuire à autrui »³⁵³. De même, Dabin explique qu' « en accueillant la notion d'abus, le droit légal s'ouvre sur la moralité, qui vient l'aérer, l'humaniser, l'individualiser aussi, dans ce qu'il a de trop abstrait et de trop technique »³⁵⁴.

Ces auteurs insistent sur le lien entre l'abus et le devoir moral. Plus précisément, l'abus est présenté comme le résultat d'un conflit entre l'exercice d'un droit subjectif et le devoir moral : malgré la légalité conférée par le droit subjectif, son titulaire peut avoir contre lui la moralité lorsqu'il utilise ce droit. Dans une telle hypothèse, « l'usage d'un droit légal se change en abus de ce droit légal »³⁵⁵. Concrètement, la théorie traditionnelle de l'abus de droit vise à résoudre une « contrariété » entre l'exercice d'un droit subjectif et la réparation d'un dommage causé à autrui à l'issue de cet exercice. Lorsque le dommage est considéré comme un résultat de l'exercice du droit, sa réparation appelle forcément un recul de la légitimité³⁵⁶ conférée par le droit subjectif à son exercice, d'où

qui peut résulter de l'atteinte à un droit ou du manquement à un devoir ou à une obligation. C'est Planiol qui, en définissant la faute comme "la violation d'une obligation préexistante", mit le premier, en France, l'accent sur la notion "d'illécite" comprise comme "devoir violé" résultant de la transgression d'une règle. Mais, après lui, beaucoup d'auteurs la reprirent à leur compte, la jugeant indispensable à la définition de la faute civile ».

³⁵³ René Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse pour le doctorat, Société française d'imprimerie et de librairie, 1916, p. 23.

³⁵⁴ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 294-295 : « En effet, il existe une légitimité autre que la légitimité juridique (ou juricite) : la légitimité morale » ; « C'est sur ce plan là seulement que l'abus peut tenir sans contradiction ; c'est sur ce plan là seulement qu'il peut trouver et sa justification et son critère distinctif ».

³⁵⁵ J. Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 294-295 : « On peut avoir pour soi tel droit légal (et par conséquent la légalité tout entière) et avoir contre soi la moralité. Ainsi l'antinomie est liquidée : l'usage d'un droit légal se change en abus de ce droit légal quand il en est fait un usage contraire à la moralité ».

³⁵⁶ Pascal Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1998, n° 6, p. 31-32 : « Derrière l'utilisation du vocable "abus" ou "abusif" il y a toujours, au fond, la même problématique : on est en présence d'un comportement qui, normalement, de prime abord, devrait être considéré comme licite, qui bénéficie d'une sorte de "préjugé de licéité", parce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une prérogative reconnue au sujet, mais qui, exceptionnellement, à raison des circonstances objectives ou de l'intention subjective de son auteur, devient illicite » ; Jean Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 140 : « *Neminem Laedit qui suo jure utitur* » : « Celui qui use de son droit ne lèse personne » ; « Si les Romains posaient primitivement le principe que l'exercice d'un droit par son titulaire ne saurait être coupable (D. 50, 17, 55), tardivement le doute est cependant venu à partir de l'intention et des modalités de cet exercice. Au XIX^e siècle a été dégagée en jurisprudence et discutée en

la notion de « relativité » du droit subjectif. Ainsi, « le fait de se trouver, pour la réalisation du dommage, dans le cadre d'un droit, ne constituait pas une fin de non-recevoir à la mise en œuvre » de la responsabilité civile de l'auteur³⁵⁷. D'ailleurs, l'article 1240 du Code civil³⁵⁸ n'a jamais interdit la réparation d'un dommage qui est « la conséquence de l'usage d'un droit »³⁵⁹. Cette vision traditionnelle considère l'abus comme étant indissociable de l'exercice d'un droit subjectif, et le dommage comme étant le résultat de cet exercice.

Ce schéma est remis en cause par la théorie plus récente. En effet, le rôle du devoir moral n'a jamais été négligé par la doctrine dans l'appréciation de l'abus. Les auteurs continuent aujourd'hui à souligner le lien entre l'abus et le devoir moral : « au titre de l'abus, la doctrine, la jurisprudence comme le législateur paraissent surtout appliquer aux relations du créancier envers son débiteur une morale particulière, toute remplie d'altruisme, de générosité, de souci des intérêts du faible. Cette morale pétrie de charité, trouve en grande partie son origine dans les préceptes du Christianisme »³⁶⁰. Cependant, la théorie récente est différente de la vision traditionnelle, car cette fois le lien est établi directement entre l'abus et le devoir moral, sans passer par le droit subjectif : l'abus est simplement la violation d'un devoir moral, sans lien de causalité avec l'exercice d'un droit subjectif³⁶¹. Le rapport entre l'abus et l'exercice du droit est perçu par ces auteurs comme une « coïncidence juridique »³⁶² : l'abus est une « faute de

doctrine la notion d'abus du droit avec toutes les nuances qui apparaissent alors dans la mesure où un acte demeurant formellement dans les limites légales n'en est pas moins susceptible de nuire ».

³⁵⁷ Marie-Odile Gain, *Essai sur l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 13-14.

³⁵⁸ L'ancien article 1380 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

³⁵⁹ Marie-Odile Gain, *Essai sur l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 13-14 : « L'idéologie ramassée dans le brocard « *neminem laedit qui suo jure utitur* » ne [fait] qu'ajouter à la Loi, c'est-à-dire à l'article 1382, une condition qu'elle n'avait pas prévue : que le fait dommageable de l'homme ne soit pas intervenu dans l'usage d'un droit. Cette circonstance particulière ne devait en rien autoriser une dérogation à la loi générale. Avec l'abus, l'usage d'un droit cesse d'être opposé, dans la responsabilité civile, à l'usage de la liberté ».

³⁶⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, 12, 23 ; 114, p. 104 : « L'abus fréquemment stigmatisé sous les dehors d'une violation de l'article 1134 al. 3 n'est donc qu'une faute contre différents devoirs d'inspiration morale ».

³⁶¹ *Ibid.*, p. 282.

³⁶² Marie-Odile Gain, *Essai sur l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 13-14 : « L'effort, tant jurisprudentiel que doctrinal, a consisté à démontrer qu'il importait peu qu'on se trouvât, lors de la commission du dommage, dans l'usage d'une faculté légale pour que le mécanisme de responsabilité fût mis en œuvre. Il s'agissait là

comportement » qui est « indépendante de l'exercice même par le créancier de ses droits, mais résid[e] dans des agissements préalables ou concomitants à cet exercice »³⁶³. Ainsi, est remise en cause la causalité entre le dommage et l'exercice du droit subjectif.

Le dommage n'est plus envisagé comme une conséquence de l'usage d'un droit, mais comme une conséquence de l'abus constitué par un manquement au devoir moral par le titulaire d'un droit subjectif³⁶⁴. Par conséquent, il n'y a plus de contrariété entre l'exercice d'un droit subjectif et la réparation du dommage causé à autrui : le dommage est causé par un élément étranger à l'exercice du droit subjectif. Il y a ainsi une dissociation entre l'abus et le droit subjectif : que l'abus se soit manifesté pendant l'exercice d'un droit subjectif est une simple coïncidence. À cet égard, remarque M. Stoffel-Munck, « cette faute est autonome à l'égard de la circonstance de sa révélation. L'attitude fautive est la source de responsabilité par elle-même sans qu'il importe qu'elle se manifeste dans l'exercice d'un droit ou dans l'inexécution d'un engagement. La jurisprudence nous paraît critiquable à ne pas relever explicitement cette neutralité, ce qui laisserait croire que nos magistrats n'envisagent pas de réprimer la mauvaise foi autrement qu'à travers l'inexécution d'une promesse ou l'abus d'un droit »³⁶⁵. Le droit subjectif devient un simple support de l'abus, parmi d'autres³⁶⁶. Pour l'auteur, il est préférable de parler d'abus « dans l'exercice d'un droit » plutôt que « d'abus de droit à proprement parler »³⁶⁷.

d'une simple coïncidence » ; dans le même sens, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, en ce qui concerne la faute de malice, 50, p. 56 : « Faute morale, faute sociale, faute civile, la malice doit être saisie par le droit en tant que telle, même si le prononcé d'une sanction n'interviendra qu'en cas de préjudice » ; 51, p. 56 : « S'éclaire alors la relative indifférence que nous affichions quant au support de cette intention de nuire, ce support fut-il l'exercice d'un droit » ; en ce qui concerne l'abus par déloyauté, 96, p. 90.

³⁶³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, 336, p. 282.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 282 et s.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 90.

³⁶⁶ Selon ce raisonnement, il est désormais peu important de déterminer le contenu précis de ce droit subjectif. Par conséquent, la question de l'inclusion des libertés individuelles dans le domaine des droits subjectifs aura peu d'incidence sur la théorie de l'abus, dans le sens d'un intérêt relatif de cette question, V. P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 32 écrit, à l'égard de la liberté et le droit subjectif : « Mais, entre les deux, y a-t-il autre chose qu'une différence de degré ? ».

³⁶⁷ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, 111, p. 102.

En résumé, il y a deux façons d'appréhender le lien entre abus et droit subjectif : soit le droit subjectif est considéré comme un objet de l'abus, soit il est considéré comme un simple support de l'abus. Néanmoins, que le droit subjectif soit considéré comme le simple support ou comme l'objet de l'abus, un lien entre le droit subjectif et l'abus est toujours exigé. La divergence doctrinale se situe seulement au niveau de la nature de ce lien. Par conséquent, appliquée à la rupture abusive, la théorie de l'abus nécessitera la présence d'un lien entre l'abus et l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Cependant, en raison du caractère imprécis³⁶⁸ de l'expression « rupture abusive », certains éléments sans aucun lien avec l'exercice de ce droit sont indument inclus dans la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution.

§ II. L'exclusion des « ruptures abusives » sans lien avec l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

La caractérisation de la rupture abusive d'une relation contractuelle suppose l'existence d'un lien entre la rupture et l'abus. Par « rupture », l'on fait référence à l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle. Afin de déterminer l'abus en lien avec l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution, il convient au préalable de préciser le contenu de l'exercice de ce droit subjectif. Qu'est-ce que l'exercice d'un droit ? La *vocabulaire juridique* le définit comme « le fait de faire valoir soi-même un droit », ce qui correspond à l'accomplissement de ce droit³⁶⁹. Appliqué au sujet examiné, il s'agit de déterminer les faits qui correspondent à l'accomplissement du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution. Cela permettra de définir ensuite le domaine de l'abus ayant un lien avec ces faits.

En réalité, mettre fin à une relation contractuelle est une décision prise par l'auteur de la rupture. Ainsi, le droit de mettre fin à une relation contractuelle correspondra finalement à un contenu extrêmement restreint qui est un geste instantané.

³⁶⁸ La difficulté de saisir la notion d'abus est parfois dénoncée par les auteurs qui traitent de sa notion voisine ; par exemple, V. David Bakouche, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005, 284, p. 264 : « Distinct de notions subjectives toujours difficiles à cerner telles que l'abus, l'excès, qu'il soit distributif ou commutatif, quantitatif ou qualitatif, ne se confond pas non plus avec les notions voisines de défaut d'équivalence ou de disproportion en ce qu'il suppose non pas une simple inégalité ou un simple déséquilibre entre les données à comparer souvent mal aisé à apprécier, mais une démesure manifeste, flagrante, évidente ».

³⁶⁹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 435.

Par conséquent, les faits constituant l'exercice de ce droit seront également très limités. Afin d'accomplir le droit de mettre fin à une relation contractuelle, il suffit que la volonté de l'auteur se manifeste dans ce sens et qu'elle soit suivie par une cessation effective de la relation avec le partenaire³⁷⁰. Ainsi, le contenu de la rupture est déterminé. Ensuite, concernant l'abus ayant un lien avec la rupture, si la nature précise de ce lien reste encore à être examinée, il est toutefois possible de discerner les hypothèses dans lesquelles aucun lien n'existe avec la rupture. En effet, tous les actes étrangers à la manifestation de volonté de mettre fin à la relation et à la cessation effective de la relation doivent être exclus du champ d'exercice dudit droit. Néanmoins, à l'examen de la jurisprudence, on constate un usage trop extensif de la notion de « rupture abusive », appliquée parfois à des comportements sans aucun lien avec l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle. Ces usages intempestifs concernent fréquemment l'hypothèse suivante : la rupture de la relation précédée d'une faute commise par l'auteur de la rupture mais étrangère à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle.

D'abord, l'on trouve des jurisprudences dans lesquelles il y a simplement une inexécution du contrat de distribution par le fournisseur, laquelle est sanctionnée de façon erronée par la notion de rupture abusive. Une décision en 1998 illustre particulièrement bien ce glissement³⁷¹. Pour contrer sa condamnation par une cour d'appel au paiement de trois millions de francs au titre de l'abus du droit de rompre un contrat à durée indéterminée, un fournisseur a avancé l'argument suivant : « dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation unilatérale est, sauf abus, ouverte librement aux deux parties » ; précisément, « l'abus du droit de rompre suppose une faute dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat » ; « en se bornant à relever contre [le fournisseur les] fautes commises dans l'exécution du contrat, et en s'abstenant de relever la moindre faute dans l'exercice du droit de rompre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard

³⁷⁰ La manifestation de la volonté de cessation et la réalisation des actes matériels de la cessation sont intimement liées. Si malgré la manifestation de volonté de cessation, l'auteur continue une relation de fait avec son partenaire, sa volonté de cesser la relation contractuelle sera entachée d'ambiguïté. Dans une décision du 15 février 1982 (Cass. com., n° JurisData1982-700856), la cour d'appel a retenu l'abus de droit de rupture en raison de son caractère anticipé ; cependant la Cour de cassation censure la décision car il y a une relation de fait jusqu'au terme du contrat, acceptée par le concessionnaire. Elle estime que le contrat a « été conduit jusqu'à son terme ».

³⁷¹ Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-22469, Société Lou diffusion c/ Société Vides Vidal.

de l'article 1134 du Code civil ». Face à cet argument, la Cour de cassation n'a pas cherché à nier la nature contractuelle de la faute retenue, mais a formulé sa motivation de la manière suivante : « Des retards de livraison et des livraisons dépareillées » de la part de la société fournisseur ont entraîné « l'impossibilité de satisfaire une centaine de clients tandis que [la société fournisseur] elle-même ne démontre pas la restructuration de son réseau de vente invoquée » ; ainsi, la cour d'appel a pu déduire que la société fournisseur « avait eu dans le cadre de l'exécution du contrat un comportement fautif *expliquant* la rupture abusive ultérieure ». Elle ajoute : « De ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu décider, en justifiant légalement sa décision, que la société [fournisseur] avait abusé de son droit de mettre fin au contrat nonobstant le respect par elle du délai de préavis ». La faute reprochée étant de nature contractuelle, la cour d'appel avait pertinemment choisi le terme « expliquer » afin de créer un lien entre cette faute contractuelle et la rupture abusive du contrat. Cependant, ce lien ne peut qu'être artificiel. Le caractère fautif réside dans l'inexécution du contrat par le fournisseur, et non pas dans la rupture de la relation contractuelle ultérieure. La seconde ne peut pas être « expliquée » par la première. Il s'agit de deux fautes distinctes, qui doivent engendrer de responsabilités distinctes.

Ensuite, et de façon plus significative encore, la faute jugée à l'origine de la « rupture abusive » par la jurisprudence se trouve parfois dans un contrat distinct du contrat rompu. À titre d'exemple, dans un arrêt de 2001, la rupture abusive retenue est constituée par la violation d'une promesse de renouveler le contrat de concession à durée déterminée. Plus exactement, le fournisseur avait promis, lors de la résiliation anticipée d'un contrat avec le même distributeur, de reconduire une autre concession. Par conséquent, « à partir de cette seule appréciation, ainsi que de l'interprétation qu'elle a souverainement donnée de la correspondance échangée entre les parties, la cour d'appel a pu décider que [le fournisseur] avait agi déloyalement et abusé de son droit de ne pas renouveler le contrat »³⁷². Ainsi, a été indument associée à la rupture abusive

³⁷² Cass. com., 3 juillet 2001, n° 98-23070, Sté Sonauto c/ Sté Basque de location automobile, RJDA 12/01, n° 1202, p. 999.

l'inexécution de la promesse de poursuivre la relation. Cependant, ce cas d'espèce reste exceptionnel.

Plus souvent, la rupture abusive est constatée par la jurisprudence à partir d'un ensemble d'indices, parmi lesquels se trouvent les fautes contractuelles de l'auteur de rupture. Ainsi, dans une décision de 1993, la Cour de cassation a retenu une liste de comportements de l'auteur comme constituant une rupture abusive et de mauvaise foi : les motifs « délibérément fallacieux » de la rupture, la violation de l'obligation d'exclusivité, la modification unilatérale des conditions d'approvisionnement, l'aggravation des conditions d'exploitation du distributeur, l'alourdissement de ses frais financiers et la complication de sa gestion, des actes de dénigrement et de discrimination³⁷³. Cette admission des fautes contractuelles au rang d'indices de l'abus rend la compréhension de l'abus presque impossible : de ce fait, le contrôle de la rupture abusive devient un moyen d'évaluer le comportement de l'auteur tout au long de l'exécution du contrat, ce qui dépasse largement la fonction initiale de la rupture abusive. En réalité, la jurisprudence a conscience de cette confusion et un arrêt de la Cour de cassation de 2015 illustre bien ce malaise. Dans cette espèce, la cour d'appel a qualifié la rupture d'abus, mais elle l'a désignée également comme un « manquement contractuel » susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'auteur à l'égard d'un tiers³⁷⁴ : « la rupture du contrat (...) a été jugée abusive aux motifs qu'aucun manquement [du fournisseur] n'était justifié ». Cette décision est confirmée par la Cour de cassation.

³⁷³ Cass. com., 5 octobre 1993, n° 91-10408, Régie nationale des usines Renault c/ Sté Roussel automobiles.

³⁷⁴ Cass. com., 20 octobre 2015, n° 14-20540, Sté Dessange international c/ M. V. : RJDA 2/16, n° 101 : « Mais attendu, d'une part, qu'après avoir énoncé qu'un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel si celui-ci lui cause un dommage, l'arrêt constate que, par arrêt définitif du 25 juin 1999, la rupture du contrat de master franchise par la société Dessange a été jugée abusive aux motifs qu'aucun manquement de la société Vam n'était justifié, et que, par arrêt du 4 mars 1999, la nullité de l'engagement de M. V. d'acquérir les parts sociales de la société Vam a été prononcée en raison d'une erreur sur les qualités substantielles aux motifs que celui-ci n'aurait pas souscrit l'engagement d'acquérir les parts sociales auxquelles la résiliation du contrat de concession faisait perdre toute valeur s'il avait eu connaissance des faits reprochés par la société Dessange et avait pu en déduire la conséquence qu'elle en tirerait quelques semaines plus tard ; qu'il retient que M. M., dans l'impossibilité de faire exécuter l'engagement et de percevoir le prix de cession, subit un préjudice résultant de cette faute ».

Dans les décisions précitées, la responsabilité de l'auteur est engagée – au moins en partie – pour une raison étrangère à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Ce sont des hypothèses de fautes contractuelles dont la sanction relève de la responsabilité contractuelle, et non de la responsabilité civile au titre de la rupture abusive. De même, une rupture fautive du contrat – qui peut être assimilée à une violation du contrat – doit également être exclue de la notion de rupture abusive. Ainsi, un auteur explique que « la rupture abusive d'un contrat n'est pas une rupture pour inexécution d'une obligation contractuelle : le respect de la force obligatoire du contrat est un moyen de protection du contrat au même titre que la sanction de l'abus, mais ce sont bien là deux moyens distincts »³⁷⁵. Les hypothèses de rupture fautive et celles de fautes contractuelles doivent donc être dissociées de la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution.

C'est seulement après l'exclusion des hypothèses induisant qualifiées de ruptures abusives qu'il est possible de faire une recherche sur le « corps de règles » sous-jacent à l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Ainsi que cela a été démontré précédemment, l'abus est fondé sur un manquement à un devoir moral. Afin de mieux appréhender ce fondement de l'abus, il convient également de préciser la nature dudit devoir moral. En effet, la détermination du devoir moral permettra à la fois de fonder la théorie de l'abus et de cerner le contenu de l'abus. Cependant, la détermination d'un devoir moral est assurément une tâche délicate : il s'agit d'une notion aussi hétérogène, si ce n'est plus, que l'abus lui-même.

Section II. Le manquement à une obligation morale de bonne foi

L'existence d'un lien entre la théorie de l'abus et la notion de bonne foi relève d'un consensus doctrinal. En effet, l'abus est constitué par un manquement à l'obligation de bonne foi. Néanmoins, il ne faut pas confondre le « manquement à la bonne foi » avec

³⁷⁵ Sylvie Lebreton-Derrien, *Chroniques Droit de la distribution*, *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2005, p. 199 ; dans le même sens, *Chroniques Droit de la distribution*, « La clause d'objectif », *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2004, p. 516.

« le contraire de la bonne foi »³⁷⁶ : seul le premier constitue l'abus. En réalité, la confusion entre les deux éléments provient d'une appréhension extensive de la bonne foi. D'ailleurs, « il est communément admis que la bonne foi est l'absence de mauvaise foi et qu'inversement la mauvaise foi est l'absence de bonne foi », mais une telle conception confère un contenu trop extensif à ces deux notions et ignore que « bonne et mauvaise foi peuvent avoir un contenu propre »³⁷⁷. Ainsi, certains auteurs expliquent que « l'ensemble “bonne foi” n'est pas égal à l'inverse de l'ensemble “mauvaise foi”, de sorte qu'il n'est pas possible de définir la bonne foi comme l'ensemble des comportements qui n'ont pas été sanctionnés comme de mauvaise foi, pas davantage que l'ensemble “licite” par exemple n'est égal à l'ensemble de tout ce qui n'est pas considéré comme “illicite” »³⁷⁸.

En suivant ce raisonnement, les comportements de bonne foi et ceux de mauvaise foi disposent chacun de leur propre domaine. Quant aux comportements constitutifs d'un manquement à l'obligation de bonne foi, ils ne doivent pas inclure les comportements de mauvaise foi, devant plutôt se situer entre la bonne et la mauvaise foi. En effet, les comportements de mauvaise foi dépassent le simple manquement à l'obligation de bonne foi, et recèlent un autre élément : l'existence d'une intention de nuire. Cependant, l'intention de nuire est souvent considérée comme un type d'abus de droit. Cela signifie-t-il que le seul manquement au devoir de bonne foi n'est pas suffisant pour constituer le fondement de l'abus de droit (§I) ? En effet, l'intention de nuire présente des caractères qui l'éloignent de l'abus (§II) et de la faute civile. Aussi doit-elle être mise à l'écart dans cette recherche d'homogénéité de la rupture abusive (§III). En

³⁷⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 15, 16, p. 26-28.

³⁷⁷ Yves Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, 13, p. 25-26 : « Une telle conception procède du sentiment que ces notions ont un contenu approximatif. Or l'approximation engendrant la simplification, on en arrive à penser que bonne foi et mauvaise foi procèdent d'un système binaire » ; « C'est oublier la distinction du droit romain entre la “fides” et la “diligentia”, c'est-à-dire l'absence de mauvaise foi et la diligence dans l'exécution. Or, serait-il admissible d'affirmer dans le langage littéraire qu'« aimer, c'est s'abstenir de toute haine ». Ce serait une conception bien triste et bien pessimiste de l'amour ! ».

³⁷⁸ Daniel Mainguy, « Le contractant, personne de bonne foi », in C. Albigès, E. Négron, *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Presse de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 98 ; Robert Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, 12, p. 21 : « Nous ne pouvons non plus admettre l'existence d'une correspondance parfaite entre la bonne et la mauvaise foi, chacune d'elles étant considérée comme exactement l'inverse de l'autre. « La bonne foi, dit M. Gorphe, est une conviction positive, une conviction loyale... Il y a un véritable abus de langage à dire que la bonne foi n'est que l'absence de la mauvaise foi, comme si l'on disait que la loyauté n'est que l'absence de la déloyauté ».

somme, un manquement au devoir de bonne foi permet de justifier la sanction de l'abus. Il est donc important de connaître le contenu de ce devoir (IV).

§ I. L'abus constitué par le manquement au devoir de bonne foi

Aujourd'hui, le lien entre l'abus et la bonne foi est de moins en moins remis en cause³⁷⁹ par la doctrine qui constate d'ailleurs l'existence de ce lien en droit étranger : « À l'exception notable de l'Angleterre et de la Suède, pratiquement tous les pays dont la tradition juridique est européenne ou d'inspiration européenne admettent un principe d'abus de droit. Il est frappant de constater que la notion y est toujours dérivée d'une exigence générale de bonne foi dans l'exercice des droits. Parfois même, la réception de la locution "abus de droit" n'est pas apparue nécessaire tant la consécration de l'exigence de bonne foi suffisait à régler les problèmes »³⁸⁰. En droit français, la reconnaissance du « lien intime » entre les deux notions relève aujourd'hui quasiment de l'évidence. À titre d'exemple, certains auteurs affirment que « l'abus se traduira [...] par une faute du contractant, consistant d'une manière générale à manquer à la bonne foi »³⁸¹. En effet, la

³⁷⁹ Néanmoins, un auteur essaie de distinguer l'abus et la bonne foi. Prenons l'exemple du recours à la théorie de l'abus de droit au lieu de celle de bonne foi en matière de détermination du prix au sein du contrat de distribution : « Pas de référence à la bonne foi, donc, mais mise en avant de l'abus ; ce choix entre les deux notions peut paraître tout à fait justifié et cela pour deux raisons. D'abord parce que la bonne foi n'est bonne qu'à décrire des attitudes positives, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun : information, collaboration, ouverture, assistance et cohérence. En revanche, dès qu'il s'agit d'attitudes plus négatives, d'actes dont les contractants doivent s'abstenir, la bonne foi a tendance à s'effacer derrière des notions plus classiques : fraude, mauvaise foi, intention de nuire et abus. La deuxième raison tient sans doute au fait que la bonne foi est une notion plus bilatérale que l'abus. La bonne foi est attendue des deux parties, même dans les contrats unilatéraux. Elle s'apprécie dans le cadre du lien qui unit les contractants : c'est une notion pour ainsi dire relationnelle. L'abus, quant à lui, désigne un comportement plus personnel, une attitude mêlée d'arbitraire, d'injustice et d'exagération ; une attitude qui fait qu'une partie va trop loin et, en tout cas, au-delà de ce que le contrat lui permettait. Il y a dans la notion d'abus, contrairement à la bonne foi, un peu de ces petites gouttes d'eau qui font déborder le vase » [nous soulignons] (Bertrand Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise, 1998, n° 6, p. 12). Cependant, un autre auteur considère que cette « distinction ainsi faite entre bonne foi et abus de droit n'est pas très éclairante, car l'absence de prise en compte de l'intérêt du cocontractant tend à dégénérer en abus de l'usage de tel ou tel droit et parce que l'abus dans l'exercice d'un droit peut s'analyser lui-même en une déloyauté » : V. Philippe Laurent, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », Les Petites Affiches 8 mars 2000, n° 48, p. 6.

³⁸⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, 57, p. 61 ; P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 34 : « La plupart des auteurs sont aujourd'hui convaincus du lien très étroit entre la notion d'abus de droit en matière contractuelle et celle de bonne foi au sens de l'article 1134. Ce lien, cet « accouplement », pour reprendre l'expression de M. Denis Mazeaud, qui est une évidence dans plusieurs droits étrangers, n'est pas, en France même, chose si nouvelle ».

³⁸¹ L. Cadiet, Ph. Le Tourneau, « Abus de droit », *op. cit.*, 81.

corrélation entre les deux notions est si fréquente qu'un auteur a même considéré que ce lien est presque « cocasse » car la doctrine définit souvent l'une par un renvoi vers l'autre³⁸². Plus spécifiquement, à propos du droit de mettre fin à une relation contractuelle, un autre auteur explique que « l'abus du droit de rompre les relations contractuelles apparaît [...] au juge comme une application particulière de l'obligation de bonne foi. L'exigence de bonne foi se manifeste ainsi lors de l'exécution du contrat, mais également lors de la rupture »³⁸³. D'ailleurs, ce lien entre l'abus et la bonne foi n'est pas seulement entretenu par la doctrine³⁸⁴ ; il est parfois suggéré par la jurisprudence³⁸⁵. Ainsi, « la grande majorité de la doctrine considère que les deux notions peuvent être employées l'une pour l'autre » et « la jurisprudence elle-même emploie souvent l'une ou l'autre

³⁸² P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 34 : « Aujourd'hui, l'idée apparaît de manière presque cocasse si on confronte les développements doctrinaux qui s'efforcent de définir l'une et l'autre de ces deux notions. Les uns, lorsqu'ils cherchent à préciser ce qu'est un comportement contraire à la bonne foi, affirment que rentrent dans cette catégorie les comportements abusifs. Les autres, à l'inverse, définissent l'abus comme un manquement à la bonne foi dans les relations contractuelles ! Ce jeu de ping-pong, on en conviendra, ne fait guère progresser la recherche du critère de l'une et de l'autre notion, qui restent tout aussi floues, mais l'assimilation ainsi réalisée constitue à mon sens un élément important d'une réflexion générale sur ce qu'est l'abus en droit des contrats ».

³⁸³ Christine Lassalas, « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Droit & Patrimoine*, 1997, juillet/août, p. 64.

³⁸⁴ Philippe Le Tourneau, Matthieu Poumarède, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 35 : « Le devoir de loyauté que doivent respecter les partenaires lors de l'entrée en pourparlers permet la sanction de comportements constitutifs d'abus ».

³⁸⁵ Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-12767 : « Attendu que pour déclarer recevable et bien-fondé l'exercice par M. et M^{me} X de leur droit de renonciation et condamner l'assureur à leur payer la somme de 1 158 557 euros, augmentée des intérêts majorés, l'arrêt retient que la faculté de renonciation prévue par le code des assurances est un droit discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise, qu'il soit averti ou profane et ne peut donc dégénérer en abus ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les [articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du code des assurances, dans leur rédaction applicable] » ; Xavier Delpech, « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du "solidarisme contractuel" ? », *D.* 2001. 302 : « Pour obtenir gain de cause, la cliente avait invoqué à la fois le manquement de son cocontractant à son obligation d'exécuter de bonne foi les conventions et l'abus dans la fixation du prix. C'est là, a priori, un curieux amalgame entre la jurisprudence *Alcatel* de 1994 ; prélude au revirement de l'année suivante, et les arrêts de l'Assemblée plénière de 1995. Mais en vérité, la formulation retenue n'est guère surprenante, dès lors que l'on sait que, tant la doctrine que la jurisprudence contemporaine tendent à établir un lien entre les deux notions d'abus et de bonne foi en droit des contrats, voire même à les assimiler plus ou moins ; on a d'ailleurs pu écrire que "tout abus de droit en matière contractuelle est une violation, délibérée ou non, de la bonne foi" » ; L. Cadiet, Ph. Le Tourneau, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, préc., 81 : « un lien très intime existe entre la bonne foi et l'abus de droit. À juste titre, la jurisprudence et la doctrine rapprochent de plus en plus, en matière contractuelle, les deux notions, voire les assimilent ».

indistinctement »³⁸⁶. À cet égard, le texte sur lequel est parfois fondée la théorie de l'abus était l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil³⁸⁷, devenu aujourd'hui l'article 1104, aux termes duquel : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Par exemple, dans un arrêt de 1994, il a été décidé que « vu l'article 1134, alinéa 2, du Code civil ; [...] dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf *abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte*, offerte aux parties »³⁸⁸.

Finalement, il semble que l'obligation morale dont la violation constitue un abus est celle de bonne foi, même si l'inverse n'est pas vrai : le manquement à la bonne foi ne constitue pas toujours un abus de droit³⁸⁹. Cependant, une notion ne constituant pas

³⁸⁶ Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *op. cit.*, p. 6.

³⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2001, n° 99-18442 : Bulletin civ. I, n° 98, p. 62 : « Vu l'article 1134 du Code civil, [...] Attendu qu'après avoir constaté que les conditions de forme avaient été respectées, la cour d'appel, retenant la compétence et la notoriété de M. X, le fait que durant douze années, aucun reproche ne lui avait jamais été adressé, son investissement personnel dans le Centre avec d'autres médecins, et le fait qu'il n'avait jamais ménagé ni son temps ni sa peine, en déduit que la résiliation sans motif, alors même que M. X avait demandé par lettre restée sans réponse les motifs de cette décision, est caractéristique d'un abus de droit » ; Christophe Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1996, n° 92, Supplément Juill.-Août, p. 8 : « Avec Josserand et Demogue (pour le droit des contrats) apparaît donc la théorie de l'abus des droits dont il faut prendre conscience qu'elle n'est pas le fruit du libéralisme mais du solidarisme. En matière contractuelle, celle-ci trouve son fondement dans le seul article 1134, alinéa 3, du code civil dont l'interprétation est renouvelée et signifie qu'aucune partie ne doit sacrifier l'autre à ses intérêts, l'équilibre contractuel devant en dernière analyse prévaloir » ; L. Cadet, Ph. Le Tourneau, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 81 : « Chacun connaît la fortune contemporaine de l'article 1134, alinéa 3, du code civil selon lequel les conventions "doivent être exécutées de bonne foi". Cette disposition, d'origine éthique, est cependant juridique et opératoire ; or, un lien très intime existe entre la bonne foi et l'abus de droit ».

³⁸⁸ Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-12548 : Bulletin 1994, IV, n° 194, p. 155.

³⁸⁹ En effet, la notion de bonne foi est souvent considérée comme plus large que celle d'abus de droit. Elle peut être envisagée sous deux angles différents. Ainsi se distingue la bonne foi contractuelle et la bonne foi des contractants. Seule la dernière intéresse l'abus de droit. V. Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *op. cit.*, p. 6 : « Une première conception de la bonne foi conduit à examiner l'attitude du contractant. La bonne foi du contractant ou sa loyauté est alors appréciée individuellement et subjectivement en fonction de son comportement. Envisagés sous cet angle, la bonne foi et l'abus de droit se confondent, car l'abus du droit de résilier unilatéralement le contrat s'analysant en une déloyauté de ce dernier, c'est également son comportement, sa mauvaise foi, qui justifie la sanction sur le fondement de l'abus. Force est de constater qu'envisagé sous l'angle de la loyauté du contractant, l'abus de droit dont il s'agit n'est qu'un aspect propre au créancier du droit de résiliation, de l'exigence générale qui pèse sur les contractants d'exécuter le contrat de bonne foi [...] Mais la bonne foi peut également être envisagée de manière différente, c'est la bonne foi ou la loyauté contractuelle. Elle apparaît alors comme une notion objective et autonome, comme un critère destiné à déterminer le contenu du contrat et à fixer l'attitude normale du contractant dans l'exécution de ses obligations. Envisagée sous

un manquement au devoir de bonne foi est souvent citée comme contenu possible de l'abus. Il s'agit de la notion d'intention de nuire. En effet, cette notion ne constitue pas un manquement au devoir de bonne foi, mais le contraire de la bonne foi.

Par exemple, un auteur distingue deux types d'abus : l'abus par la malice et l'abus par le manquement à la bonne foi. En effet, « quoi qu'il soit tentant de considérer le cas de l'exercice d'une prérogative contractuelle *animo nocendi* comme une simple forme du défaut de bonne foi, nous pensons qu'il s'en distingue, au même titre que faire le mal n'est pas seulement omettre de faire le bien » : « il n'y a pas qu'une différence de degré entre les deux hypothèses »³⁹⁰. Plus précisément, l'abus par la malice, souvent nommé « intention de nuire », présente des caractères qui mettent en doute la pertinence de son rattachement à la notion d'abus.

§ II. La qualification contestable de l'intention de nuire en abus

L'intention est une « résolution intime d'agir dans un sens », ce qui relève d'une « donnée psychologique »³⁹¹. Ainsi, prise au sens littéral, l'intention de nuire désigne une volonté « à rechercher une nuisance, à agir pour obtenir une nuisance »³⁹². Cette notion est retenue par Ripert comme le véritable contenu de l'abus : « Voici maintenant le domaine propre de la théorie de l'abus du droit et le sens technique d'une

cet angle, la bonne foi est, selon Ripert, « (...) l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif ». Ainsi, alors que l'abus de droit dans les contrats est un concept subjectif destiné à déterminer les limites à l'exercice d'un droit, la bonne foi contractuelle, elle, fixe une directive de conduite dans le cadre des relations » ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 90, p. 87.

³⁹⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 15, p. 27.

³⁹¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 562.

³⁹² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 38, p. 47-48 ; cependant, l'auteur considère que cette définition est assez « large » et lui préfère une autre ayant un contenu plus restreint. Plus précisément, il considère que la définition « large » de l'intention de nuire génère des confusions entre plusieurs éléments : d'abord, il y a la confusion entre la nuisance et le dommage, ensuite il y a la confusion entre « la conscience de l'inéluçabilité du résultat dommageable » et l'intention de le vouloir. Ainsi, il propose la définition suivante, 42, p. 49 : « Il faut que le dommage infligé l'ait été *ad hominem*, non pour lui-même mais pour l'état d'inquiétude (perte de tranquillité) dans lequel il plonge celui qui le subit. La volonté n'est plus seulement tendue vers un résultat matériel mais aussi vers un résultat psychologique. Au-delà d'un éventuel préjudice, l'agent cherche à tourmenter la victime. L'intention de nuire est ici esprit de haine ». Néanmoins, si l'exigence d'une intention de vouloir le résultat dommageable au lieu d'une simple conscience de son inéluçabilité est tout à fait légitime (d'ailleurs le terme « chercher » montre bien la nécessité de poursuivre le malheur d'autrui), la distinction entre la nuisance et le dommage n'est pas toujours aisée, notamment en matière de preuve.

expression qui a été trop souvent employée pour désigner la responsabilité dans l'exercice du droit. Supposons que le titulaire d'un droit ait agi dans des conditions telles que son action rentre dans l'exercice normal et habituel de son droit. Il pourra se couvrir de la règle *neminem laedit...* quand bien même il aurait lésé quelqu'un. Mais son acte a été inspiré par le désir de porter préjudice à autrui ; l'intention malfaisante change alors le caractère de l'acte » [nous soulignons]³⁹³. Nous sommes ainsi en présence d'un comportement d'apparence tout à fait normale, sauf qu'il a été guidé par la malveillance. C'est donc le « mobile » du comportement qui suscite la sanction par le biais de l'abus, ce qui est couramment confirmé par la doctrine³⁹⁴. De même, la répression de l'intention de nuire en tant que faute fait consensus pour les auteurs, peu importe qu'ils soutiennent une conception subjective ou objective de la faute dans l'exercice d'un droit ou qu'ils « défendent la conception téléologique » des droits³⁹⁵. Toutefois, un examen de la responsabilité de l'auteur de l'intention de nuire peut semer le doute sur sa place au sein de la notion d'abus.

La qualification d'abus permet d'engager la responsabilité civile de son auteur à l'égard de son contractant³⁹⁶. Cette responsabilité est retenue à la suite de la réunion de trois éléments : un préjudice, un fait générateur et un lien de causalité entre les deux. Le fait générateur est « un fait juridique, déclenchant l'application d'une norme légale qui,

³⁹³ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, 92, p. 164, « : L'expression abus de droit n'a donc aucun sens, si on veut désigner par-là les cas où la responsabilité d'une personne se trouve engagée, bien que cette personne prétende se retrancher derrière l'exercice de son droit, mais parce que le droit invoqué par elle ne lui confère pas l'impunité. Abuser de son droit, c'est alors en réalité couvrir de l'apparence du droit l'acte qu'on avait le devoir de ne pas accomplir, ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaient lésés par cet acte ».

³⁹⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, 38, p. 48 : « Malgré quelques malentendus, il semble que sous la plume des auteurs d'avant les années 1970, l'intention de nuire désignait surtout [la] malice » ; « Il en va implicitement de même quand est visée la volonté d'un dommage sans intérêt pour soi-même. En effet, dans l'hypothèse où l'agent sait que la perte infligée ne lui apportera rien mais agit cependant, il ne reste a priori d'autres justifications possibles à son acte qu'une pulsion méchante ».

³⁹⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, 32, p. 40-41 ; 33, p. 41, : « La jurisprudence aurait de toute manière imposé cette convergence des opinions doctrinales car elle condamne de manière remarquablement constante toute malice, semblant finalement la poursuivre pour elle-même, comme si elle était disjointe de la question de l'exercice du droit ».

³⁹⁶ Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire de droit civil, Dalloz, 37.

lorsque ses conditions sont réunies, se traduira par une indemnisation de la victime »³⁹⁷. Plus précisément, « il s'évince des règles de la responsabilité civile que le fait dommageable, quelle que soit sa nature, est toujours un fait défectueux, incorrect ou anormal »³⁹⁸. En effet, la responsabilité est « une obligation de réparer les dommages que l'on cause à autrui »³⁹⁹, mais cette obligation « de réparer n'existe et n'est légitime qu'autant que le dommage dont se plaint la victime prend sa source dans un fait anormal ou défectueux : c'est l'illicéité du fait à l'origine du dommage qui justifie la dette de responsabilité mise à la charge de celui dans la sphère d'autorité duquel le mal a pris naissance »⁴⁰⁰. Quant à la défectuosité, elle « est l'appréciation de la différence objective entre un fait, et celui qui aurait été attendu s'il avait été normal »⁴⁰¹.

En admettant l'existence d'un abus caractérisé par l'intention de nuire, cette intention de nuire sera donc retenue comme un fait générateur permettant d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la rupture de la relation contractuelle : il s'agit d'un « fait personnel fautif »⁴⁰². Cependant, une intention de nuire peut-elle constituer un tel fait ? Plus généralement, une intention de nuire peut-elle constituer un fait juridique ? D'après l'article 1100-2 du Code civil, « les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »⁴⁰³. Qu'il s'agisse d'un agissement ou d'un événement, le fait exige toujours une manifestation extérieure. Il en est de même

³⁹⁷ Philippe Le Tourneau, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, Dalloz, 57.

³⁹⁸ Christophe Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 240, p. 209-210 ; 241, p. 211 : « le fait défectueux et le fait dommageable sont une seule et même notion, trouvant sa cause dans une défectuosité » ; Philippe Le Tourneau, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, *op. cit.* 59 : « L'ensemble des divers cas de responsabilité en droit privé (en y assimilant même la défaillance contractuelle) possèdent un caractère commun, qui est l'anormalité. Une réparation est mise à la charge de toute personne dont l'activité dommageable peut, de quelque manière, être qualifiée d'anormale ou, ce qui revient au même, de déraisonnable » ; Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, Dalloz, 2017, 010.21, p. 18 : « Caractère commun des divers cas de responsabilité : l'anormalité ».

³⁹⁹ Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, 1, p. 1.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, 285, p. 193.

⁴⁰¹ Ch. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, 351, p. 333.

⁴⁰² Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, 330 et s., p. 221 et s.

⁴⁰³ Dans le même sens, Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 449.

pour le fait personnel fautif, qui fait référence à la notion de faute⁴⁰⁴. Traditionnellement, la faute est composée de trois éléments⁴⁰⁵ : un élément matériel, un élément légal et un élément moral. Sans vouloir entrer dans le débat relatif aux deux derniers éléments⁴⁰⁶, il n'en demeure pas moins que l'élément matériel est indispensable à la constitution de la faute : il s'agit d'un « comportement » qui peut être positif ou négatif⁴⁰⁷. En d'autres termes, un fait personnel fautif doit être constitué par une manifestation extérieure, susceptible d'être appréhendée par autrui. Or l'intention de nuire relève par définition du for intérieur. Par conséquent, l'intention de nuire ne peut pas être retenue comme un fait, encore moins comme un fait personnel fautif.

Toutefois, dans le cadre de la rupture abusive d'une relation contractuelle caractérisée par une intention de nuire, l'auteur a bien eu un comportement extérieur : celui de mettre fin à la relation. Ce comportement peut-il être retenu comme support matériel de l'abus ? La réponse ne peut qu'être négative : l'acte de rupture lui-même ne revêt pas un caractère défectueux, et ne peut donc être retenu comme un fait générateur. Ainsi, nous nous trouvons devant une situation particulière : l'acte de rupture ne peut pas constituer le fait générateur en raison du défaut de défectuosité, tandis que l'intention de nuire ne peut pas davantage constituer ce fait générateur car elle ne peut pas être qualifiée de fait juridique. Il n'est donc pas possible d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la rupture de la relation contractuelle sur le fondement de l'intention de nuire. Cette conclusion est étonnante car elle va à l'encontre du droit positif et de la doctrine évoqués précédemment qui considèrent l'intention de nuire comme un type de l'abus de droit. Toutefois, le caractère spécifique de l'intention de nuire n'est pas passé complètement

⁴⁰⁴ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 715, p. 776, à propos de l'article 1382 du Code civil : « Bien que le terme de faute ne figure que dans une proposition incidente et quels qu'aient été ensuite les efforts déployés pour tirer argument de cette position subordonnée, la lettre et l'esprit de la loi ne sont pas, à ce sujet, douteux ».

⁴⁰⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, 297, p. 199 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 717, p. 777 ; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 451.

⁴⁰⁶ Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, 442, p. 442, au sujet de l'illicéité et de l'imputabilité : « Pourtant ni la définition, ni l'autonomie, ni même l'existence de ces deux composantes de la faute n'ont été épargnées par les controverses que l'évolution récente du droit positif n'a fait qu'exacerber ».

⁴⁰⁷ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, 305, p. 204 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, 719, p. 778.

inaperçu par la doctrine. Comme évoqué précédemment, un auteur⁴⁰⁸ la distingue des autres hypothèses d'abus : poursuivant un objectif différent, l'intention de nuire présente un caractère semi-pénal.

§ III. L'exclusion de l'intention de nuire de la notion d'abus

Le même auteur a clairement insisté sur le rapprochement de l'intention de nuire avec le droit pénal, tout en soulignant la raison de sa soumission à la responsabilité civile : « si bien inscrite dans la logique de la responsabilité pénale », l'intention de nuire n'est « sanctionnée que sous un angle civil », notamment parce que cette infraction n'est pas suffisamment grave pour être réprimée par le droit pénal⁴⁰⁹. Ainsi, la faible gravité de « l'infraction » que constitue l'intention de nuire l'empêche d'entrer dans le domaine du droit pénal, mais l'esprit du droit pénal lui correspond. En effet, la répression de l'intention de nuire traduit la sanction d'une malice. Ainsi que cela a été démontré précédemment, cet objectif relève d'un consensus doctrinal : « s'il est un but essentiellement et constamment antisocial, c'est bien la poursuite du malheur, de l'infortune, de l'appauvrissement de notre prochain ; les droits, prérogatives sociales, qui sont établis pour réaliser la paix sociale et pour assurer un juste équilibre des intérêts en présence, ne sauraient être mis au service de la malice, de la méchanceté, de la malfaisance ; leur origine, leur essence, leur finalité s'opposent irréductiblement à jouer ce rôle impie et dérisoire par quoi ils se renieraient eux-mêmes »⁴¹⁰. Le caractère antisocial de l'intention de nuire permet de comprendre l'accord unanime des auteurs sur la nécessité de la sanctionner. Cependant, ce même caractère différencie également

⁴⁰⁸ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 15, p. 26 et s.

⁴⁰⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 48, p. 54 : « Plusieurs raisons expliquent cela. Tout d'abord, l'appareil pénal est trop massif pour saisir une infraction si banale. Mettre en mouvement l'action publique pour tous les actes de malice ne saurait s'envisager pour d'évidentes considérations de commodité et de proportionnalité. L'absence d'incrimination légale générale paraît à cet égard justifiée. Ensuite, la méchanceté est d'abord un conflit privé, et si le corps social le réprouve, il ne s'en trouve généralement pas ému au point d'exiger une sanction symboliquement collective. Faute de traumatisme social à purger, la force exceptionnelle de la responsabilité pénale ne trouve guère motif à se déployer ».

⁴¹⁰ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., 268, p. 368 ; de même, Henri Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD Civ.*, 1928, p. 374 : « tout acte méchamment accompli en vue de nuire à autrui constitue un délit civil ».

l'intention de nuire des autres hypothèses de l'abus, dans la mesure où elle ressemble davantage à une faute d'esprit pénal que civil.

D'abord, la différence de l'intention de nuire par rapport à la faute civile se manifeste au niveau du contenu de la faute. D'un côté, l'intention de nuire s'éloigne de la logique formelle de la responsabilité civile : au sein de la notion de faute civile, le rôle de l'imputabilité à l'auteur est en déclin, contrairement à « l'infraction pénale qui demeure essentiellement subjective »⁴¹¹. Cet élément subjectif de l'imputabilité, « que certains qualifient de “moral”, d'autres de “psychologique” », suppose que pour être fautif, un acte « devrait être “imputable” à son auteur au sens où celui-ci devrait avoir agi en pleine conscience et avec la capacité de comprendre ce qu'il faisait »⁴¹². Sous l'influence de la conception objective de la responsabilité civile, « il semble [...] aujourd'hui que l'imputabilité morale n'est plus exigée pour l'imputation d'une faute civile »⁴¹³. De surcroît, dans la mesure où « la faute même la plus légère engage la responsabilité de son auteur », il y a peu d'intérêt à s'intéresser au rôle de l'intention de l'auteur dans l'étude du fait générateur de la responsabilité civile⁴¹⁴. De l'autre côté, l'intention de nuire « et la faute pénale présentent des similitudes techniques qui invitent à rapprocher les deux notions »⁴¹⁵. En effet, la faute pénale relève de l'élément moral d'une infraction qui se réfère à l'intention de l'auteur⁴¹⁶. Ainsi, l'intention de nuire et la

⁴¹¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 47, p. 53.

⁴¹² Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., 444, p. 446.

⁴¹³ *Ibid.*, 444, p. 447-448.

⁴¹⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., 315, p. 210-211 ; en revanche, par exception, une faute intentionnelle aggravera la responsabilité dans des cas particuliers.

⁴¹⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 47, p. 53.

⁴¹⁶ Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e éd., 2017, 311, p. 338 : « La faute pénale ou élément moral de l'infraction *stricto sensu* est, par définition même, un facteur psychologique donc beaucoup plus difficile à définir que l'élément matériel » ; Jacques Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, 5^e éd., 2014, 384, p. 191 : « En fait, toutes incriminations se ramènent à ces deux attitudes : soit avoir l'intention de commettre le fait, la faute est alors intentionnelle ; soit commettre une faute non intentionnelle » ; Xavier Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 9^e éd., 2018, 186, p. 189 : « Dans notre système pénal actuel, un acte matériel non soutenu par une volonté coupable n'est pas pénalement répréhensible. Tel est l'aspect moral du droit pénal : il n'intervient pas seulement pour protéger des valeurs, mais également pour sanctionner des fautes, lesquelles reposent toujours sur la volonté. Il est donc nécessaire dès l'opération de qualification de mettre en évidence cette faute ou “élément moral” de l'infraction » ; Bernard Bouloc, Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 2016, 159, p. 119 :

faute pénale désignent toutes deux « avant tout un état psychologique »⁴¹⁷. En pratique, « les faits retenus à l'encontre du créancier exerçant malicieusement ses droits évoquent des incriminations pénales, quand elles n'en constituent pas »⁴¹⁸. Par conséquent, l'intention de nuire est différente des autres hypothèses de l'abus qui, elles, sont sanctionnées non pas en raison de l'état psychologique de leur auteur, mais en raison de ses agissements.

Ensuite, l'éloignement de l'intention de nuire de la faute civile se manifeste au niveau de la fonction de la responsabilité engagée. En effet, l'enjeu du droit pénal est de protéger l'intérêt de la société⁴¹⁹, tandis que le droit civil a pour objectif de protéger un intérêt privé. Au-delà du fait que le droit civil et le droit pénal n'ont pas le même intérêt à protéger, ils ne remplissent pas non plus la même fonction. Plus précisément, il est traditionnellement affirmé que « la responsabilité civile répare, la responsabilité pénale punit »⁴²⁰ : « la réparation et la punition sont deux fonctions distinctes de l'ordre juridique, correspondant à deux actions dont l'exercice est dévolu à deux personnes différentes »⁴²¹. Cette distinction, parfois considérée comme quelque peu caricaturale, n'en reflète pas

« l'élément moral est l'essence de l'acte infractionnel, l'élément matériel n'étant que la simple manifestation extérieure. L'élément moral est nécessaire pour que l'agissement délictueux puisse être imputé à son auteur. C'est qu'en effet, il faut que ce dernier ait commis une "faute", c'est la condition indispensable de sa responsabilité pénale ».

⁴¹⁷ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 47, p. 53.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 52 : « La jurisprudence stigmatise ainsi la brutalité de la rupture des relations contractuelles, ou les injures dont l'exercice du droit s'est doublé. De même, le caractère vexatoire de l'attitude de l'agent vise à attenter à la dignité de la personne, ce qui constitue une préoccupation pénale. Par ailleurs, le discrédit qu'il a voulu jeter sur la victime se concrétise fréquemment par des actes que le langage commun qualifiera de diffamatoires ».

⁴¹⁹ Charlotte Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, 2016, 43 et s., p. 46 et s. ; spéc. 13, p. 24 : « La responsabilité civile est l'enjeu de contentieux interindividuels, l'auteur d'un fait dommageable étant tenu de s'acquitter de l'atteinte portée aux droits de tiers lésés. À l'inverse, la responsabilité pénale ne se résume pas à un dialogue entre deux personnes privées. Elle tend à réparer non une atteinte individuelle mais une atteinte sociale de sorte qu'elle ne se place plus dans le cadre d'un rapport horizontal mais vertical de règlement des litiges ».

⁴²⁰ *Ibid.*, 10, p. 19 : « si cette formule est trop réductrice pour cerner les enjeux de chacune des deux responsabilités et tracer une ligne de démarcation entre elles, elle résume néanmoins l'essence de chacune ».

⁴²¹ Ch. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., 523, p. 547 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., 315, p. 210-211 : « l'objet de la responsabilité civile est bien en effet d'assurer la réparation des dommages et non de sanctionner des comportements, et il n'est en rien dans l'esprit de l'institution de faire dépendre le montant des dommages et intérêts de la gravité de la faute ».

moins une partie importante de la réalité. En ce qui concerne la responsabilité civile, « la cause de la réparation réside dans le mouvement de valeur consécutif au fait défectueux », tandis qu'en droit pénal, « la cause de la punition est la culpabilité du délinquant, produisant le résultat pénal »⁴²². Lorsqu'un comportement est sanctionné au seul titre de l'intention de nuire de son auteur, il semble que l'objet de cette sanction dépasse la protection de la partie lésée et relève de l'intérêt général : chasser le mal. Telle est l'opinion de M. Stoffel-Munck quant à la nature de l'intention de nuire : « le droit pénal protège l'ordre social. Il réprime l'hostilité marquée à l'encontre des valeurs sociales et morales fondamentales. Or la malice heurte plusieurs de ces valeurs. Acte de violence privée, il rompt le lien social entre deux membres de la cité. Par son caractère belliqueux, la méchanceté est l'antithèse de l'esprit de sociabilité indispensable à la vie civile. En outre, elle appelle une réponse sur le mode de la vengeance privée. Elle blesse l'orgueil ou, plus simplement, la dignité de la victime, et utilise d'ailleurs fréquemment le ridicule, la vexation ou le dénigrement comme moyen d'expression »⁴²³. Par conséquent, la fonction de la responsabilité engagée sur le fondement de l'intention de nuire de l'auteur se rapproche de celle de la responsabilité pénale.

Enfin, la différence entre l'intention de nuire et la faute civile se manifeste au niveau de la détermination du préjudice réparable. En retenant l'intention de nuire comme le fait dommageable malgré son inadéquation, l'évaluation du préjudice réparable est devenue problématique. En effet, le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage permet de déterminer l'existence de l'obligation de réparation, et le lien de causalité entre le dommage et le préjudice (dommage réparable) permet de déterminer sa mesure⁴²⁴. Ainsi, avant d'envisager l'évaluation du préjudice réparable, il faut d'abord démontrer l'existence d'un dommage causé par l'intention de nuire. Cependant, quel est le dommage susceptible d'être causé par une intention de nuire ? Appliquée à la rupture abusive de la relation contractuelle, l'évaluation de ce dommage revient à comparer la situation d'une rupture motivée par une intention de nuire à celle d'une rupture motivée par une cause « normale ». *A priori*, il n'y a pas de différence au niveau des dommages

⁴²² Ch. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., 523, p. 547.

⁴²³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., 48, p. 54.

⁴²⁴ Ch. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., 359, p. 348.

produits dans les deux cas : que la rupture soit motivée par une intention de nuire ou non, les conséquences économiques pour le cocontractant sont les mêmes. Par conséquent, il n'y a pas de dommages « causés » à proprement parler par l'intention de nuire. Dès lors, en raison du défaut de dommage causé par l'intention de nuire, il n'est pas non plus possible d'envisager d'obligation de réparation à ce titre. Ainsi, lorsqu'un préjudice réparable est néanmoins retenu par le juge au titre de l'intention de nuire, il ne peut que s'agir du préjudice causé par un fait autre que la simple intention de nuire. Par exemple, lorsque le préjudice réparable est celui entraîné par la rupture même du contrat, malgré la reconnaissance de l'intention de nuire, le fait générateur retenu (par erreur) est en effet l'acte de mettre fin au contrat. Finalement, l'évaluation du préjudice réparable dépend du fait générateur réellement retenu par le juge en lieu et place de l'intention de nuire. Cette part d'incertitude dans l'évaluation de la créance de réparation d'une intention de nuire, qui reflète son caractère hybride (fondée sur une faute d'esprit pénal mais soumise à la responsabilité civile), plaide également pour un traitement séparé des autres hypothèses de l'abus.

En outre, une autre question peut être abordée en complément de l'étude de l'intention de nuire : la question du motif de la rupture. En effet, examiner l'existence d'une intention de nuire émanant de l'auteur de la rupture revient à vérifier le contenu du motif de cette rupture. Néanmoins, il ne faut pas confondre le motif avec la motivation. Tandis que le motif « est inhérent à tout acte volontaire »⁴²⁵, « le passage de l'existence du motif à son extériorisation caractérise la motivation »⁴²⁶. Ainsi, la motivation de la rupture est l'acte de manifester le motif de la rupture, tel que la communication du motif de la rupture au partenaire. En principe, le contrôle de la rupture abusive n'inclut pas de contrôler le motif de la rupture, ni sa motivation : la jurisprudence n'exige pas de juste motif pour la rupture d'une relation contractuelle de distribution⁴²⁷. Ensuite, en ce qui concerne la motivation, elle n'est pas non plus exigée pour échapper au contrôle de l'abus. Ainsi, l'absence de motivation ou bien un retard dans la communication du motif de la

⁴²⁵ Jamal Rbii, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse, Toulouse 1, 2009, 3, p. 2-3.

⁴²⁶ *Ibid.*, 4, p. 3.

⁴²⁷ Cass. com., 4 juin 1980, n° 78-14745, Société Vigouroux c/ Société Volkswagen.

rupture⁴²⁸ ne peut pas constituer un abus. Par exemple, une décision de la Cour de cassation de 1994 relève que la société concédant « pouvait résilier le contrat sans donner de motifs, mais à condition que cette résiliation n'ait pas un caractère abusif »⁴²⁹. Tout en refusant un contrôle du motif de la rupture, le juge retient le caractère abusif de celle-ci. Éventuellement, la communication d'un motif de rupture fallacieux a pu parfois être retenue comme un indice de l'intention de nuire de l'auteur de la rupture⁴³⁰. Néanmoins, le caractère fallacieux du motif ne revêt pas un caractère sanctionnable : il s'agit d'un élément de fait, retenu comme l'indice d'une éventuelle intention de nuire de son auteur. Tout cela nous ramène encore à l'intention de nuire. Finalement, la position jurisprudentielle sur le contrôle du motif de la rupture ne s'oppose-t-elle pas à l'insertion de l'intention de nuire dans l'abus ? Tout en excluant le motif de la rupture du domaine de l'abus, la jurisprudence admet pourtant qu'un type particulier de motif – l'intention de nuire – puisse constituer un abus. Il s'agit d'une incohérence constituée par l'inclusion de l'intention de nuire dans la rupture abusive.

En résumé, l'intention de nuire s'éloigne de la faute civile, tant au niveau de la notion qu'au niveau de son régime. Aussi doit-elle être mise à l'écart dans la recherche d'une cohérence au sein de la notion de rupture abusive. Une fois l'intention de nuire

⁴²⁸ Cass. com., 3 juillet 2001, n° 99-11390, Sté Castrol c/ Ohayon : RJDA 01/02, n° 35, p. 23 : « pour déclarer déloyale et abusive la résiliation du contrat par la société Castrol, l'arrêt retient que la lettre de résiliation ne fait état d'aucun grief et que c'est tardivement que cette société a tenté de justifier sa décision ; qu'il ajoute que l'échange des télécopies permet de constater que la société Castrol " a choisi cette solution déloyale parce qu'il lui est apparu à tort que l'absence d'utilisation des termes d'exclusivité, exclusif ou exclusivement lui permettait de nier une exclusivité qui avait été réellement convenue, dont la preuve est libre et qui a été effective" ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, *s'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée qui avait été dénoncé avant l'expiration du délai contractuellement prévu le concédant n'avait pas à motiver sa décision d'y mettre fin*, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'abus de droit qu'elle a retenu, a violé [l'article 1134 du Code civil] ».

⁴²⁹ Cass. com., 5 avril 1994, n° 92-17278, Société Gauthier c/ Société Vag France : Bull. civ. IV, n° 149, p. 118 ; Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-14158, Société Volvo c/ Société Maine auto : Bull. civ. IV, n° 252, p. 220 : « le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation ».

⁴³⁰ Par exemple, un arrêt en particulier évoque cette hypothèse, mais il est sujet à interprétation : Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-19260, Société Garages des Eyssagnières c/ Société Volvo : « Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que la société Volvo n'a fait état dans sa lettre de résiliation du contrat de concession d'aucun motif fallacieux et que les motifs invoqués ultérieurement résidaient dans le contexte économique qui la conduisait à réexaminer sa politique de distribution en France, la cour d'appel a justifié légalement sa décision selon laquelle le concessionnaire ne rapportait pas la preuve que la résiliation avait été en fait prononcée pour des raisons constitutives d'un abus de droit », Contrats, conc. consom. 2001, comm. 100, note L. Leveneur.

exclue de la rupture abusive, le manquement au devoir de bonne foi sera un fondement suffisant pour justifier la sanction de l'abus de droit. Reste à préciser le contenu du devoir de bonne foi.

§ IV. Le contenu du devoir de bonne foi

Confrontée à la notion floue de bonne foi qui puise sa source dans la morale, la doctrine s'est efforcée de déterminer son contenu, souvent en la synthétisant en plusieurs catégories. Parfois cette démarche est effectuée en fonction de la période du contrat – la négociation, la formation et l'exécution –, tout en reconnaissant « un certain artifice » dans cette opération⁴³¹. Par exemple, au sein de la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat, un auteur distingue le devoir de loyauté et le devoir de coopération, chacun avec ses propres manifestations telles que le devoir de vigilance, le devoir de transparence, l'interdiction de se contredire, etc.⁴³²

Pour M. Stoffel-Munck, l'abus par manquement à la bonne foi « procède le plus souvent d'un manquement, de manière alternative ou cumulative, à quatre types de vertus »⁴³³ : la franchise, la cohérence, *la tempérance*⁴³⁴ et le souci des intérêts de son partenaire. En ce qui concerne l'appréciation de l'abus par manquement à la bonne foi, contrairement à l'intention de nuire, il n'est pas besoin de vérifier le motif de l'auteur, seules étant examinées les manifestations extérieures⁴³⁵ : « elle s'apprécie [...] par comparaison avec ce qu'un homme rationnel et loyal aurait fait »⁴³⁶. Ensuite, concernant le critère d'appréciation de l'abus par manquement à la bonne foi, M. Stoffel-Munck

⁴³¹ Philippe Le Tourneau, Matthieu Poumarède, « Bonne foi », Répertoire de droit civil, Dalloz, 86.

⁴³² *Ibid.* D'après ces auteurs, d'une part, le devoir de loyauté se manifeste par un devoir de persévérance, un devoir de vigilance, un devoir de transparence et un devoir de fidélité ; d'autre part, le devoir de coopération se manifeste par l'obligation contractuelle d'information, l'obligation de faciliter l'exécution du contrat, l'exigence de proportionnalité, l'obligation de faire prévaloir l'esprit du contrat sur sa lettre, et l'interdiction de se contredire au détriment de son cocontractant.

⁴³³ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, 91, p. 88.

⁴³⁴ *Ibid.* : la tempérance est relativisée par l'auteur (104-108).

⁴³⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit.*, 218, p. 196 : « Si se comporter de bonne foi, au sens de l'article 1134 al. 2, consiste à se conformer extérieurement à certaines vertus d'inspiration morale, il n'est pas besoin de scruter les motifs de l'agent pour en juger ».

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 196.

exclut l'approche économique et le critère de la proportionnalité qui consiste à comparer le gain gagné au préjudice causé⁴³⁷. En revanche, il estime que l'approche morale et le critère de la confiance trompée paraissent mieux adaptés⁴³⁸.

Plus précisément, le degré d'exigence pour qualifier l'abus par manquement à la bonne foi est déterminé par le degré de confiance entre les parties. Le degré de confiance entre les parties doit, à son tour, être déterminé en « fonction du degré d'antagonisme opposant les parties, ce qui pourrait donner un critère pour apprécier au cas par cas le poids des exigences de la bonne foi »⁴³⁹. Différents facteurs peuvent être utilisés pour mesurer le degré d'antagonisme entre les parties. Il s'agit, d'une part, des « circonstances objectives mesurant l'altérité » – qui incluent l'ancienneté de la relation d'affaires, l'existence d'un intérêt commun et la dépendance entre les parties – et, d'autre part, des « circonstances subjectives mesurant l'altérité ». Lorsque la sévérité d'un des cocontractants est attendue (soit la victime l'a méritée, soit elle est annoncée par l'attitude de la personne), il est plus dur d'établir une confiance susceptible d'être trompée par le comportement de l'autre. Corrélativement, lorsqu'il existe une relation d'amitié entre les parties, la confiance entre elles sera plus légitime.

En résumé, puisque le contrôle de l'abus est fondé sur un manquement de l'auteur du droit subjectif à une obligation morale de bonne foi, l'ensemble des éléments dégagés par la doctrine sur le contenu de la bonne foi peut servir de guide pour apprécier l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 199 et s.

⁴³⁸ *Ibid.* p. 205 et s.

⁴³⁹ *Ibid.* p. 205.

Conclusion du Chapitre I

L'abus de droit suppose à la fois l'existence de l'abus et l'existence d'un droit subjectif.

D'une part, en ce qui concerne l'abus, il s'agit d'un manquement au devoir moral par l'auteur du droit subjectif. D'où le caractère illicite de l'abus. Cette illicéité, constituée par la violation d'une norme existante, permet de justifier la sanction de l'abus en tant que faute civile. Plus précisément, ce manquement au devoir moral ne peut pas inclure la notion d'intention de nuire, qui se distingue de la faute civile tant au niveau de la notion que du régime. Par ailleurs, l'assimilation entre l'abus et le manquement au devoir de bonne foi est admise par une majorité de la doctrine. Ainsi, la sanction de l'abus de droit est fondée sur un manquement par son auteur au devoir de bonne foi. Bien entendu, ce fondement est applicable à la sanction de l'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution, car ce dernier n'est qu'une manifestation particulière de l'abus de droit.

D'autre part, en ce qui concerne le droit subjectif, son exercice est indispensable pour la qualification de l'abus. Tantôt le droit subjectif est considéré comme l'objet de l'abus, tantôt il est présenté comme un simple support de l'abus. Avant de se prononcer sur la nature précise du lien entre le droit subjectif et l'abus, il convient tout d'abord d'exclure du champ de notre étude les hypothèses sans aucun lien avec le droit subjectif. Plus précisément, dans le cadre de la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, il s'agit d'exclure les comportements sans aucun lien avec l'exercice du droit de mettre fin à cette relation. Ainsi, les fautes contractuelles et les ruptures fautives doivent à ce titre être écartées de la notion de rupture abusive. Reste à examiner la particularité de l'exercice abusif du droit de mettre fin à la relation contractuelle de la distribution : elle se manifeste au niveau de son critère de qualification.

Chapitre II. Le critère du contrôle de l'abus : le manquement à l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle

Initialement adoptée par la jurisprudence, la notion de rupture abusive semble être une boîte à outils permettant de sanctionner tout type de déviance dans le comportement de l'auteur de la rupture. Cet usage extensif de la rupture abusive est une réalité. Cependant, la recherche du fondement de la rupture abusive nous a permis d'exclure plusieurs hypothèses indument incluses dans cette notion.

Une fois les « fausses ruptures abusives » exclues, on s'aperçoit que le vrai contenu de la rupture abusive présente un caractère homogène. Ce caractère homogène permet de déterminer le contenu du devoir de bonne foi dont le manquement caractérise la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution.

Par exemple, l'obligation de préavis est une manifestation particulière de ce devoir de bonne foi, et la rupture brutale est un type de rupture abusive. Néanmoins, au fur et à mesure, la rupture brutale s'émancipe du domaine de la rupture abusive, car l'obligation de préavis devient une obligation légale et prend son autonomie au niveau de son régime.

Ainsi, il convient de préciser le critère de l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle **(I)** avant de traiter le cas particulier de l'obligation de préavis **(II)**.

Section I. L'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle de distribution

Notre objectif est ici de vérifier l'existence ou non d'une particularité de l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution. Ainsi que cela a été démontré précédemment, la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution est constituée par un manquement au devoir de bonne foi lié à l'exercice du droit de mettre fin à cette relation contractuelle de distribution. Par conséquent, vérifier sa particularité revient à examiner le contenu de ce devoir moral et du lien précis existant entre l'abus et le droit subjectif. Or, l'examen des hypothèses sanctionnées par la rupture abusive devrait aboutir au constat qu'elles présentent une homogénéité suffisante (§I), ce qui permettra de déterminer le lien spécifique entre l'abus et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution (§II) et le contenu de l'obligation morale dont la violation constitue la rupture abusive (§III).

§ I. Un contrôle du moment de l'intervention du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

Différentes hypothèses peuvent être fournies à titre d'illustration de la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, souvent présentées sous la forme d'une liste plus ou moins détaillée selon les auteurs qui traitent de cette question⁴⁴⁰. Il convient d'examiner le contenu de ces hypothèses.

⁴⁴⁰ Par exemple, Frédéric Buy, Marie Lamoureux, Jean-Christophe Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 91, p. 85-86 : « Tous abus dans la rupture peut être par ailleurs sanctionné, comme le fait d'avoir entretenu chez l'autre l'illusion que la relation serait poursuivie, surtout quand cette illusion a été créée dans le but de l'inciter à procéder à des investissements. L'abus réside aussi parfois dans le fait de ne pas avoir laissé à la relation le temps de s'installer, ce qui revient à lui assigner une durée minimale » ; Philippe Le Tourneau, *Les contrats de concession*, *op. cit.*, 300, p. 149 : « L'abus de droit est manifeste lorsque le concédant a commis une faute intentionnelle, caractérisée par des "manœuvres", un comportement "malveillant et désinvolte", ou en "bernant" le concessionnaire. Mais l'abus de droit n'implique pas une faute intentionnelle : il peut se rencontrer en présence d'une simple faute d'imprudence, par exemple afin de sanctionner un distributeur ayant permis des importations parallèles. L'abus le plus fréquent consiste à avoir donné l'apparence que le contrat était renouvelé (ou serait renouvelé) ou à avoir laissé croire au concessionnaire que son contrat sera renouvelé, ou à ne pas lui avoir indiqué que son contrat serait substantiellement modifié. Serait encore abusif le fait de n'avoir avisé le distributeur du non-renouvellement que quelques jours avant le terme du contrat, surtout lorsqu'il avait déjà été renouvelé à plusieurs reprises à la satisfaction générale » ; François-Luc Simon, *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, Joly Edition, Lextenso éd., 2009, 480, p. 325-326 : « À l'instar du droit commun, le non-renouvellement du contrat de franchise à durée déterminée constitue un abus de droit lorsque l'un des

D'abord, il est possible de donner comme exemple la rupture brutale. Il est vrai que depuis l'intervention du législateur en matière d'exigence d'un préavis pour la fin d'un contrat à durée indéterminée ou d'une relation commerciale établie⁴⁴¹, la qualification de ces hypothèses en rupture abusive devient délicate. En effet, la sanction de la rupture brutale existait bien avant l'intervention du législateur, cela *via* la notion d'abus. Cependant, une fois la loi intervenue, l'obligation d'origine morale de préavis devient une obligation légale de préavis. Ainsi, le manquement à cette obligation légale n'entre plus dans le champ de l'abus, mais constitue une faute civile classique. Néanmoins, dans la recherche de la particularité de la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, il est toujours possible d'évoquer la rupture brutale, au moins pour son traitement avant l'intervention du législateur ou en dehors du champ d'intervention de la loi. Dans l'hypothèse de la rupture brutale, le caractère illicite du comportement de l'auteur se trouve dans le fait que la rupture est intervenue sans laisser un préavis suffisant à la partie destinataire de cette décision.

Ensuite, peut être donné l'exemple de la rupture précédée d'une incitation du partenaire à investir. Dans cette hypothèse, le caractère illicite du comportement de l'auteur réside dans la contrariété entre l'incitation de son partenaire à faire des investissements et sa décision postérieure de rompre leur relation contractuelle dans un court délai. L'incitation aux investissements est une démarche qui implique logiquement

contractants a commis une faute intentionnelle. Peut encore être abusif le fait pour le franchiseur : d'avoir laissé croire au franchisé que son contrat serait renouvelé ; de ne pas lui avoir signalé que son contrat serait substantiellement modifié ; d'avoir fait réaliser au franchisé des investissements importants en vue d'un renouvellement ultérieurement refusé ; ou encore, de n'avoir pas avisé le franchisé du non-renouvellement de son contrat dans un délai de préavis insuffisant » ; égal. 500, p. 335 : « Est susceptible notamment de constituer une rupture abusive la résiliation sans préavis ou la rupture intervenue brutalement alors que la partie victime était en droit de croire que les relations commerciales seraient durables. Le délai de préavis devant être respecté en cas de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée peut être défini contractuellement. L'abus s'apprécie donc de manière stricte et l'intérêt commun des parties ne peut être invoqué ».

⁴⁴¹ L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels [...] » ; L'article 1211 du Code civil : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

une pensée de pérennité de la relation. Ainsi, un auteur la qualifie même d'« aliénation tacite » de la liberté de rompre : « certains contrats formellement dénués de terme et, par là, à durée indéterminée, peuvent cependant avoir été prévus pour une durée minimale. Ainsi en va-t-il – me semble-t-il – quand, par exemple, le concédant a exigé certains investissements lourds de la part du concessionnaire. En formulant une telle exigence, le concédant n'a-t-il pas garanti au concessionnaire une durée minimale d'exploitation, qui lui permettra d'amortir les investissements, sauf faute grave ou évènement irrésistible ? »⁴⁴². De même, un certain courant jurisprudentiel semble adopter ce raisonnement. Par exemple, dans une décision de 2007, la société concédante qui « a imposé [à la société concessionnaire] la réalisation d'investissements conséquents et spécifiques en vertu "du plan d'action" signé le 26 novembre 1997, à laquelle elle a subordonné la conclusion d'un nouveau contrat de concession qui n'est intervenue qu'un an et demi plus tard, le 28 avril 1999, a abusé de son droit de le résilier, le 8 janvier 2001, neuf mois après l'inauguration de la nouvelle construction alors que le concessionnaire dont le comportement n'était pas de nature à fonder une résiliation à court terme, avait tout lieu de croire à une certaine pérennité d'une convention qui venait d'être réitérée »⁴⁴³. En rompant le contrat avant l'amortissement possible des investissements incités, l'auteur de la rupture s'est comporté de manière contradictoire, d'où résulte le caractère blâmable de son comportement. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard de la rupture précédée d'autres comportements créant un faux espoir chez le cocontractant dans la pérennité de la relation.

A contrario, la question de la non-reprise du stock n'entre pas dans le champ de la notion de la rupture abusive. En d'autres termes, une rupture sans reprise du stock ne permet pas de caractériser une rupture abusive de la relation contractuelle de

⁴⁴² Philippe Stoffel-Munck, *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, *op. cit.*, 16, p. 188

⁴⁴³ CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 14 juin 2007, n° 06/4347, SAS Daimler Chrysler France c/ SA Sofiba : RJDA 2008/n° 1, n° 28 ; Cass. com., 20 janvier 1998, n° 96-18353, Sté SCAO c/ Sté Automobiles Citroën : RJDA 5/98, n° 582, p. 406 : la cour d'appel retient que compte tenu des lourds investissements exigés par le concédant, « le concessionnaire bénéficie d'une période relativement longue d'exploitation pour assurer la pérennité de son entreprise ». Cependant, elle affirme que le concédant « ne commettait aucun abus de droit » car le concessionnaire « connaissait, au moment de la conclusion du contrat [...] la précarité des liens contractuels ». Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation.

distribution⁴⁴⁴. Dans le passé, la doctrine a essayé de fonder une obligation de reprise du stock sur l'idée de garantie du fait personnel du vendeur, lorsqu'il s'agit d'un contrat de distribution par la revente et que le vendeur est en même temps l'auteur de la rupture⁴⁴⁵. Néanmoins, cette proposition a été réfutée par la jurisprudence⁴⁴⁶. Ainsi, la solution semble claire : la non-reprise du stock ne constitue pas un abus dans la rupture. Toutefois, cela ne signifie pas qu'elle ne joue aucun rôle dans la responsabilité de l'auteur d'une rupture abusive. En vérité, si la non-reprise du stock ne constitue pas un élément de l'abus dans la rupture, le stock non écoulé à la fin du contrat peut cependant être pris en compte

⁴⁴⁴ Frédéric Buy, Marie Lamoureux, Jean-Christophe Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 93, p. 87 : « Le fournisseur n'est pas tenu de reprendre les stocks dont le distributeur est propriétaire à l'issue du contrat. Le risque d'inventu pèse donc sur le distributeur, d'autant que ce dernier est, dès cet instant, dépossédé de son droit de revendre » ; François-Xavier Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010, 103.59, p. 477 : « Pendant la durée du contrat de distribution, le distributeur a nécessairement constitué des stocks de produits et de pièces détachées, souvent même en exécution d'une stipulation contractuelle. Lorsque le fournisseur résilie le contrat ou refuse de le renouveler, le distributeur se trouve propriétaire d'un stock qu'il n'a plus la possibilité de revendre aisément, puisque la fin du contrat le prive de l'enseigne du fournisseur sous laquelle il commercialisait les produits. Il arrive même que le contrat lui interdise de procéder à toute vente des produits de la marque au terme de celui-ci. Les distributeurs ont tenté de faire valoir en justice une obligation du fournisseur de reprendre les stocks, mais la jurisprudence a, là encore, refusé de faire droit à cette prétention en se fondant sur la logique commune, et en l'occurrence le droit de propriété du distributeur. Telle est donc la solution en l'absence de précision contractuelle ».

⁴⁴⁵ Michel Cabrillac, « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », D. 1964, Chron., p. 184 : « En définitive, il est permis d'estimer que, grâce à l'idée de garantie du fait personnel, il serait possible de déterminer le sort des stocks d'une façon nuancée, qui tienne compte de la diversité des situations que fait naître la pratique ; et que les réponses qu'elle offre se dégagent sans effort et paraissent équitables ».

⁴⁴⁶ Cass. com., 16 février 1970, n° 67-11849, Sté Peter et Fils c/ Sté International Harvester France : D. 1970, Jurisprudence, p. 392 : pour dégager une obligation de reprise du stock après la rupture de la relation contractuelle, l'ancien concessionnaire a formulé un pourvoi de manière suivante : les juges ne pouvaient admettre que « le concédant qui, dans le cadre desdites conventions [concession], avait vendu ferme au concessionnaire un stock important de matériel, en vue de sa revente par ce dernier, ait pu, par son fait, et au mépris de la garantie due par tout vendeur, mettre le concessionnaire dans l'impossibilité de réaliser l'objet même de la vente litigieuse ». En réponse, la Cour de cassation réfute cet argument : « il importe de rappeler que, selon la convention des parties, leurs engagements réciproques prenaient fin chaque année, qu'il en résultait une précarité certaine dans la situation de la Société Peter, acceptée par celle-ci en raison des divers avantages qu'elle recevait en compensation et en pleine connaissance du risque résultant de cette précarité » ; Cass. com., 29 avril 1969, SA Hoover c/ SARL Fouquart et cie : D. 1970, Jurisprudence, p. 628 : la cour d'appel a retenu l'argument de la garantie personnelle du vendeur afin de créer une obligation de reprise du stock : « l'arrêt infirmatif déféré a fait droit à cette demande aux motifs notamment que la Société Hoover était tenue à l'obligation de garantie qui résulte de plein droit de toute vente », décision censurée par la Cour de cassation.

dans l'évaluation du préjudice réparable lors d'une rupture brutale de la relation contractuelle de distribution⁴⁴⁷.

Ainsi dans une décision de 2000, un concédant fut condamné à reprendre le stock restant. Estimant que la « cause directe du stock restant » réside dans « les sujétions imposées par le concédant » au concessionnaire de garder un niveau de stock élevé, il contesta la décision de la cour d'appel qui n'avait pas caractérisé « en quoi les sujétions imposées par le concédant pourraient constituer des fautes ». Face à cette contestation, la Cour de cassation a répondu qu'après « avoir retenu que le caractère tardif de la notification de non-renouvellement constituait une faute de la société Roset [concedant] dans le contexte exposé, l'arrêt constate que le contrat de concession imposait au concessionnaire un niveau de stock élevé, que l'absence de préavis a conduit la société Rehitim [concessionnaire] à s'approvisionner jusqu'au terme du contrat et que la présence à proximité immédiate du nouveau concessionnaire Ligne Roset a freiné l'écoulement du stock ». Ainsi, rejetant les arguments du concédant, la Cour a retenu la rupture brutale comme cause du stock restant. L'obligation faite au concessionnaire d'avoir un stock élevé n'est sollicitée qu'en tant qu'élément permettant d'établir le lien de causalité entre la rupture brutale et le préjudice du stock restant du concessionnaire. Le stock restant a donc constitué ici un préjudice causé par la rupture brutale⁴⁴⁸.

Cependant, dans une décision de 1992, le stock restant a semblé jouer un rôle aux yeux du juge pour apprécier le caractère brutal de la rupture. En l'espèce, la cour d'appel ayant refusé d'accorder une reprise du stock au distributeur, sa décision fut censurée par la Cour de cassation selon l'attendu suivant : « en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Saint-Hubertus [le distributeur ayant subi la rupture] faisant valoir que la rupture avait été brutale compte tenu de ce qu'elle avait constitué un stock destiné à faire face aux commandes de la société Bridel [l'auteur de la

⁴⁴⁷ Dans ce sens, V. Philippe Le Tourneau, *Les contrats de concession, op. cit.*, 194, p. 93 : « Alors que la Cour de cassation a rejeté la suggestion doctrinale d'appliquer la garantie du fait personnel du concédant, quelques arrêts se sont habilement fondés plus ou moins explicitement sur la responsabilité civile pour régler le sort des stocks en fin de contrat ».

⁴⁴⁸ Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10553, Sté Roset c/ Sté Rehitim : « ayant ainsi déterminé le préjudice complémentaire né de la faute commise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de le réparer par la reprise par le concédant du stock restant ».

rupture], la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences [de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile] »⁴⁴⁹. Néanmoins, « on ne saurait faire trop dire à une cassation pour défaut de réponse à conclusions »⁴⁵⁰. Ainsi, en règle générale, la question de la reprise du stock reste étrangère à la caractérisation de la rupture abusive.

De même, l'absence d'assistance de son partenaire vers une reconversion n'est pas non plus un élément permettant de caractériser la rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution. En principe, l'auteur de la rupture n'est en effet pas tenu d'une obligation d'assistance auprès de son partenaire pour sa reconversion⁴⁵¹. Dès lors, l'absence d'une telle assistance ne constitue pas une rupture abusive. Ce refus d'une obligation positive d'assistance est très clair. En effet, de manière générale, « la jurisprudence refuse d'aller plus loin et n'est guère sensible, dans son ensemble, à l'idée selon laquelle l'auteur de la rupture devrait, au nom d'une certaine solidarité envers son ex-partenaire, assumer certaines obligations complémentaires »⁴⁵². Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, l'auteur de la rupture n'est pas tenu d'une obligation de reprendre le stock restant de son partenaire, ni d'assister ce dernier vers une reconversion. Cependant, qu'en est-il lorsque l'obligation est négative ?

⁴⁴⁹ Cass. com., 7 janvier 1992, n° 90-13556, Sté Bridel c/ Sté Saint-Hubertus.

⁴⁵⁰ Jacques Mestres, « De l'abus du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle », RTD civ., 1992, p. 393, à propos de Cass. com., 7 janvier 1992, préc.

⁴⁵¹ Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14093 : Bulletin 2002, IV, n° 81, p. 87 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion, la cour d'appel a violé [les articles 1134 et 1147 du Code civil] » ; Cass. com., 7 avril 2004, n° 02-15287, Sté Fiat auto France c/ Sté Axautos Raspail Saint-Germain : « En statuant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance au concessionnaire en vue de sa reconversion, la cour d'appel a violé [les articles 1134 et 1147 du Code civil] », RJDA 8-9/04, n° 969, p. 884 ; Revue de jurisprudence commerciale, 2005, p. 197, commentaire Sylvie Lebreton-Derrien ; Cass. com., 23 janvier 2007, n° 05-17601, Sté Fiat Auto France c/ Sté Auto Normandie Louviers : « Attendu que la cour d'appel, qui a retenu que la société Auto Normandie Louviers reproche à la société Fiat auto France de l'avoir privée de la possibilité de négocier équitablement la valeur de son entreprise en résiliant le contrat de concession avant qu'elle n'ait trouvé un acquéreur, et lui a répondu, pour rejeter sa demande en paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui aurait causé la société Fiat auto France en désignant un nouveau concessionnaire avant de procéder à la résiliation des contrats de concession qui liaient les parties, la privant ainsi de la possibilité de céder son fonds de commerce, que le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance à son concessionnaire en vue de sa reconversion et qu'ainsi la concédante n'avait pas à retarder la notification de la résiliation litigieuse dans la seule attente de l'éventuelle cession de son fonds par la concessionnaire, a dénaturé les conclusions de la société Auto Normandie Louviers ».

⁴⁵² Frédéric Buy, Marie Lamoureux, Jean-Christophe Roda, *Droit de la distribution, op. cit.*, 91, p. 86.

Dans une décision de 2002, la cour d'appel avait retenu que le concédant est tenu « d'exécuter loyalement les engagements contractuels qui lui faisaient obligation de ne pas diminuer les chances de reconversion du concessionnaire dont elle entendait se séparer dans le cadre d'une politique personnelle de restructuration ». Par conséquent, lorsque le concédant a résilié le contrat de concession pendant que le concessionnaire négociait la reprise de son fonds de commerce avec un tiers, le premier savait qu'il « portait préjudice » au second qui était alors mis « en situation d'infériorité dans la négociation de son fonds de commerce avec un repreneur déjà assuré, du fait de cette résiliation, de disposer du territoire convoité ». Ainsi, la cour d'appel a estimé la rupture abusive. Cependant, la Cour de cassation a censuré cette décision et répondu que le respect par le concédant du préavis contractuel est « propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion »⁴⁵³. Néanmoins, quelques années plus tard, la jurisprudence a semblé adopter une position différente.

Dans une décision de 2008 dont les circonstances d'espèce sont très similaires à celles de 2002, la cour d'appel avait également retenu une position proche : « Qu'en précipitant la notification de sa décision de résilier, sans même invoquer un intérêt personnel impératif à préserver, le concédant n'ignorait pas la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire », en retirant à ce dernier « toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable de la cession envisagée du fonds de commerce de la concession automobiles ». En procédant ainsi, le concédant « était forcément conscient[e] de l'impact évident sur la valeur des éléments incorporels du fonds de commerce » de la société concessionnaire « qu'aurait le prononcé d'une résiliation immédiate des contrats de concession » ; par conséquent, malgré le respect du préavis contractuel, il « ne s'est pas pour autant correctement acquitté de son obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions »⁴⁵⁴. Mais cette fois-ci, la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel en reprenant ses termes⁴⁵⁵. Plus récemment encore, par un arrêt publié au *Bulletin*,

⁴⁵³ Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14093 : Bulletin 2002, IV, n° 81, p. 87.

⁴⁵⁴ CA Paris, 5^e ch. B, 2 octobre 2008, n° 07/7558, SARL Auto Normandie Louviers c/ SA Fiat France : RJDA 2009, 5, n° 420.

⁴⁵⁵ Cass. com., 15 septembre 2009, n° 08-20992, Sté Fiat France c/ Sté Auto Normandie Louviers : RJDA 2010, 1, n° 21.

la Haute juridiction a réitéré cette position : « Ayant relevé qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné, et retenu, par une appréciation souveraine des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il ôtait toute marge réelle de manœuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, *ni imposé au concédant une obligation d'assistance*, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, *mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires*, a, de ces seuls motifs, pu déduire [...] que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat [concédant] ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation »⁴⁵⁶. Ainsi, la solution semble se stabiliser : si l'auteur de la rupture n'est pas tenu d'une obligation positive d'assistance, cela ne signifie pas pour autant qu'il « puisse sciemment entraver la reconversion » de son partenaire⁴⁵⁷. Notamment, pendant la négociation de la reprise du fonds de commerce de son partenaire, il a tout intérêt à patienter avant de procéder à la rupture pour ne pas entraver la reconversion de ce dernier.

En résumé, trois hypothèses peuvent être relevées comme étant les plus fréquentes pour caractériser l'abus dans la rupture d'une relation contractuelle de distribution. Il s'agit de la rupture précédée des investissements incités par l'auteur de la rupture, de la rupture intervenue avec un préavis inexistant ou bien insuffisant, et de la rupture intervenue dans un moment délicat ayant pour effet d'entraver la reconversion de son partenaire. En définitive, ces trois hypothèses présentent un caractère commun au regard du contrôle de l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle : le moment de son intervention. En outre, ces trois hypothèses permettent de déterminer le lien entre l'abus et le droit subjectif de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

⁴⁵⁶ Cass. com., 8 octobre 2013, n° 12-22952, SEGR c/ Fiat : Bulletin 2013, IV, n° 148.

⁴⁵⁷ F. Buy, M. Lamoureux, J.-C. Roda, *Droit de la distribution, op. cit.*, 91, p. 86.

§ II. Le lien entre l'abus et le droit subjectif : une participation du droit subjectif à l'abus

Ainsi que cela a été démontré précédemment, il existe deux façons de présenter le lien entre l'abus et le droit subjectif. En effet, l'exercice du droit subjectif est souvent présenté soit comme un objet de l'abus soit comme le support de l'abus. D'abord, concernant la première hypothèse, cela revient à identifier l'exercice d'un droit subjectif comme le seul contenu de l'abus. Dans ce cas, cela aboutit à considérer l'exercice d'un droit comme une faute. Confondant dès lors la rupture brutale et la rupture fautive, cette approche doit être rejetée. Ensuite, concernant la seconde hypothèse, le rapport entre l'abus et le droit subjectif relève d'une « coïncidence » juridique. En outre, cette approche entraîne une autre conséquence importante : l'« abus de droit » perd sa raison d'être car il perd sa singularité. Il ne présente plus de particularité dans sa notion ni dans son régime par rapport à un abus hors l'exercice d'un droit. Ainsi, l'abus est constitué par la violation d'une obligation morale, peu importe que ce soit pendant l'exercice d'un droit ou non. Cette conclusion semble pertinente eu égard au sujet traité par l'auteur de cette proposition⁴⁵⁸, qui est « l'abus dans le contrat ». En retenant une notion large de l'abus comme étant la violation d'un devoir moral, il est en effet possible de donner une cohérence à l'ensemble de la matière traitée. D'ailleurs, les critères dégagés par l'auteur pour l'appréciation de l'abus seront vraisemblablement applicables à l'égard de l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution, qui n'est qu'une manifestation particulière de la notion d'abus.

Néanmoins, ayant choisi de traiter d'une application précise de l'abus, il convient, au-delà d'une simple application de la théorie de l'abus, de rechercher la particularité de cette application. Par conséquent, il convient d'abandonner l'approche large de la notion de l'abus. En résumé, les deux façons d'appréhender le lien entre l'abus et le droit subjectif ne sont pas satisfaisantes dans le cadre de cette étude. Il existe néanmoins une autre option : le droit subjectif peut constituer une composante nécessaire mais insuffisante de l'abus. Pour simplifier, dans les développements qui vont suivre, l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle pourra également être désigné

⁴⁵⁸ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit.

par l'expression « rupture », qui englobe à la fois la prise de décision de la rupture et la rupture effective à l'initiative de l'auteur.

D'abord, la rupture participe à la notion d'abus. Plus précisément, elle constitue l'un des faits qui placent l'auteur en tort au regard de la morale. En d'autres termes, la rupture participe à la caractérisation de l'illicéité de l'abus. Prenons l'exemple de l'obligation de préavis avant la rupture de la relation : l'exigence de préavis n'a de sens que lorsque la rupture devient ultérieurement effective. La rupture de la relation contractuelle est en effet une condition sous-jacente de l'exigence d'un préavis. En d'autres termes, en l'absence de rupture, il n'y a plus lieu d'exiger un quelconque préavis : la rupture est l'*objet* de l'obligation morale de préavis. Par conséquent, la rupture est nécessaire pour la caractérisation de l'abus, lequel est constitué par la violation de cette obligation morale. Cependant, la rupture n'est pas une condition suffisante pour caractériser l'abus : elle ne fait que participer à la qualification de la rupture abusive. Ainsi, l'abus ne peut pas être qualifié par la seule rupture ; il faut encore une absence de préavis ou un préavis insuffisant pour que la rupture soit répréhensible. Ainsi, la rupture est une condition nécessaire mais insuffisante pour qualifier la rupture d'abus. Seule la combinaison de la rupture avec un préavis insuffisant ou inexistant permet de constituer la rupture abusive d'une relation contractuelle.

De même pour la rupture précédée par une incitation aux investissements. Dans cette hypothèse, le caractère sanctionnable des comportements de l'auteur réside dans la combinaison de l'incitation de son partenaire à investir et de la rupture rapprochée. Enfin, dans l'hypothèse de la rupture effectuée dans un moment délicat ayant pour effet d'entraver la reconversion du partenaire, la rupture n'est pas non plus la seule composante de l'abus : la simple rupture n'est pas répréhensible en soi, mais la rupture en connaissance de la situation délicate du partenaire à ce moment donné rend les comportements de l'auteur répréhensible. Par conséquent, l'abus est constitué à la fois par la rupture et la connaissance de la situation délicate du partenaire.

Dans les trois hypothèses, la rupture – ou bien l'exercice du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution – constitue un élément nécessaire mais insuffisant de l'abus. Cette participation de la rupture à la qualification de l'abus est

confirmée à travers l'examen du lien de causalité entre la rupture abusive et le préjudice réparable : si la rupture n'est pas réellement intervenue, les préjudices réclamés au titre de la rupture abusive ne seront pas produits. Par exemple, si, après des investissements effectués par l'un des cocontractants, la rupture n'est pas intervenue, il n'y aura plus lieu d'envisager un quelconque préjudice à ce titre : ces investissements auront la chance d'être amortis dans les temps à venir. De même, en cas de rupture brutale, le préjudice réparable est constitué par la perte d'une chance pour le cocontractant victime de se reconvertir rapidement après la cessation du contrat⁴⁵⁹. Plus précisément, il s'agit de la perte d'une chance de pouvoir retrouver rapidement un courant d'affaires après la rupture du contrat. Il n'y a bien évidemment pas lieu d'envisager ce préjudice en l'absence de rupture du contrat : la rupture du contrat est l'évènement insuffisant mais nécessaire à la production d'un tel préjudice. Tout comme le raisonnement précédent concernant la notion de l'abus, deux éléments sont nécessaires pour fonder la cause du préjudice réparable : un préavis insuffisant, voire une absence de préavis, et la rupture. Ledit préjudice n'aura pas lieu de se produire en l'absence de l'un des deux éléments susvisés. Par exemple, si malgré l'absence de respect du préavis, l'auteur de la rupture a maintenu dans les faits une relation d'affaires avec le destinataire après avoir annoncé la fin de relation contractuelle, il n'y aura pas de perte de chance de se reconvertir résultant d'une rupture brutale. En résumé, en l'absence de rupture, la rupture abusive n'a plus de sens. Cette relation de « participation » permet également de comprendre certaines fausses contrariétés en la matière.

En effet, un auteur estime que l'abus de droit ne peut pas résulter de la violation d'une obligation morale ayant un contenu positif, car il s'agit de l'abus « d'un droit » : l'auteur de l'abus est le créancier de la victime de l'abus⁴⁶⁰. Cette contrariété

⁴⁵⁹ Cass. com., 20 novembre 2007, n° 06-17289 ; Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20468.

⁴⁶⁰ V. Pascal Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, 1998, n° 6, p. 35 : « Incontestablement la bonne foi a un rôle plus large – en matière contractuelle s'entend – que la théorie de l'abus de droit [...] la notion de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 semble pouvoir être mobilisée dans deux contextes, le recoupement avec l'abus n'apparaissant que dans l'un des deux. Dans un certain nombre de cas, un des contractants va essayer de faire sanctionner le comportement de l'autre en se prétendant créancier d'une obligation à laquelle son partenaire contractuel aurait manqué. Le devoir de bonne foi de l'article 1134 est ici, à côté de l'article 1135, un des fondements qui peut être utilisé, positivement, pour asseoir la création par le juge d'obligations à la charge d'un contractant : l'obligation d'information, l'obligation de conseil, l'obligation de coopérer, l'obligation de

entre exigence d'une obligation positive et théorie de l'abus de droit n'est qu'apparente. En effet, tout résulte de l'ambiguïté de l'expression d'abus « de » droit. Si l'on considère le droit subjectif comme étant l'unique objet de l'abus, l'abus sera incompatible avec la violation d'une obligation morale positive. Cependant, en sortant de ce lien d'objet impliqué par la syntaxe de l'expression, et en retenant un lien de participation du droit subjectif à l'abus, la contrariété entre l'abus et l'obligation morale positive cesse d'exister. Prenons l'exemple de l'obligation de préavis : celle-ci implique en réalité deux éléments, une obligation d'information et l'exercice du droit de rompre qui est l'objet de l'information. Dans ce cas, l'auteur de l'abus a une double identité : il est à la fois le créancier d'un droit subjectif et le débiteur d'un devoir moral. L'obligation morale peut tout à fait porter sur un contenu positif, et pourtant sa violation constitue un abus de droit. En résumé, la participation de la rupture à l'abus relève quasiment de l'évidence. Pourtant, ce constat est obscurci par l'accent mis sur la distinction entre le contenu de l'abus et le contenu du droit subjectif.

Prenons l'exemple de la rupture abusive constituée par le défaut de préavis. Si l'élément de la rupture se trouve effacé dans l'analyse de la rupture abusive, c'est parce qu'il est impliqué dans la notion même de préavis. Absorbée par cette dernière, la rupture du contrat n'a plus besoin d'être invoquée expressément. Pareillement, dans les autres hypothèses de rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, la rupture est souvent écartée en raison de l'accent mis sur l'évènement précédant la rupture, tel que les investissements. Pire encore, afin d'éviter toute confusion entre la rupture abusive et la rupture fautive (qui peut, par exemple, être constituée par une rupture anticipée du contrat à durée déterminée sans justification), certains auteurs s'efforcent d'exclure la rupture de l'analyse de l'abus. À titre d'illustration, en matière de rupture abusive, l'abus est parfois

reclassement d'un salarié... La sanction n'apparaît pas ici comme la conséquence directe du manquement à la bonne foi, mais comme le résultat du manquement à une obligation fondée sur la bonne foi. La théorie de l'abus de droit ne saurait être mobilisée dans ce contexte ; on ne conçoit pas, par exemple, de dire que le contractant qui n'a pas suffisamment informé l'autre a abusé de son droit, parce que dans la relation qui l'unit à son contractant, il est considéré comme débiteur, et non comme titulaire d'un droit. Il en va très différemment dans le second contexte d'invocation de la bonne foi contractuelle : ici on voit un contractant essayer de limiter les prérogatives de l'autre qui lui oppose un droit (droit de créance dont il demande l'exécution, droit de fixer le prix, droit de résiliation ou de résolution...). Pour cela, il peut soutenir que l'autre exerce son droit de mauvaise foi au sens de l'article 1134 [...]. Mais il pourrait tout aussi bien soutenir que son cocontractant abuse de son droit » [nous soulignons].

présenté comme étant « une faute » commise lors de la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle : ce sont les circonstances de la mise en œuvre de ce droit qui sont fautives, et non la rupture elle-même. En se focalisant sur cette distinction, la rupture est exclue du champ de l'abus. L'ambiguïté de ce raisonnement réside dans l'expression de « circonstances » qui permet d'inclure tous les éléments présents, que ce soit avant ou pendant la rupture. Le caractère extrêmement large de ce terme permet certes d'inclure tous types de rupture abusive, mais en même temps, rend la recherche d'un éventuel critère de la rupture abusive quasiment impossible. Ainsi, il y a tout intérêt à retenir un critère plus restrictif de la rupture abusive.

La déduction d'un critère précis pour caractériser la rupture abusive est possible à partir des éléments dégagés précédemment. D'abord, la rupture abusive est constituée par un manquement au devoir moral de bonne foi ; ensuite, le contrôle de la rupture abusive est effectué au moment même de l'intervention de la rupture ; enfin, l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution participe à la constitution de l'abus. Compte tenu de ces éléments, il est possible d'en déduire que la rupture abusive est caractérisée par l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution à un moment inopportun.

§ III. Le manquement à l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle

Si le contrôle de l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle ne revient pas à nier l'existence de ce droit, il peut néanmoins porter sur le moment de son intervention, et exiger, dans certaines circonstances, que la rupture soit décalée : l'exercice de ce droit demeure possible ; il est simplement retardé.

Lorsque l'auteur de la rupture avait incité au préalable son partenaire à faire des investissements, la rupture est qualifiée d'abusives car il n'y a pas eu de durée suffisante entre les investissements et la fin du contrat, ce qui prive le partenaire de la chance de pouvoir amortir ces investissements pendant la durée du contrat. En d'autres termes, l'incitation aux investissements fait peser sur l'auteur de la rupture une obligation morale de maintien du contrat pendant la durée suffisante pour l'amortissement : « chaque fois que des investissements sont réalisés sous la pression de la partie forte, l'autre est en droit

de s'attendre à une certaine stabilité de leurs rapports »⁴⁶¹. En rompant le contrat peu de temps après les investissements, l'auteur de la rupture a trompé cette confiance de son partenaire quant à la poursuite de leur relation pendant une durée minimale : « de façon générale, en effet, plus le distributeur a investi, plus il espère ; et plus il espère, plus il faudra agir avec précaution à l'heure de la séparation »⁴⁶². Parmi les quatre vertus retenues par M. Stoffel-Munck pour définir le devoir de bonne foi, il semble que ce soit la cohérence qui permette le mieux de justifier l'existence d'une obligation de maintenir temporairement la relation contractuelle de distribution.

De même, lorsque la rupture est intervenue dans un moment délicat ayant pour effet d'entraver la reconversion de son partenaire, elle peut également dégénérer en abus. Ainsi, semble être consacrée l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle, et ce jusqu'à la fin de cette période délicate. Cette fois-ci, ce n'est pas la confiance trompée qui permet de justifier cette obligation, mais bien les conséquences graves de l'acte vis-à-vis de l'autre partie : il s'agit de la prise en compte de l'intérêt de l'autre. Enfin, en ce qui concerne l'obligation de préavis, elle exige un délai suffisant entre la date de la communication au partenaire de la décision de rupture et la rupture effective de la relation contractuelle ; la relation contractuelle normale doit être maintenue pendant cette période. En d'autres termes, cela relève également d'une obligation de maintien temporaire de la relation contractuelle de distribution. L'objectif de cette obligation étant de faciliter la reconversion du partenaire, elle est donc justifiée par une prise en compte de l'intérêt de l'autre partie.

En définitive, une obligation de maintenir temporairement la relation contractuelle est née dans différents contextes, puisant cependant à chaque fois sa source dans la morale. Néanmoins, parmi les hypothèses de rupture abusive, la rupture brutale

⁴⁶¹ Bertrand Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise, 1998, n° 6, p. 16.

⁴⁶² *Ibid.*

s'émancipe de la notion de rupture abusive, et au fur et à mesure, prend une place autonome⁴⁶³.

Section II. L'émancipation de l'obligation de préavis par rapport à la rupture abusive

L'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution est caractérisé par le manquement à un devoir moral du maintien temporaire de la relation contractuelle. En principe, ce critère de qualification s'applique à l'hypothèse de rupture brutale. Cependant, la consécration législative de l'obligation de préavis a fait sortir la rupture brutale du domaine de la théorie de l'abus de droit, car elle puise désormais sa source dans une stipulation légale et non plus dans un devoir moral (§I). De surcroît, le régime de l'obligation de préavis dans le cadre de la rupture d'une relation commerciale établie dépasse celui de l'abus de droit, présentant ainsi un caractère autonome (§II).

§ I. La consécration législative de l'obligation de préavis

Des textes de sources différentes exigent une obligation légale de préavis pour la rupture d'une relation contractuelle. D'abord, l'article 1211 du Code civil qui prévoit une obligation de préavis pour la rupture d'un contrat à durée indéterminée : « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Ensuite, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Enfin, dans le secteur de l'agence commerciale, l'article L. 134-11 du même code impose également une

⁴⁶³ M.-E. André, S. Destours, S. Raynard et alii, *Trente ans de droit de la distribution à travers la lettre de la distribution : contrats de la distribution, pratiques anticoncurrentielles, transparence tarifaire et autres pratiques restrictives*, LexisNexis, 2007, p. 29, en ce qui concerne la rupture abusive : « une jurisprudence fondée sur des principes de droit commun doit être distinguée de celle développée sous le couvert de l'art. L. 442-6-I du Code de commerce » ; Sylvie Lebreton-Derrien, *Chroniques Droit de la distribution*, « La clause d'objectif », *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2004, p. 516, « Alors que la rupture fautive est celle qui intervient au mépris des formes convenues pour sa survenance – par exemple en cas de non-respect du préavis stipulé au contrat, la rupture abusive intervient conformément aux stipulations du contrat mais dans des circonstances qui traduisent un comportement indélicat de l'une des parties et préjudiciable pour l'autre partie ».

obligation de préavis pour la rupture dudit contrat. L'articulation entre les différents textes sera la première difficulté à surmonter pour comprendre le régime de l'obligation de préavis en matière de rupture d'une relation contractuelle de distribution.

Les trois textes n'ont pas le même champ d'application, et ne visent pas non plus les mêmes cas de rupture. L'article 1211 a un champ d'application extrêmement large car il concerne l'ensemble des contrats, peu importe leur nature juridique. Cependant, il vise un seul cas de rupture qui est la fin d'un contrat à durée indéterminée. L'article L. 134-11, pour sa part, ne concerne que le contrat d'agence commerciale, et ne vise que la rupture d'un contrat à durée indéterminée (initialement ou transformée). L'article L. 442-6, I, 5°, enfin, ne concerne que les relations commerciales établies ; cependant, il dépasse le cadre contractuel et vise la rupture d'une relation. Ainsi, il peut concerner à la fois la résiliation d'un contrat à durée indéterminée et l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée. Néanmoins, tous les types de rupture du contrat ne constituent pas la rupture d'une relation commerciale établie. En définitive, si l'on respecte le principe selon lequel le droit spécifique déroge au droit général⁴⁶⁴, il faut toujours commencer par vérifier l'applicabilité de l'article L. 134-11. À défaut, sera vérifiée celle de l'article L. 442-6, I, 5°, et *in fine* celle de l'article 1211. En fonction de l'article applicable, les régimes de préavis ne sont pas les mêmes.

D'après *l'article L. 134-11, alinéa 2, du Code de commerce*, « lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis ». Quand un contrat d'agence commerciale à durée déterminée continue « à être exécuté par les deux parties après son terme, il est réputé transformé en un contrat à durée

⁴⁶⁴ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, 584, p. 502 : « L'article 1211 pose une difficulté d'articulation avec les textes spéciaux. Notamment, le délai raisonnable prévu diffère-t-il du délai qui doit être respecté au titre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ? » ; égal. 584, p. 502 : « le texte spécial devrait être préféré au texte général » ; Cass. com., 3 avril 2012, n° 11-13527 : Bulletin 2012, IV, n° 71 : « Vu l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, ensemble l'article L. 134-11 du même code ; attendu que pour condamner la société Boudier à payer à la société RFD la somme de 6666 euros au titre de l'indemnité de préavis, l'arrêt retient que la durée de deux mois de préavis accordée par la société Boudier à la société RFD, lors de la rupture du contrat d'agent commercial, étant insuffisante, elle doit être fixée à quatre mois ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134-11 du code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé [les articles L. 442-6 -I-5° et L. 134-11 du code de commerce] ».

indéterminée ». Dans ce cas, ce contrat transformé en durée indéterminée est également soumis à la disposition précédente, et « le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède ». Ensuite, l'article L. 134-11 a prévu, en son alinéa 3, une durée minimale en fonction de la durée du contrat : « La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil ». Il s'agit d'une durée minimale de préavis fixée par la loi, à laquelle les parties ne peuvent pas déroger en prévoyant une durée inférieure. En revanche, les parties peuvent tout à fait convenir de délais plus longs ; dans ce cas, « le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent » (alinéa 4). Néanmoins, le juge ne peut pas exiger une durée plus longue que celle prévue par la loi ou que celle prévue par le contrat : voilà ce qui distingue cet article L. 134-11 du Code de commerce de l'article L. 442-6, I, 5° du même code et de l'article 1121 du Code civil : « l'article L. 134-11 du Code de commerce encadre strictement la durée de préavis, ne laissant aux parties que la faculté de prévoir des délais plus longs... mais seulement aux parties et non au juge »⁴⁶⁵. Enfin, l'article L. 134-11 a prévu, en son 5° et dernier alinéa, deux exceptions en cas de fin de contrat justifiée par une faute grave de l'une des parties ou bien un cas de force majeure. Ces deux exceptions renvoient à un régime différent de celui du droit de mettre fin à une relation contractuelle : ainsi que cela a été développé au début de notre étude, il s'agit de situations où la fin de la relation contractuelle est justifiée par un élément indépendant de la volonté de l'auteur de la rupture. Par conséquent, il est normal que dans ces deux hypothèses, aucun préavis ne soit exigé pour la fin de la relation. En dehors de ces deux hypothèses d'exception, si les conditions d'application de l'article L. 134-11 du Code de commerce ne sont pas remplies, sera examinée l'applicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° du même code.

⁴⁶⁵ E. Chebrier, « La rupture brutale des relations commerciales établies ne s'applique pas à l'agent commercial », Dalloz actualité, 20 avril 2012, n° 20.

Lors de l'intervention de la loi *Galland* en 1996⁴⁶⁶, a été introduite à l'article 36, alinéa 5, de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence⁴⁶⁷ l'exigence d'un préavis avant la rupture d'une relation contractuelle d'affaires. Le 21 septembre 2000, ledit texte est devenu l'alinéa 4 de l'article L. 442-6 du Code de commerce, avant d'être modifié par la loi du 16 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁴⁶⁸. Aujourd'hui, l'article L. 442-6 est rédigé de la manière suivante : « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure (...) ».

Ce texte était initialement conçu pour dissuader les ruptures brutales dans le secteur de la grande distribution⁴⁶⁹. En effet, avant l'intervention de la loi *Galland*

⁴⁶⁶ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales : JORF n° 153 du 3 juillet 1996, p. 9983.

⁴⁶⁷ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : JORF du 9 décembre 1986, p. 14773.

⁴⁶⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : JORF n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2.

⁴⁶⁹ Loyauté et équilibre des relations commerciales, Discussion d'un projet de loi, Assemblée Nationale, Séance du 27 mars 1997, M. le ministre délégué aux Finances et au Commerce extérieur : « De même, avec l'article 4, la grande distribution ne pourra plus utiliser comme auparavant la menace du déréférencement pour obtenir des avantages financiers importants. La rupture des liens commerciaux devra désormais se conformer aux usages de chaque profession ou respecter un préavis dont la durée sera fonction de l'ancienneté de la relation commerciale » ; Loyauté et équilibre des relations commerciales, suite de la

susvisée, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence « a[vait] été conçue à une époque où la grande distribution ne bénéficiait pas encore de la prééminence qui est la sienne aujourd'hui. Or, le rapport de force entre producteurs et distributeurs s'est inversé, au détriment des premiers, victimes de certains comportements abusifs [...] D'où la nécessité d'une intervention du législateur pour renforcer la loyauté des transactions, mieux sanctionner les abus »⁴⁷⁰. Cependant, bien que destiné à l'origine à la grande distribution, ce texte est fréquemment appliqué dans un domaine qui dépasse largement cette branche d'activité⁴⁷¹, comme cela ressort du rapport relatif au projet de loi *Galland* : « Le texte proposé pour l'article 36-5 de l'ordonnance, comme celui proposé pour l'article 36-4, s'applique aussi bien à l'acheteur qu'au fournisseur, même s'il a surtout pour objet de lutter contre des pratiques abusives de déréférencement »⁴⁷². Ainsi, concernant la rupture brutale d'une relation d'affaires entre tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, l'article L. 442-6 du Code de commerce est applicable à l'ensemble des contrats de distribution.

discussion d'un projet de loi, Assemblée Nationale, Séance du 27 mars 1996, M. François-Michel Gonnot, président de la commission de la production et des échanges : « Certes, il ne faut pas s'en cacher, le projet de loi est destiné à corriger des déséquilibres nés de la puissance, de l'excessive puissance de la grande distribution et, surtout, de pratiques déloyales de certaines entreprises » ; M. Jean-Pierre Philibert, rapporteur pour avis : « La commission des loi s'est saisie pour avis de ce projet pour plusieurs raisons. Il lui a paru intéressant de s'assurer de l'adéquation des nouvelles dispositions législatives à l'objectif poursuivi par le Gouvernement, qui est de rééquilibrer les rapports entre les producteurs et la grande distribution, et de lutter contre les abus dont sont victimes nombre de PME » ; M. Jean-Pierre Balligand, « Ce projet part d'un excellent sentiment : protéger le secteur de la production par rapport à la grande distribution ».

⁴⁷⁰ Le rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, par M. Jean-Jacques Robert, n° 336, Sénat, Session ordinaire de 1995-1996, Annexe au procès-verbal de la Séance du 30 avril 1996.

⁴⁷¹ En effet, cette question a été levée dès la discussion du projet devant l'Assemblée Nationale, Séance du 18 avril 1996, M. André Fanton : « Pour M. de Roux, la rupture brutale des relations commerciales semble être constituée par le déréférencement » ; M. Xavier de Roux : « Notamment ! » ; M. André Fanton : « Peut-être, mais la rupture peut également résulter de bien d'autres décisions. Lorsqu'un distributeur indique à un fournisseur qu'il ne s'approvisionnera plus auprès de lui – il en a bien le droit – cela constitue-t-il une rupture brutale des relations commerciales ? ».

⁴⁷² Le rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, par M. Jean-Jacques Robert, n° 336, Sénat, Session ordinaire de 1995-1996, Annexe au procès-verbal de la Séance du 30 avril 1996.

Sous le régime de l'article L. 442-6, I, 5°, lorsque le contrat est à durée indéterminée, le préavis pour la résiliation du contrat est toujours exigé. En revanche, lorsque le contrat est à durée déterminée, le préavis est exigé uniquement sous certaines conditions. Plus précisément, le préavis est nécessaire préalablement à la fin du contrat lorsqu'il y a une succession de plusieurs contrats à durée déterminée, ce qui permet d'établir une relation d'affaires entre les mêmes parties ; il s'agit donc d'une notion qui dépasse le strict cadre contractuel. Ainsi que cela est souligné par le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale le 18 avril 1996 : « Il ne s'agit plus (...) de la rupture d'un contrat. Il s'agit de la rupture de relations commerciales établies depuis plusieurs années sur la base d'un contrat qui prévoit un délai en accord entre les deux partenaires. Actuellement, par exemple, un client qui a l'habitude de travailler depuis 1945 avec le même fournisseur peut, du jour au lendemain, lui dire qu'il ne se fournira plus chez lui. Il est indispensable de prévoir que les relations commerciales ne puissent plus être rompues sans un préavis minimum »⁴⁷³. Par exemple, dans une décision de 2003, la cour d'appel de Lyon a appliqué l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée, précisant que « la notion de "relation commerciale établie" est étrangère à la notion restrictive de contrat commercial à durée déterminée et la dépasse (...) ; la loi a entendu viser une situation contractuelle née de la pratique instaurée entre les parties entretenant des relations d'affaires stables, suivies et anciennes, quelle que soit leur forme »⁴⁷⁴. Ainsi, les hypothèses de rupture nécessitant un préavis sont différentes de celles visées par l'article L. 134-11, lequel exige un préavis seulement quand un contrat à durée déterminée est exécuté au-delà de son terme car il se transforme alors, selon le régime de l'agence commerciale, en contrat à durée indéterminée. Puisque le droit spécifique déroge au droit général, le contrat d'agence commerciale à durée indéterminée sera soumis à l'article L. 134-12 du Code de commerce, au lieu de l'article L. 442-6, I, 5° du même code. De même, l'exécution d'un contrat d'agence commerciale à durée déterminée au-delà de son terme contractuel est également soumise audit régime spécifique. En revanche, lorsqu'un contrat d'agence commerciale prend fin à l'arrivée de

⁴⁷³ Assemblée Nationale, Séance du 18 avril 1996, M. Jean-Paul Charié, rapporteur.

⁴⁷⁴ CA Lyon, 3^e ch. civile, 10 avril 2003, n° 01/06057, Sté PN Gerolymatos c/ Sté Aventis Pasteur MSD.

son terme contractuel, il est possible de faire application de l'article L. 442-6, I, 5° dès lors qu'une relation d'affaires est établie entre les parties.

Pour revenir au délai de préavis exigé par l'article L. 442-6, I, 5°, à l'origine, un délai minimal de quatre mois avait été prévu à défaut d'usages reconnus. Cependant, lors de la discussion du projet de loi *Galland* devant l'Assemblée nationale, cette stipulation a été supprimée, car « il peut aussi y avoir une différence en fonction, par exemple, de la nature des produits ou des investissements plus ou moins lourds. Il faut laisser au juge une faculté d'appréciation »⁴⁷⁵. En l'absence de prévision contractuelle, l'article prévoit la possibilité de faire appel aux accords interprofessionnels pour déterminer le délai de préavis. Cependant, les accords concernant l'application de l'article L. 442-6, I, 5° sont peu nombreux⁴⁷⁶. On relève néanmoins qu'un accord interprofessionnel a été conclu le 6 mars 2013 entre la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France (FEEF) et la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), intitulé « Code de bonnes pratiques ». Cet accord a d'abord constaté les durées de préavis au regard des usages dans le secteur concerné :

⁴⁷⁵ Assemblée Nationale, Séance du 18 avril 1996, M. le ministre délégué aux Finances et au Commerce extérieure, « Ce délai peut-il être justifié en dehors d'accords interprofessionnels ? Je prendrai deux exemples. M. Charié, vous avez invoqué l'ancienneté des relations qui remonteraient à 1945. Ce pourrait être la même chose si elles n'existaient que depuis 1955 ! Cinquante ans ou un an d'ancienneté, délai de quatre mois ! ».

⁴⁷⁶ Avis n° 13-04 relatif à la liste des accords interprofessionnels pris en application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, prévoyant un délai de préavis pour la rupture de relations commerciales établies, fait à Paris, le 27 mai 2013, délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 27 mai 2013, présidée par M. Daniel Tricot : « À ce jour, seuls 4 accords pris en application de ces dispositions ont été recensés : l'accord des usages professionnels de la Fédération de l'imprimerie et de la communication graphique (janvier 1998), l'accord relatif à l'exploitation en location gérance des fonds de commerce de station-service des sociétés pétrolières (14 juin 1994), l'accord conclu dans le secteur du bricolage entre l'Union des industries du bricolage et la Fédération Française des Magasins de Bricolage (15 janvier 2002), l'accord conclu entre la Fédération des Entreprises et Entrepreneurs de France (FEEF) et la Fédération Française des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD) (6 mars 2013) ».

Part que représente la rupture dans le chiffre d'affaires total du Partenaire commercial	Relations = ou de + de 2 ans à – de 3 ans	Relations de plus de 3 à moins de 5 ans	Relations de plus de 5 ans à 10 ans	Relations de plus de 10 ans à 20 ans	Relations de plus de 20 ans
De 5 % à 10 %	2 mois	2 mois	3 mois	4 mois	7 mois
De 10% à 15%	2 mois	3 mois	4 mois	6 mois	8 mois
De 15% à 25%	2 mois	4 mois	6 mois	8 mois	10 mois
De 25% à 35%	3 mois	6 mois	8 mois	10 mois	12 mois
Plus de 35%	4 mois	8 mois	10 mois	12 mois	12 mois

Ensuite, il a déterminé les durées minimales de préavis à respecter en cas de rupture de la relation commerciale établie :

- Concernant la fourniture de produits sous marque de distributeur :

Part que représente la rupture dans le chiffre d'affaires total du Partenaire commercial	Relations = ou de + de 2 ans à – de 3 ans	Relations de plus de 3 à moins de 5 ans	Relations de plus de 5 ans à 10 ans	Relations de plus de 10 ans à 20 ans	Relations de plus de 20 ans
De 5 % à 10 %	4 mois	4 mois	6 mois	8 mois	14 mois
De 10% à 15%	4 mois	6 mois	8 mois	12 mois	16 mois
De 15% à 25%	4 mois	8 mois	12 mois	16 mois	20 mois
De 25% à 35%	6 mois	12 mois	16 mois	20 mois	24 mois
Plus de 35%	8 mois	16 mois	20 mois	24 mois	24 mois

- Concernant la fourniture de produits sous marque de fournisseur :

Part que représente la rupture dans le chiffre d'affaires total du Partenaire commercial	Relations = ou de + de 2 ans à – de 3 ans	Relations de plus de 3 à moins de 5 ans	Relations de plus de 5 ans à 10 ans	Relations de plus de 10 ans à 20 ans	Relations de plus de 20 ans
De 5 % à 10 %	3 mois	3 mois	5 mois	7 mois	10 mois
De 10% à 15%	3 mois	4 mois	6 mois	8 mois	12 mois
De 15% à 25%	3 mois	6 mois	8 mois	10 mois	14 mois
De 25% à 35%	4 mois	8 mois	10 mois	13 mois	16 mois
Plus de 35%	5 mois	10 mois	12 mois	15 mois	18 mois

Pour la plupart des activités, il n'existe pas d'accord interprofessionnel auquel se référer à défaut de prévision contractuelle. En définitive, le délai de préavis approprié sera apprécié par le juge. Généralement, cette action au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie est initiée par le destinataire de l'obligation de préavis ; néanmoins, l'article L. 442-6, III a prévu la possibilité pour le ministre public et le ministre chargé de l'Économie d'introduire l'action, mais ces interventions demeurent rares⁴⁷⁷.

Si ni l'article L. 134-12 ni l'article L. 442-6, I, 5° n'est applicable à la fin de la relation contractuelle examinée, il faudra se tourner vers *l'article 1211 du Code civil*. Ce texte exige d'abord le respect du préavis contractuellement prévu ; c'est seulement à défaut d'une telle prévision que le juge peut intervenir pour déterminer le « délai raisonnable » pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée : « cette règle vise à permettre au contractant victime de la rupture de disposer du temps suffisant pour se réorganiser »⁴⁷⁸. Le « délai raisonnable » de préavis sera apprécié par le juge, mais en

⁴⁷⁷ Parmi les 187 décisions de justice examinées, portant sur la rupture brutale visée par l'article L. 442-6, I, 5°, on en recense une seule avec intervention du ministre, soit 0,54 % du nombre total de décisions ; V. « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2015) », document établi par la Faculté de Droit de Montpellier, p. 59.

⁴⁷⁸ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., 584, p. 501 .

principe, il ne doit pas dépasser celui prévu à l'article L. 442-6, I, 5° qui impose des conditions plus exigeantes⁴⁷⁹.

Si aucun des trois textes précités n'est applicable, la rupture brutale d'une relation contractuelle de distribution sera alors soumise au régime de l'abus de droit. En revanche, lorsqu'un des trois articles s'applique à la rupture brutale de la relation contractuelle de distribution, l'obligation de préavis est toujours fondée sur un texte législatif ; par conséquent, elle doit être distinguée de la rupture abusive dont le fondement est la violation d'un devoir moral. Cette distinction ne s'arrête pas au niveau du fondement, mais s'étend au régime appliqué : tel est notamment le cas du régime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

§ II. Le régime particulier de la rupture brutale d'une relation commerciale établie

En dépit de la consécration législative de l'obligation de préavis lors de la rupture d'une relation commerciale établie, l'appréciation de la rupture brutale d'une relation commerciale établie peut présenter des ressemblances avec celle de l'abus de droit. Nous avons précisé précédemment que l'abus de droit par manquement à la bonne foi est apprécié en fonction du critère de la confiance trompée : le degré d'exigence de bonne foi est déterminé par le degré de confiance entre les parties, lequel est à son tour déterminé en prenant en considération les « circonstances objectives mesurant l'altérité » comme les « circonstances subjectives mesurant l'altérité ». Parmi les premières circonstances se trouvent notamment l'ancienneté de la relation d'affaires, la dépendance entre les parties, etc. Parmi les secondes, se trouve par exemple une relation d'amitié ou de tension entre les parties. On peut faire appel à ces critères pour apprécier la rupture d'une relation commerciale établie, qui se manifeste par la détermination de la durée de préavis estimée suffisante.

D'abord, en ce qui concerne *les circonstances objectives*, la durée de la relation entre les parties est un élément d'appréciation prévu par l'article L. 442-6 pour déterminer la durée de préavis. De même, l'état de dépendance économique de la partie ayant subi la

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 502 : « On comprendrait mal que la durée minimale du préavis de l'article L. 442-6, I, 5° puisse être inférieure aux exigences plus générales posées par l'article 1211 ».

rupture est également pris en compte dans la détermination du préavis suffisant pour la rupture d'une relation commerciale établie⁴⁸⁰. Ainsi, dans une décision de 2015, il a été affirmé que « la rupture des relations commerciales d'une durée d'au moins quarante années et caractérisées par une dépendance économique de son partenaire, imposait à la société BMW France de respecter un préavis de 36 mois, à défaut duquel, la rupture apparaît comme brutale et ouvre droit à des dommages et intérêts pour la période de préavis non respectée »⁴⁸¹. Ensuite, les *circonstances subjectives* mesurant l'altérité sont prises en compte dans l'appréciation du caractère brutal de la rupture d'une relation commerciale établie. Par exemple, une rupture en 2009 « n'apparaît pas brutale, mais totalement prévisible » pour le cocontractant, « au vu des tensions existant depuis plusieurs années [entre les parties] qui se sont accrues en 2007 et en 2008 »⁴⁸². Cependant,

⁴⁸⁰ Jean-Marie Meffre, « La rupture des relations commerciales établies : 36-5° vs 1135 Harmattan ou sirocco ? », Cahiers de Droit de l'Entreprise, 2000, n° 4, p. 13 ; Pascal Vergucht, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », Revue de jurisprudence commerciale, 1997, p. 142.

⁴⁸¹ CA Limoges, ch. civ., 18 février 2015, n° 13/01488, Sté BMW France c/ SA Taurisson.

⁴⁸² CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 janvier 2015, n° RG 14/12969, SAS S. c/ SA Louis V. Malletier ; dans le même sens, CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 juin 2015, n° 13/21324, M. S. c/ M^{me} W. et a. : « Considérant qu'en raison du grave différent existant entre les parties depuis le début de l'année 2009 et après l'incident survenu en raison de la vente de contremarques malgré le refus de la société SDV, la société Cineweb, dont les relations avec la société SDV étaient devenues tendues comme il ressort des courriels produits, ne pouvait pas croire que les relations commerciales allaient se poursuivre entre les parties ; que le courrier du 8 juillet 2009 laissait prévoir que la société SDV, qui s'estimait victime d'agissements déloyaux de la part de la société Cineweb, ne poursuivrait pas leur collaboration commerciale ; Considérant que, eu égard aux circonstances au moment de la rupture, il apparaît que les appelants ne pouvaient que s'attendre à la rupture des relations commerciales et que le refus d'honorer la commande de Cinechèques formalisée le 16 février 2010 par la société SDV, parfaitement prévisible et annoncé depuis le mois de juillet 2009, ne constitue pas une rupture brutale des relations commerciales au sens des dispositions de l'article L. 442- 6-I 5° du code de commerce » ; *A contrario*, Cass. com., 6 septembre 2016, n° 14-25891 : « le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis » ; Frédéric Buy, « La Cour de cassation décide que le côté prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas, en lui-même, celle-ci de son caractère brutal », *Concurrences*, 1 décembre 2016, n° 4, p. 125 : « On comprend ainsi qu'imprévisibilité et brutalité n'ont pas partie liée. Peu importe qu'elle eut été prévisible : la rupture n'est purgée de son caractère brutal qu'à la condition de résulter d'un acte qui 1/ manifeste l'intention de son auteur de ne pas poursuivre la relation et 2/ fasse courir un délai de préavis. On en déduit, d'une part, que la brutalité s'incarne toute entière dans l'absence de notification d'un préavis, et d'autre part, que la prévisibilité de la rupture n'exerce aucune influence à ce stade. Cela peut sembler rigoureux, mais il n'est pas dit que la question de la prévisibilité des ruptures ne puisse être traitée autrement. Comme l'a montré Clémence Mouly-Guillemaud, une approche opérée sur le terrain, distinct, de la précarisation d'une relation qui était antérieurement établie, serait dans bien des cas plus appropriée [...] »

malgré ces ressemblances avec l'abus de droit, la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie diffère de celle de la rupture abusive.

La sanction de l'abus de droit est soumise aux règles de la responsabilité civile⁴⁸³. Il a été démontré précédemment que la rupture abusive est en réalité caractérisée par la violation d'une obligation morale de maintien temporaire de la relation contractuelle. Puisque « le but de la responsabilité civile [est] de remettre la victime dans l'état qui aurait été le sien si la faute n'avait pas été commise »⁴⁸⁴, il est naturel de songer à un maintien forcé du contrat comme sanction de la rupture abusive du contrat. Cependant, en pratique, il est rare d'envisager une telle sanction en droit de la distribution⁴⁸⁵. Ainsi un praticien du droit de la distribution fait les observations suivantes : « mon expérience des contrats de distribution et un panorama du contentieux du maintien de ce type de conventions me conduisent cependant à un double constat : ce contentieux est dominé par l'intervention du juge des référés et son issue passe rarement par un maintien forcé durable de la relation contractuelle »⁴⁸⁶. En définitive, il faut envisager l'allocation de dommages et intérêts comme la sanction adéquate de la rupture abusive. Reste à déterminer le montant desdits dommages et intérêts. En effet, « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »⁴⁸⁷. Ainsi, la détermination des dommages-intérêts dépendra nécessairement de l'évaluation du préjudice subi par la « victime » de la rupture abusive.

⁴⁸³ J.-M. Meffre, « La rupture des relations commerciales établies : 36-5° vs 1135 Harmattan ou sirocco ? », *op. cit.*, p. 36 : « Il est remarquable qu'en droit français, l'abus de droit est envisagé presque exclusivement comme une source de responsabilité civile. Contrairement à ce qu'on observe dans de nombreux droits étrangers ».

⁴⁸⁴ Philippe Stoffel-Munck, *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁸⁵ Pascal Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 37 : « Certes, encore, l'abus du droit de résiliation, de même d'ailleurs qu'une résiliation ou une résolution illicite sera en général seulement sanctionné par une indemnisation du cocontractant, le contrat rompu n'étant pas maintenu contre le gré de l'auteur de la rupture ».

⁴⁸⁶ Christian Bourgeon, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC*, 1 janvier 2005, n° 1, p. 109 : l'intervention du juge référé « se fonde sur les articles 809 et 873 du NCPC (selon que l'on s'adresse au juge civil ou au juge commercial) qui lui donnent la possibilité d'ordonner les mesures de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite » ; « jusqu'à présent cependant, les contentieux relatifs au maintien du contrat ont concerné essentiellement des cas de rupture brutale ».

⁴⁸⁷ Cass. 2^e civ., 5 juillet 2001, n° 99-18712 : *Bulletin* 2001, II, n° 135, p. 91.

Lorsqu'il s'agit d'une rupture brutale, quelle est l'étendue du préjudice subi par cette dernière ? Un auteur a très bien précisé le contenu du préjudice subi en cas de rupture brutale : « la perte éprouvée consiste dans les dépenses que l'on a engagées et que l'on n'aurait pas faites si la faute n'avait pas été commise ; elle consiste plus généralement dans les économies que l'on aurait faites si les choses s'étaient loyalement passées. Le gain manqué, quant à lui, consiste dans les opportunités de gain que l'on aurait saisies si la rupture s'était déroulée loyalement. Il s'agira, en réalité, *de perte d'une chance*. Concrétisons cette affirmation appliquée à un cas de rupture sans préavis. Dans l'ignorance du sort funeste qui l'attendait, le distributeur a procédé à des embauches et investissements inutiles : il faut l'en dédommager. Dans la connaissance de la rupture à venir, il aurait pu contracter avec une autre enseigne qui cherchait, à cette époque, un représentant dans la zone : voilà une perte de chance à réparer »⁴⁸⁸. Cependant, les dommages-intérêts alloués pour la réparation de la rupture brutale d'une relation commerciale établie ne sont en réalité pas déterminés selon cette règle de responsabilité civile.

Généralement, la sanction de la rupture brutale est l'allocation de dommages et intérêts correspondant aux marges brutes que la « victime » aurait pu obtenir pendant la durée de préavis manquante⁴⁸⁹. Elles sont « assez traditionnellement présentées comme indemnisables »⁴⁹⁰. Cependant, cette façon d'évaluer le préjudice dépasse largement celle issue de la responsabilité civile – que nous avons développée dans les pages précédentes –, selon laquelle seule une chance de reconversion est perdue. En accordant les marges brutes pour la durée restant de préavis, ce n'est pas la perte de chance d'un gain manqué qui est réparée, mais le gain manqué lui-même. Ainsi un auteur remarque : « Chacun s'accorde alors à considérer le préavis comme le moyen offert au contractant pour préparer sa reconversion et organiser au mieux de ses intérêts la cessation de l'activité

⁴⁸⁸ Philippe Stoffel-Munck, *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁸⁹ Cass. com., 3 février 2015, nos 13-24592 et 13-25496 ; « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2015) », document établi par la Faculté de Droit de Montpellier, p. 68 : « L'évaluation du préjudice relève de l'appréciation souveraine des "éléments pertinents" par les juges du fond. Néanmoins, la Cour de cassation conforte le mode d'évaluation du préjudice par l'indemnisation systématique de la marge brute perdue sur le temps de préavis défaillant ».

⁴⁹⁰ P. Stoffel-Munck, *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 194

liée au contrat. Mais indemniser la perte d'un tel avantage ne revient pas à octroyer les revenus qui auraient été perçus pour le temps qui a manqué. [...] l'indemnisation d'une telle perte suppose seulement d'évaluer, après les avoir identifiées, les chances de reconversion perdues, d'estimer les frais que l'on aurait pu s'épargner, etc. »⁴⁹¹. Il en conclut que « la justification de l'octroi de plusieurs mois de marge brute ne peut donc pas, me semble-t-il, être trouvée dans les principes de la responsabilité civile »⁴⁹². Il s'agit d'une réparation qui dépasse le cadre de la responsabilité civile⁴⁹³. Par conséquent, la rupture d'une relation commerciale établie s'émancipe de la théorie de l'abus de droit, tant au niveau de la notion que du régime.

À l'origine, « l'objectif principal et initial du délai de prévenance est de limiter l'exercice du droit de résiliation unilatérale pour protéger la partie victime de la rupture »⁴⁹⁴. En effet, « la décision prise par le cocontractant va modifier la situation

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ D'ailleurs, lors de l'appréciation de la rupture brutale, la non prise en compte de la reconversion du partenaire évincé suscite également des interrogations. Récemment, un arrêt rendu à contre-courant de la jurisprudence actuelle est consuré par la Cour de cassation. CA Paris, 28 janv. 2016, RG n° 14/13036, Cargo Lines / Carotrans international et a. : « La société Carotrans fait valoir que le préavis d'un mois a été parfaitement exécuté et qu'une semaine après la rupture la société Cargo Lines avait contracté avec une importante société américaine ; si la durée du préavis s'apprécie au moment de la rupture, il n'en demeure pas moins que dès lors que la rupture a été notifiée par un écrit et avec un préavis, il appartient au juge d'apprécier si celui-ci est suffisant en ce qu'il est destiné à permettre à la société victime de la rupture de se réorganiser ; dès lors la réalité de cette réorganisation est un élément à prendre en compte » ; Cass. Com., 5 juillet 2017, n° 13-14201 : « la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie s'apprécie à la date de la notification de cette rupture, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des éléments postérieurs à celle-ci, a violé le texte susvisé » ; Frédéric Buy, « Préavis suffisant : La cour de Cassation met fin à la rébellion de la Cour d'appel de Paris et refuse que la réalité de la réorganisation de la victime soit prise en compte pour apprécier le caractère suffisant du préavis accordé », *Concurrences*, 5 juillet 2017, n° 4, p. 122 : « Faut-il approuver ce retour au classicisme, qui interdit d'une certaine façon de se projeter dans "l'après" ? Non si l'on considère, comme la Cour d'appel, que le préavis est destiné à permettre à la victime de se réorganiser. Si c'est effectivement le cas, en quoi mérite-t-elle d'être protégée ? Non encore, si l'on est sensible au fait que les principes de la responsabilité sont de ce fait malmenés. Interdire au juge d'apprécier le préjudice au jour où il statue, c'est en effet accepter d'indemniser sans préjudice [...]. Mais oui, si l'on observe que la Cour d'appel a tout de même fait un grand écart pour réussir à dire, tout à la fois, que la durée du préavis s'apprécie au moment de la rupture et que des faits postérieurs peuvent être pris en compte, confondant de la sorte l'appréciation de la faute et du préjudice [...]. Oui encore, si l'on conçoit plutôt le préavis comme un délai de prévenance qui serait dû, comme une civilité ordinaire, à son futur-ex partenaire [...]. Oui enfin, si l'on observe qu'une reconversion rapide peut ne pas être exclusive d'un certain préjudice. La victime ne se serait-elle pas reconvertie dans de meilleures conditions si elle avait eu plus de temps [...] ? » [Nous soulignons].

⁴⁹⁴ Amaury Sonet, *Le préavis en droit privé*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 315, p. 156.

juridique du destinataire. Le délai de prévenance sert à l'autre partie pour limiter au maximum son préjudice puisque dans de nombreuses hypothèses l'acte est défavorable »⁴⁹⁵. Cependant, en privilégiant l'objectif consistant à « garantir » un délai de reconversion au partenaire, la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale a changé de tonalité. Il ne s'agit plus d'une obligation *morale* de maintenir le contrat pour faciliter la reconversion du partenaire, mais d'une obligation *légale* de maintenir le contrat pour assurer à ce dernier une période de reconversion. C'est désormais une obligation de garantie d'une période de pérennité du courant d'affaires afin de permettre au partenaire de survivre et de trouver éventuellement son prochain contractant⁴⁹⁶. Notons qu'en termes d'indemnisation, la situation réelle du partenaire postérieurement à la rupture sera indifférente : une reconversion rapide du partenaire après la rupture ne permet pas de diminuer le montant de l'indemnisation. Par exemple, dans une décision de 2015, la cour d'appel a retenu une telle solution : « considérant que la société Steelform ait trouvé un nouveau client, à le supposer démontré, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, ne saurait entrer en ligne de compte dans l'évaluation de son préjudice ; (...) la victime n'a en effet pas d'obligation de minorer son préjudice »⁴⁹⁷.

Toutefois, il ne faut pas s'arrêter au constat de la particularité du régime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie par rapport à la rupture abusive dans la mesure où il est possible d'apercevoir un impact de ce régime particulier sur la rupture abusive. En effet, la rupture abusive est parfois sanctionnée par le biais de la rupture brutale, souvent à travers la notion d'attente légitime quant à la poursuite de la relation contractuelle. Par exemple, concernant la détermination de la durée suffisante du préavis, il est déjà arrivé que le juge prenne en considération des investissements effectués par la « victime » de la rupture comme un élément contribuant à allonger le délai de préavis : « Au regard de l'ensemble de ces éléments, [...] le préavis accordé était insuffisant pour permettre à [la société victime de la rupture] de réorganiser ses activités et son personnel et de trouver de nouveaux marchés sur le secteur d'activité concerné, eu égard à *la durée des relations* et de *l'attente légitime de stabilité* de [cette société] qui pouvait escompter

⁴⁹⁵ *Ibid.*, 316, p. 156.

⁴⁹⁶ Gaël Chaptépie, « La précarité des relations commerciales », JCP *E*, 2012, 14

⁴⁹⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1 avril 2015, n° 12/09494, Sté Algeco GMBH c/ SAS Steelform.

une certaine continuité des relations d'affaires » ; plus précisément, « des investissements ont été réalisés dans la perspective de la poursuite de la relation contractuelle »⁴⁹⁸. Ainsi, certains éléments relevant de l'abus de droit sont parfois absorbés par la notion de rupture brutale.

En résumé, le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution est exercé sous le double contrôle de la rupture abusive et de la rupture brutale. Il est vrai que la sanction de la rupture brutale sort du cadre de la responsabilité civile, mais cela n'a pas pour conséquence de remettre en cause le droit de mettre fin à la relation : l'exercice de ce droit n'est pas anéanti ; il est uniquement retardé. En revanche, dans le régime spécifique de l'agence commerciale, il existe une indemnité attribuée quasiment systématiquement au moment de l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Se pose dès lors la question de la justification de cette indemnité au regard du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

⁴⁹⁸ CA Amiens, ch. économique, 2 juin 2015, n° 14/00395, SAS L. Finances c/ SARL Fenwick Linde.

Conclusion du Chapitre II

À l'issue de l'examen des hypothèses retenues comme constituant une rupture abusive d'une relation contractuelle de distribution, il est possible de leur reconnaître un caractère commun : le contrôle de l'abus est effectué au moment de l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Ce constat reflète le lien précis entre l'abus et le droit subjectif : l'abus est constitué en partie par l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Ainsi, l'exercice de ce droit subjectif est-il un élément nécessaire mais insuffisant pour la caractérisation de l'abus. En définitive, la rupture abusive est caractérisée par l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution à un moment inopportun. Plus précisément, la rupture abusive est constituée par le manquement à un devoir moral de maintenir temporairement la relation contractuelle de distribution.

Ces conclusions en matière d'abus de droit s'appliquent en principe à la notion de rupture brutale. Néanmoins, cette dernière s'émancipe de la rupture abusive tant au niveau du fondement que du régime. Au niveau du fondement, qui puise désormais sa source dans une obligation légale de préavis, la rupture brutale ne peut plus s'inscrire dans la notion de rupture abusive. Au niveau du régime, la sanction de la rupture brutale dépasse celle prévue pour l'abus de droit. De surcroît, certains éléments de la rupture abusive sont parfois absorbés par la notion de rupture brutale.

Conclusion du Titre II

La rupture abusive est constituée par un manquement au devoir de bonne foi lié à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Ainsi, doivent être exclus de la rupture abusive les éléments sans lien avec le manquement au devoir de bonne foi, ou sans lien avec l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Après avoir exclu certains éléments indument inclus dans la notion de rupture abusive, l'on perçoit que la sanction de l'abus de droit est fondée sur un manquement au devoir moral de bonne foi commis par son auteur. Plus précisément, l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution s'analyse en un manquement au devoir moral du maintien temporaire de la relation contractuelle de distribution.

Cette particularité n'est pas étonnante eu égard au lien entretenu entre l'abus et l'exercice du droit subjectif. En effet, quant à l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, ce droit subjectif n'est pas l'objet de l'abus, ni son support : l'exercice de ce droit subjectif est un élément nécessaire mais insuffisant à la caractérisation de l'abus. Néanmoins, si ces conclusions s'appliquent en principe à la rupture brutale de la relation contractuelle de distribution, cette dernière hypothèse prend son autonomie tant au niveau du fondement qu'au régime. De surcroît, elle absorbe parfois certains éléments qui relèvent d'ordinaire de la notion de rupture abusive.

Conclusion de Partie I

La distinction entre la fin d'une relation contractuelle fondée sur une poursuite difficile et celle fondée sur une poursuite non voulue permet d'identifier le domaine du droit de mettre fin à une relation contractuelle. Plus précisément, la fin d'une relation contractuelle fondée sur une poursuite difficile est le résultat d'un fait juridique, tandis que seule la fin d'une relation contractuelle fondée sur une poursuite non voulue est le résultat de la mise en œuvre du droit de mettre fin à une relation contractuelle. Par conséquent, le droit de mettre fin à une relation contractuelle sera identifié en deux hypothèses : le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et le droit de refuser de poursuivre la relation contractuelle au-delà du terme. Cette règle est applicable à l'ensemble du droit de la distribution, peu importe que la relation contractuelle soit établie avec un distributeur commerçant ou mandataire. En réalité, lorsque le contrat est conclu avec un distributeur mandataire, doit être écartée la règle de la révocation *ad nutum* au profit du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution : la révocation *ad nutum* qui est fondée sur la gratuité du contrat ne s'applique pas à un contrat de distribution à titre onéreux.

Une fois identifié le droit de mettre fin à une relation contractuelle, l'abus de droit de mettre fin à une relation contractuelle ne peut que concerner l'exercice de ce droit subjectif. Ainsi, l'intervention d'une force majeure, d'une caducité ou encore d'une résolution n'est pas susceptible d'être qualifiée abusive. Seul l'exercice du droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et celui du droit de refuser de poursuivre la relation contractuelle au-delà du terme sont susceptibles d'être qualifiés en ruptures abusives. Plus précisément, l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution est fondé sur un manquement de l'auteur au devoir moral de bonne foi. Il se caractérise par un manquement au devoir moral du maintien temporaire de la relation contractuelle de distribution. Ce critère pour caractériser l'abus de droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution reflète le lien entretenu entre l'abus et ce droit subjectif : l'exercice du droit subjectif participe à la constitution de l'abus, dans la mesure où il est un élément nécessaire mais insuffisant pour caractériser l'abus. Néanmoins, depuis l'intervention du législateur, la notion de rupture brutale s'est émancipée de celle de

rupture abusive, et a acquis *in fine* une place autonome, voire extensive, car elle absorbe parfois certains éléments qui relèvent de la notion de rupture abusive.

En revanche, ni le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution ni son contrôle par la théorie de l'abus ne permettent d'appréhender le régime de l'indemnisation consécutive à la fin d'un contrat d'agence commerciale. En effet, bien qu'intervenant dans le contexte de la rupture d'une relation contractuelle de distribution, ce régime spécifique dépasse le droit de mettre fin à une relation contractuelle.

Partie II. Le dépassement du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution par une indemnité de rupture

Il existe un droit de mettre fin à une relation contractuelle applicable à l'ensemble des contrats de distribution. Son exercice est soumis au contrôle de la théorie de l'abus de droit. Néanmoins, l'exercice de ce droit subjectif n'est pas sanctionnable en soi, car constitue un élément nécessaire mais insuffisant de l'abus. Cependant, parfois, le simple exercice de ce droit subjectif peut donner systématiquement naissance à une indemnisation. Notamment, lorsque le commettant met fin à la relation contractuelle avec un agent commercial, il doit lui payer une indemnité de rupture. Par conséquent, cette indemnité de rupture ne peut pas s'expliquer par la théorie de l'abus de droit.

Plus précisément, puisque le simple exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution avec un agent commercial donne naissance à l'indemnité de rupture, il y a lieu de s'interroger sur le contenu réel de ce droit subjectif. Est-ce que l'indemnité de rupture attribuée à l'agent commercial constitue une remise en cause de ce droit ou, tout du moins, une limitation de celui-ci ? Afin de répondre à cette question, il convient de vérifier l'existence d'un lien entre la justification de l'indemnité de rupture et le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution. Or cet examen montre qu'il est difficile de s'appuyer sur le raisonnement appliqué au droit de mettre fin à une relation contractuelle pour justifier cette indemnité **(I)**. En effet, le paradoxe entre l'indemnité de rupture et le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution s'explique par des éléments qui dépassent la notion de droit de mettre fin à une relation contractuelle **(II)**.

Titre I. La relativité du lien entre le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution et l'indemnité de rupture

Selon l'article L. 134-1 du Code de commerce, l'agent commercial « est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ». Il peut être « une personne physique ou une personne morale ». Cependant, malgré la qualification du mandataire, l'agent commercial n'est pas soumis aux règles du droit commun des mandats, notamment en ce qui concerne la faculté de révocation *ad nutum* du mandant. En effet, ainsi que cela a été démontré précédemment, la faculté de révocation *ad nutum* du mandant s'explique par la gratuité du contrat. Elle est donc inapplicable au contrat d'agence commerciale qui est à titre onéreux. À sa place, doit s'appliquer le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Toutefois, en matière d'agence commerciale, le simple fait pour le commettant de mettre fin à la relation contractuelle donne lieu au versement d'une indemnité de rupture au profit de l'agent commercial. Cette règle invite à s'interroger sur la substance véritable du droit de mettre fin à la relation contractuelle du commettant : comment est-il possible de concilier la réalisation de ce droit subjectif et la conséquence systématique du paiement d'une indemnité importante ? Nous envisagerons deux hypothèses : soit le paiement de l'indemnité de rupture est justifié par une remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution (I), soit il est justifié par une limitation de ce droit (II). Il convient d'examiner successivement la pertinence de ces deux hypothèses.

Chapitre I. L'impossibilité de justifier l'indemnité de rupture par la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Puisque l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle avec un agent commercial donne systématiquement lieu au versement d'une indemnité, il y a lieu d'envisager une remise en cause de ce droit subjectif.

En effet, le statut de l'agent commercial prévoit qu'il s'agit d'un mandat d'intérêt commun : « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties »⁴⁹⁹. Plus précisément, l'origine historique du mandat d'intérêt commun se trouve dans le mandat *in rem suam* qui est un mandat irrévocable. Ainsi, il semble que l'idée consistant à prôner la remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution soit plausible : la justification de l'indemnité de rupture se trouve dans le caractère irrévocable du contrat. Puisque le commettant ne dispose pas d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution avec l'agent commercial, son initiative de rompre cette relation contractuelle sera sanctionnée. En principe, la révocation d'un contrat « irrévocable » doit être sanctionnée par un maintien forcé du contrat. Cependant, pour des raisons d'ordres pratiques, il est difficile d'envisager cette sanction pour une relation contractuelle de distribution. Ainsi, la sanction du maintien forcé du contrat peut être remplacée par le paiement d'une indemnité de rupture.

Afin de vérifier la pertinence de ce raisonnement, il convient d'abord de montrer que le mandat *in rem suam* représente l'origine historique de la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle **(I)**, avant d'examiner la raison de l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* et son applicabilité à l'agent commercial **(II)**.

⁴⁹⁹ L'article L. 134-4 du Code de commerce.

Section I. L'origine historique de la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle : le mandat *in rem suam*

Il est recouru à la théorie du mandat d'intérêt commun pour justifier le régime de l'agence commerciale. En effet, en 1958, à l'époque des discussions autour du projet de loi portant sur le statut de l'agent commercial, la théorie du « mandat d'intérêt commun » était déjà perçue comme le fondement du régime juridique de l'agent commercial : « la rupture du contrat échappe aux règles du mandat civil, lequel est, en principe, révocable *ad nutum* par le mandant. Ici on applique la construction jurisprudentielle du “mandat d'intérêt commun”, d'où un droit égal des deux parties à la résiliation du contrat »⁵⁰⁰. Il en était d'ailleurs de même dans la proposition de loi, où il était expressément disposé que « ces conventions [...] sont conclues dans l'intérêt réciproque des parties »⁵⁰¹.

Pour des raisons historiques et politiques, l'examen de ce projet de loi a été interrompu et n'a jamais été repris, si bien que des lacunes juridiques ont subsisté dans ce domaine ; il en est d'ailleurs de même en ce qui concerne la délicate distinction entre le VRP et l'agent commercial, aggravée par l'intervention de la loi du 7 mars 1957⁵⁰² précisant le statut professionnel des VRP. C'est ainsi que le gouvernement a promulgué le décret du 23 décembre 1958, qui reprend l'idée du mandat d'intérêt commun : « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties »⁵⁰³. La mention de la qualification du mandat d'intérêt commun au tout début de l'article précité réglant l'indemnité de rupture démontre bien le lien entre cette qualification et l'indemnité de rupture. Depuis, cette qualification n'a plus

⁵⁰⁰ Rapport fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur la proposition de loi de MM. Edmond Michelet, Abel Durand, Gaston Charlet, Michel Debré, Marcel Lemaire, Joseph Raybaud et Rochereau, tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, Conseil de la République, session ordinaire de 1957-1958, n° 238, annexe au procès-verbal de la séance du 11 février 1958, p. 10.

⁵⁰¹ Article 1^{er} de la proposition de loi préc., Rapport fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale, Conseil de la République, session ordinaire de 1957-1958, n° 238, annexe au procès-verbal de la séance du 11 février 1958, p. 15.

⁵⁰² Depuis l'élargissement par cette loi du domaine d'application de la loi du 18 juillet 1937 sur le statut légal de VRP, la distinction entre le VRP et l'agent commercial est devenue encore moins facile.

⁵⁰³ L'article 3 du décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux.

bougé puisqu'on la retrouve encore aujourd'hui à l'article L. 134-4 du Code de commerce. La reconnaissance du mandat d'intérêt commun comme fondement de l'indemnité de fin du contrat d'agence commerciale semble donc être pleinement consacrée par le droit français.

D'origine prétorienne, la notion de mandat d'intérêt commun est présentée par la doctrine comme une création fort ancienne⁵⁰⁴ : elle est déjà reconnue par la jurisprudence du XIX^e siècle⁵⁰⁵. Une fois qualifié de mandat d'intérêt commun, le contrat ne pourra plus être révoqué unilatéralement sans motif légitime⁵⁰⁶, contrairement aux règles du droit commun des mandats⁵⁰⁷. De surcroît, à la différence d'un contrat en droit commun, il ne peut pas non plus être résilié par le donneur d'ordre, même lorsque la durée du contrat est indéterminée. L'on se trouve donc face à un droit plus restreint que celui de mettre fin à la relation contractuelle. En effet, la notion de mandat d'intérêt commun

⁵⁰⁴ Jean Catoni, « Le décret du 23 décembre 1958 et la résiliation du contrat de représentation commerciale », *Gaz. Pal.* 1959, 1, p. 75 ; *idem*, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Sirey, Paris, 1970, 12, p. 9 ; Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires. Analyse et étude comparative*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 68 et s. ; J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet et alii, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 467 ; Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Paris, Litec, 2000, 206 ; Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, 676, p. 312 : « l'indemnité de clientèle a pour origine historique la théorie du mandat d'intérêt commun. Dès 1885, la Cour de cassation décidait en effet que « lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause légitime reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiques [prévues] par le contrat ». Si le mandant ne peut justifier d'un tel motif, il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandataire qui a droit à une indemnité » ; Nicolas Dissaux, « Agent commercial », *Jurisclasseur*, fasc. 324, 2 ; Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2, 3.

⁵⁰⁵ Cass. req., 8 avril 1857 : D.P.1858.I. 134 ; Cass., 31 juillet 1872 : D. 1872.1.300 ; Cass. req., 6 janvier 1873 ; D.P.1873.1.117 ; CA Pau, 26 novembre 1873 : D. 1874.5.327 ; Cass., 13 mai 1885 : D.P. 1885.1.350 ; Cass. req., 9 juillet 1885 : D.P.1886, I.310 ; Cass. civ., 19 novembre 1889 : D.P.1890.I.295 ; Cass. civ., 11 février 1891 : D.P.1891.1.197 ; CA Amiens, 28 janvier 1892 : D.1892.2.158 ; CA Lyon, 4 avril 1895 : D.P.1895.II.431.

⁵⁰⁶ Cass., civ., 13 mai 1885 : S., 1887.1.220 ; Cass., 26 février 1958, *Bull. civ.* III, n° 94 ; GP 1958, 1, p. 348 ; D. 1958, p. 541, note J. Vidal ; JCP 1958.II. 10706, obs. B. Boccara ; RTD com.1958, p. 811, obs.J. Hemard : « Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel ou pour une cause légitime, reconnue en justice, ou enfin, suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat »

⁵⁰⁷ Notamment celle prévue par l'article 2004 du Code civil : le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble.

trouve son origine historique dans les « mandats irrévocables » (§I), parmi lesquels un seul mandat porte véritablement bien son nom : le mandat *in rem suam* (§II).

§ I. Du mandat « d'intérêt commun » aux mandats « irrévocables »

En dépit de sa reconnaissance par le droit français comme fondement du régime de l'agence commerciale, la notion de mandat d'intérêt commun n'est pas suffisante pour justifier ledit régime (A). Une recherche de l'origine de cette notion s'avère donc nécessaire pour comprendre le régime de la fin de ce contrat et son rapport avec l'agence commerciale. Cependant, cette recherche permet de constater que le mandat d'intérêt commun n'existe pas en tant que catégorie juridique au XIX^e siècle (B). On trouve à leur place des « mandats irrévocables » (C).

A. L'analyse littérale du mandat « d'intérêt commun »

Puisque l'ensemble du régime dérogatoire au droit commun se fonde sur la notion de mandat d'intérêt commun, sa définition devient primordiale : non seulement elle détermine l'application de ce régime dérogatoire, mais elle permet également d'en comprendre l'essence. Autrement dit, la justification du régime dérogatoire doit assurément être recherchée au sein de la notion de mandat d'intérêt commun⁵⁰⁸. La doctrine a proposé différentes thèses relatives à la notion de mandat d'intérêt commun, partant de la notion même d'« intérêt commun » pour, ensuite, l'appliquer à ce type particulier de mandat. Avant d'envisager ces différentes constructions doctrinales, il convient toutefois de s'arrêter quelque peu sur les deux termes constitutifs de l'expression « intérêt commun ».

En fonction du contexte, l'adjectif « commun »⁵⁰⁹ peut être compris dans deux sens : soit il signifie ce qui est « collectif », ce « qui se fait ensemble, à plusieurs » ; soit

⁵⁰⁸ Georges J. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, *op. cit. op. cit.*, 285 et 286 : « Il faudrait pour cela remplacer la théorie classique par une notion plus adaptée à la vie des affaires et à sa spécificité. C'est pour cela que les assujettis ont porté leurs efforts sur cette notion relativement neuve qu'est l'intérêt commun, de nature à leurs yeux à leur assurer une meilleure protection » ; « La notion d'intérêt commun a été essentiellement voire exclusivement appliquée au contrat de mandat pour tenir compte de la profonde évolution qui a été la sienne ».

⁵⁰⁹ Dictionnaire Le Robert, *op. cit.*, p. 209.

il désigne ce qui est « comparable, identique, semblable », ce « qui appartient, qui s'applique à plusieurs personnes ou choses ». De la même manière, le mot « intérêt » peut être appréhendé de deux façons. D'une part, il peut signifier « ce qui importe », c'est-à-dire la « considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat...), concerne, attire, préoccupe la personne ». En ce sens, il peut être rapproché des notions de cause, de motif, de mobile⁵¹⁰. D'autre part, le terme « intérêt » peut également désigner « ce qui est économiquement utile ». Dans cette perspective, il peut alors être rapproché de la notion d'avantage, de profit⁵¹¹. À vrai dire, si la compréhension de l'adjectif « commun » fait l'objet d'une véritable controverse doctrinale, il n'en va pas de même de la notion d'« intérêt » : si un certain consensus se dégage autour de sa première définition (« ce qui importe »), la seconde (« ce qui est économiquement utile ») n'est que rarement invoquée.

Que se passerait-il si l'on retenait cette seconde acception de l'« intérêt » qui désigne ce qui est économiquement utile ? En premier lieu, si on la combine avec le premier sens possible du mot « commun », on désigne alors un profit collectif dont bénéficieraient les deux parties au contrat. Autrement dit, à partir du moment où le contrat de mandat produit du profit tant pour le mandant que pour le mandataire, il sera qualifié de mandat d'intérêt commun. Ainsi, en dehors d'un mandat purement gratuit, tout mandat dans lequel le mandataire reçoit une récompense ou un prix peut entrer dans cette notion d'intérêt commun. Le mandat salarié devrait donc être qualifié de mandat d'intérêt commun... et pourtant, la jurisprudence condamne fermement ce raisonnement, et ce depuis le XIX^e siècle⁵¹². Par conséquent, cette combinaison doit être abandonnée. En

⁵¹⁰ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 506.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 506-507.

⁵¹² Cass. civ., 9 juillet 1885 : S., 1887.1.478 ; Cass. civ., 4 mars 1914 : S., 1914.1.298 ; Cass. req., 7 mai 1934 : Gaz. Pal., 1934.2.211 ; dans le même sens, L.-V. Guillouard, *Traité du contrat aléatoire et du mandat*, livre III, titres XII et XIII du Code civil (articles 1964 à 2010, et loi du 28 mars 1885), 2^e éd., Durant et Pédone-Lauriel, 1893, 216, p. 526 : « Mais il ne faut pas considérer le mandat comme donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, par cela seul que le mandataire doit recevoir un salaire. Nous venons de dire (...) que même dans cette hypothèse le Code considérerait le mandat comme un contrat conclu dans le seul intérêt du mandant, et dès lors révocable par celui-ci » ; D. Dalloz aîné, Armand Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 30, Point 424, p. 750 : « La promesse d'un salaire n'est pas un obstacle à la révocation du mandat » ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, *op. cit.*, p. 727, 2257 : « La révocation est toujours possible, même quand

second lieu, si on combine la notion d'intérêt, toujours au sens d'économiquement utile, avec le second sens du mot « commun », la notion d'intérêt commun prendra alors la signification de « profit identique/semblable ». Cette définition doit également être exclue car elle n'a aucun sens : dans le contrat de mandat d'intérêt commun, le profit retiré par le mandant et celui retiré par le mandataire ne peuvent être semblables, et encore moins identiques. En résumé, la seconde acception du mot « intérêt » (ce qui est économiquement utile) ne peut être retenue pour qualifier l'intérêt commun. Le mot « intérêt » doit donc être appréhendé dans un autre sens : celui de « considération », de « mobile ». Cette notion d'intérêt étant à présent déterminée, il convient d'examiner les deux sens possibles de l'adjectif « commun ». Il s'agit ici d'un point de controverse principal entre les différentes constructions doctrinales fondées sur une analyse littérale de cette expression.

En premier lieu, il est possible d'envisager une définition large du mandat d'intérêt commun. Dans ce cadre, le mot « commun » pourra être entendu comme synonyme de « collectif ». L'expression de « mandat d'intérêt commun » désignera donc le mandat dans lequel les motifs de contracter des deux parties coexistent : il s'agit d'une « rencontre heureuse de deux égoïsmes » qui apparaît « dès qu'il existe une convergence d'intérêt entre les parties »⁵¹³. Cependant, retenir une telle définition du mandat d'intérêt commun revient à le qualifier de contrat synallagmatique⁵¹⁴, auquel s'appliquerait donc

le mandataire possède en même temps la qualité d'agent salarié. Seulement s'il est congédié comme employé en même temps que révoqué comme mandataire, il pourra avoir droit à ce titre à une indemnité (CA Paris, 27 déc. 1894 : D. 95.2.493 ; CA Lyon, 6 avril 1895 : D. 95. 2. 431) ».

⁵¹³ Théo Hasseler, « L'intérêt commun », RTD. Com., 1984, p. 585 : « Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie », ; Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 178 : « (...) le mandat est conclu dans l'intérêt commun des parties [...] lorsque le profit du mandataire et celui du mandant se trouvent liés dans et par l'accroissement de la clientèle, peu important que seul le mandant ait un droit sur la clientèle. L'intérêt commun caractérisé par la convergence durable des intérêts du mandant et du mandataire justifierait la protection du mandataire », ; dans le même sens, Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958, op. cit.*, 23 : « Il serait préférable de conserver à la notion d'intérêt commun son sens précis ; elle doit désigner l'intérêt qu'ont les deux parties à la réalisation de l'acte pour lequel le mandat est donné ».

⁵¹⁴ L'article 1106 du Code civil, « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres »

le régime commun des contrats⁵¹⁵. Or, il est évident que le régime du contrat à titre onéreux se distingue très nettement de celui du mandat d'intérêt commun⁵¹⁶, si bien qu'une telle définition ne saurait être retenue.

En second lieu, il est possible d'envisager une définition plus restrictive du mandat d'intérêt commun, où le mot « commun » serait synonyme d'« identique » : dans cette hypothèse, la motivation du mandant et celle du mandataire seraient identiques. Toutefois, une question reste en suspens : quel est le contenu exact de cette motivation ? Une partie de la doctrine a proposé de retenir la notion de « bien commun » : ainsi, l'intérêt commun existerait dès lors qu'il y a création d'une œuvre commune entre les parties⁵¹⁷. Appliqué au contrat d'agence commerciale, ce bien commun désignerait la clientèle apportée et développée par l'agent au profit du mandant. Cependant, retenir une telle définition suppose nécessairement que le mandataire dispose d'un droit de propriété sur la clientèle ainsi apportée et développée, alors que le statut de mandataire lui interdit

⁵¹⁵ H. Capitant, Ambroise Colin, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, T. 2, p. 794-795, 949 : « La règle de la libre résiliation unilatérale cesse d'ailleurs de s'appliquer lorsque le mandat concerne à la fois l'intérêt du mandant et celui du mandataire, par exemple, s'il s'agit de deux copropriétaires d'un immeuble qui chargent l'un d'eux de l'administration de cet immeuble pendant cinq ans. Dans ces cas, en effet, le mandat devient un véritable contrat synallagmatique (Civ., 11 février 1891 : D.P. 91.1.197 ; S. 91.1.121) » ; Frédéric Fournier, *L'agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, Litec, 2^e éd., 2005, Paris, p. 90 ; Jean Catoni, *Le décret du 23 décembre 1958 et la résiliation du contrat de représentation commerciale, op. cit.*, 1, p. 76.

⁵¹⁶ À titre d'illustration : la résiliation du contrat à durée indéterminée nécessite une cause légitime s'il s'agit d'un mandat d'intérêt commun, alors que cette condition n'est pas exigée pour le droit commun des contrats.

⁵¹⁷ Cette notion peut être exprimée différemment selon les auteurs : J. Hémard, obs. RTD civ., 1974, p. 578 : un bien commun, l'objet du mandat ; Lambert, note D. 1970, p. 143 : « Les critères de l'intérêt commun ont évolué. Une fraction de la doctrine considérait que, pour qu'il y ait intérêt commun, mandant et mandataire devaient contribuer à l'accroissement d'une chose qui était leur bien commun » ; A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mélanges A. Weill*, 1983, p. 85 et s. : « le contrat d'agence commerciale, chaque fois qu'il a pour but de constituer une clientèle, est indubitablement un mandat d'intérêt commun, car le mandataire ayant un droit sur la clientèle qu'il apporte au mandant, le mandat a pour objet l'administration d'un bien commun » ; Georges J. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, op. cit.*, 286 : « l'intérêt commun procédait de la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts particuliers se trouvaient étroitement liés » ; Jacques Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. Derrupé*, GLN Joly éditions-Litec, Paris, 1991, p. 115 : « Il ne suffit pas que le mandant et le mandataire trouvent un intérêt dans l'exécution du mandat... il faut que les deux parties aient des droits directs et concurrents sur l'objet du mandat, ou qu'elles contribuent, par leurs activités réciproques et leur collaboration suivie, à l'accroissement d'une chose qui soit leur bien commun ».

formellement d'être titulaire d'un fonds de commerce⁵¹⁸ ; de même, le mandataire ne dispose d'aucun droit sur la clientèle qu'il a développée pour le mandant, qui en est le seul propriétaire⁵¹⁹. Il ne saurait donc être question de retenir la notion de bien commun pour définir le contenu de la motivation commune des parties⁵²⁰. En revanche, une autre proposition reste envisageable : celle de la croissance de la clientèle⁵²¹. Sans aller jusqu'à affirmer le droit de propriété de l'agent sur la clientèle apportée, cette hypothèse insiste toutefois sur l'intéressement de ce dernier à la croissance de celle-ci : plus la clientèle augmente, plus la commission reçue par l'agent sera importante. La croissance de la clientèle pourra ainsi être considérée comme la motivation commune des parties : le mandant est motivé par l'augmentation de son chiffre d'affaires, et le mandataire par l'augmentation de ses commissions. La notion de « croissance de clientèle » paraît donc, de prime abord, convenir parfaitement au contrat d'agence commerciale. Cependant, à y regarder de plus près, elle reste critiquable au regard de la définition de l'intérêt commun sur la base de laquelle elle a été proposée : la motivation du mandataire est-elle véritablement « identique » ou « semblable » à celle du mandant ? La réponse est assurément négative : si le mandant est motivé directement par la croissance de la clientèle, le mandataire n'est motivé qu'indirectement par cette croissance, sa véritable motivation étant plutôt la perception des commissions versées par le mandant. Il est donc assez discutable d'affirmer que les motivations de ces deux parties sont identiques ou semblables. En définitive, que la notion de motivation commune soit définie comme « le bien commun aux deux parties contractuelles » ou comme « la croissance de la clientèle », la critique reste la même et puise sa source dans la notion floue d'« intérêt commun » : les motivations des deux contractants ne peuvent pas être identiques. En effet, en dehors

⁵¹⁸ Cass. com., 26 février 2008, n° 06-20772.

⁵¹⁹ Dans le même sens, F. Fournier, *L'agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, op. cit., p. 91 : « L'indemnité ne représente pas la valeur d'un droit que le diffuseur aurait sur la clientèle, puisqu'il agit en qualité de mandataire ; elle répare le préjudice consécutif à la perte du droit de prospecter une clientèle et d'en tirer bénéfice en percevant des commissions. Au vu des décisions rendues, ce préjudice correspond au montant de deux années de commissions ».

⁵²⁰ Toutefois, cette position sera remise en cause dans le titre suivant de la thèse.

⁵²¹ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 1017, p. 307 : « Une fraction de la doctrine considérait que, pour qu'il y ait intérêt commun, mandant et mandataire devaient contribuer à l'accroissement d'une chose qui était leur bien commun. Cette acception [...] reposait sur la notion ambiguë de clientèle commune ».

de la structure spécifique du contrat de société et de la situation d'indivision, il est difficile de concevoir qu'un contrat puisse être conclu entre deux personnes ayant une motivation identique : s'ils ont exactement la même motivation, l'échange n'aurait alors plus lieu d'être.

En conclusion, les définitions tirées d'une analyse littérale de la notion de « mandat d'intérêt commun » sont soit inopérantes, soit critiquées, et ne permettent pas de justifier à elles seules la théorie de mandat d'intérêt commun. La recherche de sa justification passe alors par l'examen de son origine et de son évolution.

B. L'absence de la catégorie juridique du mandat « d'intérêt commun » au XIX^e siècle

La consultation de la doctrine du XIX^e siècle⁵²² nous procure une impression inattendue : la catégorie du « mandat d'intérêt commun » n'existe pas. À l'époque, cette notion était traitée au sein de la révocation du mandat de la manière suivante : d'abord, les auteurs⁵²³ énoncent le principe de la libre révocation du mandat consacré à l'article 2004 du Code Napoléon ; ensuite, ils évoquent l'exception à ce principe, à savoir les mandats irrévocables⁵²⁴ ; enfin, ils envisagent la question de la mise en œuvre de la

⁵²² À titre d'illustration : A. Duranton, *Cours de droit français, suivant le Code civil*, 3^e édition, T. 10, Bruxelles, 1835 ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16 ; D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, 1853, Mandat ; M. Domenget, *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires (commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Napoléon, des art. 1372 à 1376, et 1783 à 1786 du même code, du Titre VI du Code de commerce, et des art. 111, 115 et 332 du même code, contenant la théorie et la jurisprudence)*, T. 1, Cotillon éditeur, Libraire du Conseil d'État, Paris, 1862 ; Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, T. 27, T. 28, A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1877.

⁵²³ À titre d'illustration : D. Dalloz Aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, 423, p. 750 ; F. Laurent, op. cit., 272, p. 94 ; Paul Pont, op. cit., T. 1, 1157, p. 665.

⁵²⁴ D. Dalloz aîné et A. Dalloz, op. cit., T. 30, 423-428, p. 750-752 ; Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1, 1159, p. 665-666 ; M. Domenget, *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, op. cit., tome 1, 571-575, p. 370-373 ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 718, 661-662.

révocation du mandat⁵²⁵. En aucun cas le mandat d'intérêt commun n'est apparu comme une catégorie juridique ayant un régime indépendant. En réalité, seule est apparue parfois l'expression de mandat conclu « dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire », employée par l'auteur afin d'expliquer le régime du mandat irrévocable, mais sans avoir pour autant l'ambition d'en faire une catégorie juridique à part qui porterait le nom de « mandat d'intérêt commun »⁵²⁶. À titre d'illustration, nous pouvons citer l'ouvrage des frères Dalloz : « Certains mandats sont irrévocables. Tel est celui qui a constitué le mandataire *procurator in rem suam*⁵²⁷ (...) comme la faculté du mandant de révoquer le mandat résulte de ce que sa volonté seule a donné naissance au contrat, et de ce que le mandataire n'a voulu que rendre un service et non stipuler un droit pour lui-même, cette faculté de révocation n'existe pas toutes les fois que le mandat a été donné dans l'intérêt du mandataire »⁵²⁸. Dans la mesure où la catégorie de mandat d'intérêt commun n'existe pas encore à l'époque, la recherche de son origine nous oriente naturellement vers le mandat « irrévocable ». Cependant, au lieu de parler *du* mandat irrévocable, il convient davantage de parler *des* mandats irrévocables.

C. L'existence des mandats irrévocables au XIX^e siècle

Les mandats « irrévocables » n'ont pas été qualifiés en tant que tels. Ils sont présentés par les auteurs de l'époque comme étant des exceptions à la faculté du mandant de révoquer le mandat, et non pas comme une catégorie juridique strictement définie.

⁵²⁵ L'article 2004 du Code civil n'a pas été modifié depuis 1804 : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute ».

⁵²⁶ Dans le sens inverse, il est possible de constater que dans certains ouvrages de la fin du XIX^e siècle, Sans employer directement l'expression « mandat d'intérêt commun », certains auteurs ont l'intention d'en faire une catégorie juridique. V. L.-V. Guillouard, *Traité des contrats aléatoires & du mandat*, *op. cit.*, p. 526 ; Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zaghariae*, 5^e éd., T. 6, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par Étienne Bartin, éditeur, Librairie de la Cour de cassation, 1920. Sans employer directement l'expression « mandat d'intérêt commun », l'intention de ces auteurs d'en faire une catégorie juridique est claire.

⁵²⁷ D. Dalloz aîné, A., Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 30, 425, p. 750.

⁵²⁸ *Ibid.*, 428, p. 752.

Selon Troplong, « Il y a des mandats qui sont irrévocables. Tel est le cas du *procurator in rem suam*. Tel est le cas de l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, lequel ne peut être révoqué sans cause légitime »⁵²⁹. De même, les frères Dalloz développent l'idée que « certains mandats » sont « irrévocables »⁵³⁰ : « Tel est celui qui a constitué le mandataire *procurator in rem suam* »⁵³¹, tel est celui de mandat donné à « l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société »⁵³². Ne constituant pas une catégorie juridique à part, un examen du sens littéral de l'expression « mandat irrévocable » paraît peu opportun pour connaître le véritable contenu de cet ensemble de contrats. En revanche, un examen de ces différents types de mandats « irrévocables » semble plus pertinent. Il en ressortira que certains mandats sont à tort qualifiés d'« irrévocables ».

§ II. Des mandats « irrévocables » au mandat *in rem suam*

Les mandats irrévocables énumérés par les auteurs du XIX^e siècle sont essentiellement le mandat *in rem suam* et le mandat donné à l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société⁵³³. Pau Pont a ajouté à cette liste le mandat inhérent à l'élection de domicile et le mandat donné au mari par contrat de mariage⁵³⁴. Cependant, ces deux derniers contrats nous semblent devoir être exclus du mandat irrévocable.

⁵²⁹ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 718, p. 661-662.

⁵³⁰ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, 425, p. 750.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*, 427, p. 751-752.

⁵³³ D. Dalloz Aîné, A. Dalloz, op. cit., T. 30, 425, p. 750-751 ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 718, p. 661-662.

⁵³⁴ Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1, 1159, p. 666 : « Quoi qu'il en soit, il ne reste pas moins certain, en principe, que lorsqu'il n'est pas constitué dans l'intérêt exclusif du mandant, quand il n'est lui-même que la condition ou la suite d'une convention synallagmatique, le mandat est irrévocable, ou du moins il n'est pas révocable par la seule volonté du mandant. On peut appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus du mandat donné par un débiteur à son créancier de faire procéder à la vente de ses biens (*supra*, n° 1141) ... ; On peut appliquer ce que nous avons dit du mandat donné à l'adjectus solutionis (*supra* n° 1142) ; du mandat donné à l'un des associés par l'acte même de société (C. civ., art. 1856, §2) ; et du mandat donné au mari par contrat de mariage, lequel est irrévocable comme toutes autres

En ce qui concerne le mandat inhérent à l'élection de domicile, il s'agit en réalité d'un mandat révocable. Sa seule particularité réside dans la mission attribuée par le mandat : désigner un mandataire et son domicile comme domicile d'une partie. En effet, le mandant peut tout à fait révoquer le mandat en question, et désigner une autre personne comme nouveau mandataire. Simplement, en raison du lien existant entre l'information relative au domicile et le tiers destinataire de cette information (la juridiction), il doit maintenir le domicile de l'ancien mandataire comme lieu désigné.

En ce qui concerne le mandat donné au mari par le contrat de mariage, il n'est pas judicieux de l'inclure dans la recherche de l'origine du mandat irrévocable, dans la mesure où son irrévocabilité est justifiée par la particularité du contrat de mariage. En réalité, toutes les conventions matrimoniales étaient irrévocables à l'époque.

Par conséquent, seuls méritent d'être examinés le mandat *in rem suam* (B) et le mandat d'administration donné à l'associé par le contrat de société, lequel mandat correspond à un type particulier de mandat commun donné par plusieurs mandants (A).

A. Un mandat révocable : le mandat commun donné par plusieurs mandants

Il s'agit d'un contrat conclu entre un mandataire et plusieurs mandants, portant sur une affaire commune. Cette forme de mandat, reconnue expressément par le Code civil⁵³⁵, est perçue par la doctrine contemporaine⁵³⁶ comme l'un des premiers mandats

conventions matrimoniales. – Quant au mandat inhérent à l'élection de domicile, il est également irrévocable (supra, n° 1140), en ce sens que l'élection de domicile doit être conservée dans le même lieu ; mais il peut être révoqué en ce sens que celui de qui l'élection émane peut désigner, dans ce même lieu, une personne autre que celle chez laquelle le domicile avait été d'abord élu » [nous soulignons]. Les trois premiers contrats cités sont des mandats *in rem suam*.

⁵³⁵ L'article 2002 : « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. »

⁵³⁶ Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 12, p. 10 : « Il est apparu assez tôt que certains mandats devaient déroger à la règle générale de révocabilité. Ainsi, a été déclaré irrévocable le mandat donné à un tiers par le vendeur et l'acquéreur d'un fonds de commerce et par les créanciers nantis, de toucher le prix et de le distribuer aux créanciers. De même le mandat donné à un copartageant de gérer un fonds constitué avec certains biens de succession, afin de subvenir à des charges communes. De même, le mandat donné à un notaire par un prêteur et un emprunteur de garder les fonds jusqu'à ce que les garanties promises aient été fournies » ; Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, *op. cit.*, 72, p. 68-69 : « Depuis déjà longtemps, il était apparu que certains mandats devaient déroger à la règle générale de révocabilité... Tel fut le cas pour le

d'« intérêt commun » ou l'un des premiers mandats irrévocables⁵³⁷ ; de nombreuses jurisprudences sont citées par ces auteurs pour appuyer cette vision⁵³⁸. De surcroît, en matière de droit des sociétés il existait un article au sein du Code Napoléon qui confirmait cette règle : « L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure »⁵³⁹. Cette règle si bien établie en droit français semble ne laisser aucun doute sur la nature « irrévocable » du mandat donné par plusieurs mandants. Cependant, des sentiments inverses peuvent apparaître à la lecture d'ouvrages de la première moitié du XIX^e siècle.

À titre d'exemple, l'on peut citer la position de Troplong : « Lorsque le mandat reste révocable, ainsi qu'il est dans sa nature de l'être, la révocation, pour être efficace, ne peut émaner que du pouvoir même qui a donné la procuration. Suit-il de là que lorsque le mandat est conféré par plusieurs pour une affaire commune, la révocation doit être l'ouvrage de tous ? »⁵⁴⁰. Dans le même sens, Paul Pont écrit que « ce droit de révocation existe soit que le mandat ait été conféré *in perpetuum*, soit qu'il ait été donné avec une limite de temps. Il existe également soit que le mandat ait été constitué par plusieurs mandants pour une affaire commune ou donné à plusieurs mandataires : seulement, dans ce dernier cas, le droit de révocation appartient individuellement à chacun des mandants

mandat donné à un notaire par un prêteur et un emprunteur de garder les fonds jusqu'à ce que les garanties promises aient été fournies. Un mandat de cette nature a été jugé irrévocable par un arrêt de la Cour d'Amiens du 28 janvier 1892 (D. 1892.2.158). D'après cet arrêt, "le mandat donné au notaire dans l'intérêt commun de l'emprunteur et du prêteur ne peut être révoqué par une seule des deux parties et forme contrat entre elles" » ; Christian Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, Thèse de droit, 1991, n° 50, p. 60.

⁵³⁷ M. Sallé de La Marnierre, « Le mandat irrévocable », RTD civ., 1937, 9, p. 258 : « Le mandat donné par des copartageants à l'un d'eux afin de gérer un fonds de commerce destiné à subvenir aux charges de la succession, celui donné à un syndic par les habitants d'une commune qui ont acheté un domaine sont irrévocables ».

⁵³⁸ À titre d'illustration : Cass. req., 12 juillet 1810, Plaire c/ Delaroche ; CA Pau, 26 novembre 1873 : D. 74. 5. 327 ; S. 74. 2. 71 ; Cass., 13 mai 1885 : D. 85.1.350 ; S. 87.1.220 ; Cass., 7 janvier 1868 : S. 68.I.172 ; CA Rennes, 7 juin 1865 : S. 65, II. 339.

⁵³⁹ L'article 1856, Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804, op. cit.*, p. 149-150 : « mais s'il [le mandat] n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat ».

⁵⁴⁰ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, op. cit.*, T. 16, 719, p. 662.

et à l'égard de chacun des mandataires »⁵⁴¹. Ces deux auteurs ont donc confirmé le caractère révocable du mandat donné par plusieurs mandants.

Toutefois, les termes utilisés par les frères Dalloz peuvent amener à douter de cette affirmation : « Quand le mandat a été donné par plusieurs pour une affaire commune, peut-il être révoqué par un seul, ou la révocation n'est-elle valable qu'autant qu'elle est faite par tous ? »⁵⁴². L'ambiguïté réside dans le terme « valable » : peut-on en déduire que ce qui fait débat est l'existence du droit de la révocation, ou doit-on considérer qu'il s'agit plutôt d'une question relative à l'exercice de ce droit ? La réponse à cette question nous semble pouvoir être apportée par la place de ce développement au sein de l'ouvrage des frères Dalloz. En effet, comme rappelé précédemment, l'étude de la révocation du mandat de l'époque comprend souvent trois points : le principe de la libre révocation du mandant, l'exception du mandat irrévocable, et la mise en œuvre de la révocation. La question de la pluralité de mandants trouve sa place soit au sein du premier point, soit au sein du troisième. Les frères Dalloz ont pour leur part traité cette question au sein du troisième point, à savoir la mise en œuvre de la révocation du mandat⁵⁴³. Ainsi, il semble que l'existence du droit de révoquer le mandat donné par plusieurs mandants n'est pas remise en cause par ces auteurs. Toutefois, si ces arguments tirés de la place du sujet traité dans l'analyse doctrinale sont suffisants pour instiller un doute, ils ne le sont pas pour permettre de qualifier de mandat « révocable » ce type particulier de mandat. Un examen dudit mandat s'avère nécessaire.

Quand le mandat est conclu entre plusieurs mandants et un mandataire, il faut d'abord distinguer deux cas de figure : le mandat porte sur une chose indivisible ou il porte sur des choses divisibles appartenant respectivement à chaque mandant. Dans la seconde hypothèse, le mandat en question prend la forme en réalité d'un groupe de mandats : chaque mandat est conclu individuellement entre le mandataire et chaque

⁵⁴¹ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats, op. cit.*, T. 1, 1158, p. 665.

⁵⁴² D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, 429, p. 752.

⁵⁴³ *Ibid.*, 429, p. 752.

mandant⁵⁴⁴. Par conséquent, rien n'empêche qu'un mandant puisse révoquer son propre mandat ; simplement il ne pourra pas révoquer les mandats des autres mandants. Il s'agit là d'une pure application de la règle des effets relatifs du contrat⁵⁴⁵. Dans ce cas, il n'y a bien entendu pas de raison de qualifier le contrat d'irrévocable. En revanche, dans le premier cas de figure, à savoir lorsque le mandat porte sur une chose indivisible, la révocation venant d'un indivisaire ne pourra pas être efficace. Telle est également la position de la doctrine du XIX^e siècle, qui considère que seule est inefficace la révocation individuelle d'un mandat donné sur une chose indivisible⁵⁴⁶. C'est la raison pour laquelle l'ensemble des décisions citées en faveur de l'irrévocabilité du mandat donné par plusieurs mandants concernent toujours une chose indivisible. Faut-il dès lors en conclure que le mandat donné par plusieurs mandants sur une chose indivisible est un mandat « irrévocable » ? Nous allons d'abord examiner la révocabilité d'un mandat donné par des indivisaires (1^o), puis celle d'un mandat donné à un associé par le contrat de société (2^o).

⁵⁴⁴ L.-V. Guillouard, *Traité du contrat aléatoire & du mandat*, *op. cit.*, 221, p. 529 : « Lorsque le mandat a été conféré par plusieurs personnes, chacun des mandants est libre de révoquer le mandat en ce qui le concerne... Il y a, en réalité, autant de mandants qu'il y a de personnes ayant donné au mandataire un pouvoir, et le droit de révocation qui appartient à chacun ne peut pas être entravé par le non-exercice du droit des autres mandants : chacun pourra révoquer le mandat qu'il a donné, en ce qui le concerne » ; Paul. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, T. 1, 1158, p. 665 : « chacun des mandants doit être considéré comme ayant donné au mandataire des pouvoirs particuliers ».

⁵⁴⁵ L'article 1199 du Code civil : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

⁵⁴⁶ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 30, Point 429, p. 752 : « Ceux-ci sont capables de révoquer le mandat pour leur part. Nous pensons aussi que chacun des mandants peut mettre fin à la procuration pour ce qui le concerne, par la raison qu'il n'a donné pouvoir que pour lui et que sa volonté peut révoquer ce qu'elle a pu faire, à moins, toutefois, qu'il ne s'agisse d'un mandat pour chose indivisible, cas dans lequel le juge apprécierait l'opportunité de la révocation » ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, *op. cit.*, 719, p. 662-664 : « Chacun n'a donné pouvoir que pour soi, et ce que sa volonté a pu faire, sa volonté peut le révoquer. Cette raison est-elle généralement applicable à toutes les espèces de communauté, où les communistes donnent un mandat en commun pour l'affaire commune ? Je ne vois pas de raison pour la négative » ; P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, T. 1, 1158, p. 665 : « Chacun des mandants doit être considéré comme ayant donné au mandataire des pouvoirs particuliers ; et dans cette situation, il ne serait pas plus juste d'exiger le concours de tous pour qu'un seul pût se départir et retirer sa procuration qu'il ne serait raisonnable de prétendre que la révocation par un seul entraîne révocation de la part de tous ».

1° La révocabilité d'un mandat donné par des indivisaires

Lorsque le mandat a été donné par plusieurs personnes, le refus de la révocation individuelle par l'un des mandants puise sa source dans une règle fort ancienne : la révocation doit émaner du pouvoir même qui a constitué le mandat⁵⁴⁷. Cette règle n'a pas convaincu les auteurs du XIX^e siècle qui considèrent qu'il serait « exagéré » de compromettre l'intérêt de l'ensemble des personnes pour satisfaire celui d'une seule⁵⁴⁸. Cet argument rempli de bon sens est cependant bien trop vague pour permettre de discerner la véritable raison de ce refus. De plus, le renvoi à la notion d'« intérêt » d'une personne (et d'un groupe de personnes) ne fait qu'engendrer encore plus d'ambiguïté⁵⁴⁹. Nous proposons dès lors d'examiner la question sous un autre angle, en partant du postulat que deux règles sont bien établies : d'un côté, la révocation individuelle d'un mandat portant sur une chose indivisible sera inefficace ; d'un autre, la révocation individuelle sera efficace si le mandat porte sur une chose divisible. Cela nous conduit à poser la question suivante : qu'est-ce qui justifie cette différence de traitement de la révocation individuelle ? Un examen préalable du régime de l'indivision⁵⁵⁰ s'avère nécessaire.

⁵⁴⁷ Casaregis, disc. 128, n° 9, cité par les auteurs suivants : D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, Point 429, p. 752 ; M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 719, p. 662.

⁵⁴⁸ D. Dalloz aîné, A., Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, Point 429, p. 752 ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 719, p. 662-664 ; P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1, 1158, p. 665 ; L.-V. Guillouard, *Traité du contrat aléatoire & du mandat*, op. cit., 221, p. 529.

⁵⁴⁹ Nous verrons plus loin que les auteurs font souvent appel à la notion d'intérêt des parties quand ils traitent le mandat irrévocable. Le recours à cette notion dans le traitement du mandat donné par plusieurs mandants est peut-être une source supplémentaire de la confusion entre ces deux sujets.

⁵⁵⁰ Cet examen sera effectué sur le régime de l'indivision au XIX^e siècle pour comprendre le lien avec le mandat irrévocable. Aujourd'hui, la règle est adoucie pour certains actes accomplis par les indivisaires. Par exemple, l'article 815-3 du Code civil exige seulement une majorité de deux tiers des droits indivis pour effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis, ou donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration. Par conséquent, pour révoquer ce mandat, il suffit de réunir une majorité de deux tiers des droits indivis car il s'agit d'un acte d'administration. Toutefois, malgré ce changement, les raisonnements développés ultérieurement sur la révocabilité du mandat restent valables, car la révocabilité d'un mandat dépend de la possibilité au mandant de révoquer le contrat une fois que sa volonté de révoquer est acquise. Ces éléments sont restés inchangés : seules sont adoucies les conditions déterminant la volonté de révoquer le mandat par le mandant.

Au XIX^e siècle, l'indivision est très peu réglementée, car elle est considérée comme étant une situation d'anomalie qui n'est pas censée durer⁵⁵¹. Le seul article du Code civil qui la concernait illustre bien cette position : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires »⁵⁵². L'accent est mis sur le droit au partage, et non sur le régime de l'indivision. L'indivision est définie comme « l'état d'une chose appartenant à plusieurs personnes dont chacune [est] propriétaire de la chose entière »⁵⁵³. D'après cette définition, la qualité de propriétaire de l'indivisaire ne fait aucun doute... seulement sa propriété correspond à « une fraction » de la propriété du bien. En d'autres termes, le bien étant indivisible, on a divisé le droit. Par conséquent, chaque indivisaire, malgré sa qualité de propriétaire du bien, ne peut pas en disposer seul, ni le gérer à sa

⁵⁵¹ Ernest Cadet, Paul Ferrand, *Dictionnaire usuel de législation comprenant les éléments du droit civil, commercial, industriel, maritime, criminel, administratif, etc.*, 8^e éd., Librairie Classique Eugène Belin, Paris, 1895, p. 460 : « Comme l'indivision est une source de contestations, la loi déclare que nul n'est tenu d'y demeurer » ; D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, nouvelle édition, T. 41, Au bureau de la jurisprudence générale, Paris, 1856, 1503, p. 456 : « L'indivision, dit M. Chabot, ne convient ni à nos habitudes, ni à notre régime ; elle met des entraves à l'exercice du droit de propriété, et n'est le plus souvent qu'un sujet de discorde entre les copropriétaires ». La loi romaine signale aussi l'indivision comme une source de querelles, qu'il est de l'intérêt public de prévenir » ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, T. 3, 8^e éd., J. Delamotté Éditeur, Paris, 1894, 277, p. 209 : « L'indivision est, en général, peu favorable à la bonne administration des biens ; et la loi regarde avec raison comme contraire à l'intérêt de la société toute obligation d'y rester soumis, soit à perpétuité, soit même pendant une longue période de temps » ; Christophe Albiges, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, V^o Indivision (Généralités), 11 : « L'indivision, alors limitée à la dévolution successorale, était considérée comme une situation juridique nécessairement temporaire et précaire, qui n'avait pas vocation à durer. Dans l'esprit des rédacteurs du code civil, l'action en partage, réglementée par les articles 816 et suivants du code civil, constituait le terme jugé normal d'une telle situation » ; François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, 560, p. 421 : « Les rédacteurs du Code civil n'ont guère porté plus d'intérêt à l'indivision que ne l'avaient fait les jurisconsultes romains : ils n'ont pas éprouvé le besoin de donner un statut à l'indivision, considérée comme une situation de fait, dont il était souhaitable qu'elle durât le moins longtemps possible » ; Frédéric Zenati-Castaing, Thierry Revet, *Les biens*, Puf, 3^e éd., Paris, 2008, 350, 516-517.

⁵⁵² L'article 815, Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804*, *op. cit.*, p. 199-200. Cependant, l'alinéa 2 de l'article prévoit un tempérament : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée ».

⁵⁵³ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, *op. cit.*, T. 3, 277, p. 209 ; dans le même sens, E. Cadet, P. Ferrand, *op. cit.*, p. 460 : « C'est l'état des biens qui appartiennent en commun à plusieurs personnes » ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, 560, p. 421 : « La doctrine, en insistant sur le droit exclusif de chaque indivisaire sur sa part abstraite, ramenait l'indivision à une juxtaposition de propriétés individuelles ».

guise, car son droit, qui ne représente qu'une fraction de la propriété, est insuffisant pour lui conférer ces différentes facultés. Dans ces circonstances, si les indivisaires veulent gérer le bien, un accord unanime entre eux s'impose pour chaque décision⁵⁵⁴. Cette règle extrêmement rigide correspond bien à l'esprit dans lequel l'indivision est appréhendée à l'époque : il est inutile de prévoir un régime plus facile pour une situation qui n'est pas censée durer. Cependant, contrairement à cette perception, l'indivision peut durer dans le temps, justifiée soit par une situation de fait, soit par la volonté des parties. Émanant d'une volonté d'assouplir la règle rigide en matière de gestion du bien indivis, est apparu le mandat donné par l'ensemble des indivisaires à une personne unique pour la gestion du bien⁵⁵⁵.

Une fois le mandat conclu, un indivisaire ne pourra plus le révoquer seul. Cependant, vu l'originalité du système de l'indivision, plutôt que de poser la question de la révocabilité du mandat par un seul indivisaire, il paraît plus pertinent de s'interroger préalablement sur la qualification de la partie mandante : l'indivisaire désireux de révoquer le mandat peut-il être qualifié de mandant dans le cadre de ce contrat ? La réponse à cette question doit être apportée au regard de l'objet de ce contrat, qui est de conférer la gestion d'un bien indivis à un mandataire. Un indivisaire ne peut pas conférer à lui-seul la gestion du bien à un mandataire, car malgré son titre de propriétaire, il ne dispose que d'une partie du droit de gestion ; ainsi, il ne peut pas donner à autrui un pouvoir dont il ne dispose pas lui-même. Par conséquent, un indivisaire ne peut pas être considéré comme étant le mandant de ce mandat : il est seulement une « composante » du mandant. En réalité, le mandat qui porte sur la gestion d'un bien indivis est issu de la rencontre de deux volontés : d'un côté, la volonté du mandataire, et de l'autre, la volonté

⁵⁵⁴ Ch. Albiges, Répertoire de droit civil, Dalloz, V° Indivision (Généralités), préc., 14, à propos de l'indivision dans le code de 1804 : « En l'absence de convention déterminant les droits de chaque indivisaire, chacun des coindivisaires, en particulier lors d'une succession ou lors d'une indivision post-communautaire, était propriétaire de la totalité du bien indivis, ce qui supposait un consentement unanime pour tous les actes le concernant » ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, 350, 517, à propos du régime du Code de 1804 : « En attendant le partage, la qualité de propriétaire de chaque indivisaire subordonnait, à quelques exceptions près, l'efficacité des actes au consentement de tous ».

⁵⁵⁵ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, 350, 517 : « Des mécanismes généraux du droit commun, spécialement du droit des obligations (mandat, gestion d'affaires, notamment), permettaient un début d'assouplissement, dont la portée était limitée, car leur mise en œuvre dépendait de l'initiative des indivisaires ».

des indivisaires, laquelle doit être considérée comme formant un ensemble. Cela s'explique par le caractère unitaire de l'objet du contrat – la gestion du bien indivis –, sachant que cette gestion n'est envisageable qu'avec la réunion de l'ensemble des droits dont disposent les indivisaires. Par conséquent, seul peut être qualifié de mandant l'ensemble des indivisaires. Un seul indivisaire ou une partie, même majoritaire, des indivisaires ne pourront pas porter le titre de mandant pour ce contrat. En conclusion, la question de la révocabilité du mandat portant sur une chose indivisible doit être formulée de la manière suivante : le mandant, entendu comme l'ensemble des indivisaires, peut-il révoquer le mandat ? La réponse est bien entendu positive. Le mandat donné par les indivisaires à un mandataire pour la gestion du bien est un mandat « révocable ». Reste à examiner une situation particulière : le mandat donné par l'ensemble des indivisaires à l'un d'entre eux.

Le mandat donné à un indivisaire est considéré en principe comme un mandat « irrévocable » typique. Cependant, la démonstration précédente nous conduit à inverser cette règle : un mandat donné à un indivisaire est révocable par le mandant, entendu comme l'ensemble des indivisaires. Cette réponse théorique se heurte néanmoins à un obstacle d'ordre pratique. En effet, si l'indivisaire mandataire est d'accord pour que le mandat prenne fin, il aura tout simplement renoncé au mandat⁵⁵⁶, sans passer par la phase révocation. Autrement dit, dans les faits, lorsqu'il y a révocation du mandat par le mandant, elle est toujours faite à l'encontre de la volonté du mandataire : c'est la raison d'être de cette faculté de révocation qui est de permettre au mandant de mettre fin au mandat, sans avoir besoin de l'accord de son cocontractant. Par conséquent, quand la question de la révocation se pose dans le cadre d'un mandat donné à un indivisaire, c'est que l'indivisaire mandataire est forcément opposé à la fin du mandat. L'originalité de la situation réside ici dans l'identité du mandataire : il est à la fois le mandataire et un

⁵⁵⁶ L'article 2003 du Code civil : « Le mandat finit : par la révocation du mandataire ; par la renonciation de celui-ci au mandat ; par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire » ; l'article 2007 du même code : « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. »

élément du mandant⁵⁵⁷. Cet indivisaire mandataire qui ne veut pas que le mandat prenne fin, ne donnera pas son accord en tant qu'élément du mandant pour la révocation du mandat ; dès lors, en l'absence de son accord, les autres indivisaires ne pourront pas procéder à la révocation du mandat. Est-ce la preuve de l'irrévocabilité du mandat en question ? La réponse ne peut qu'être négative : le mandat ne peut certes pas être révoqué, mais c'est en raison du défaut de volonté de révoquer de la part du mandant, et non en raison du caractère « irrévocable » du mandat. Autrement dit, ce qui fait défaut c'est l'intention de révoquer le mandat de la part de mandant (une intention unanime de l'ensemble des indivisaires) ; il ne s'agit pas ici d'une interdiction faite au mandant de révoquer le mandat⁵⁵⁸. Par conséquent, le mandat donné à un indivisaire est un mandat « révocable ».

2° Le mandat d'administration donné à un associé par le contrat de société

Le raisonnement dans le cadre du mandat donné à l'indivisaire n'est pas applicable au mandat confié à l'associé mandataire en droit des sociétés⁵⁵⁹. En effet, contrairement à une indivision, chaque associé est investi du pouvoir d'administrer la

⁵⁵⁷ Une objection peut être élevée à l'encontre de cette hypothèse : cet indivisaire est seulement un mandataire, mais pas un élément du mandant, dans la mesure où il n'a pas besoin de donner lui-même le droit dont il dispose. Autrement dit, il suffit que cet indivisaire reçoive les droits conférés par les autres indivisaires pour réunir le droit de gestion sur l'ensemble du bien. Cette vision ne peut pas être suivie pour la raison que nous avons évoquée précédemment : une partie, même majoritaire, des indivisaires ne peuvent pas porter le titre de mandant. En absence de droit dont dispose cet indivisaire mandataire, les autres indivisaires ne pourront pas prétendre disposer d'un droit de gestion sur l'ensemble du bien, et ne pourront évidemment pas conférer ce droit à quiconque. Par conséquent, l'indivisaire mandataire est en même temps un élément du mandant.

⁵⁵⁸ Il faut également noter que, dans la situation de l'impossibilité de réunir une intention unanime des indivisaires, les indivisaires mécontents ont toujours une solution ultime : demander le partage. Nous pouvons trouver la protection de ce droit au partage à l'article 815 du Code civil, évoqué précédemment ; dans le même sens, l'article 816 renforce cette protection : « Le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou possession suffisante pour acquérir la prescription » : Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804, op. cit.*, p. 199-200.

⁵⁵⁹ L'article 1856 du Code civil : « L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat ».

société⁵⁶⁰. Deux solutions différentes ont été prévues par l'article 1856 du Code civil, selon que le contrat de mandat est prévu ou non par le contrat de société : le mandat donné à un associé administrateur prévu par le contrat de société ne peut pas être révoqué, tandis que celui confié à un associé administrateur par un acte postérieur peut être révoqué comme un simple mandat. Cette différence de traitement peut s'expliquer par la nature spéciale du contrat de société : considéré comme le fondement de la société, le contrat de société ne pourra pas être remis en cause sans l'accord unanime de l'ensemble des associés. En réalité, le contrat de société est un contrat conclu entre plusieurs parties contractuelles⁵⁶¹, contrairement à un contrat classique conclu entre deux parties seulement. Au sein de ce contrat que l'on peut qualifier de « complexe », chaque associé est une partie contractuelle. Par conséquent, à l'instar du régime du droit commun des contrats⁵⁶², la remise en cause du contrat de société nécessitera l'accord de l'ensemble des parties contractuelles, c'est-à-dire l'accord de tous les associés. Si un associé a été désigné par les statuts de la société comme l'administrateur de cette société (C. civ., art. 1856, al. 1^{er}), il ne peut pas être révoqué contre sa volonté, car l'absence d'une telle volonté entraîne le défaut d'accord unanime des parties au contrat de société⁵⁶³. En

⁵⁶⁰ Jean-Denis Bredin, *Code civil des français 1804*, op. cit., p. 450-451, au sujet de l'article 1859 du Code civil 1804 : « À défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes : 1^o. Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération, avant qu'elle soit conclue. 2^o Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. 3^o Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. 4. L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent ».

⁵⁶¹ L'article 1832 du Code civil 1804 : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

⁵⁶² L'article 1134 du Code civil.

⁵⁶³ Dans le même sens, D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Nouvelle Édition, Au bureau de la jurisprudence générale, Paris, 1858, T. 40, 440, p. 460 : « Dans le premier cas [al. 1^{er} de l'article 815 du Code civil], la nomination du gérant est une des conditions du contrat de société. Peut-être l'associé qui a été ainsi chargé de la gestion n'eût-il pas consenti sans cela à entrer dans la société ; peut-être même d'autres associés ont-ils fait de sa nomination une condition de leur concours. On donne habituellement au gérant qui a été ainsi désigné par l'acte de société la qualification de gérant statutaire... ».

absence de cet accord unanime, le contrat de société (notamment son contenu relatif à ce mandat) ne pourra plus être remis en cause. D'une manière comparable au mandat donné par des indivisaires à l'un des leurs, mais pour une raison différente, le mandat donné à un associé par le contrat de société est néanmoins révocable dans la mesure où l'obstacle à la révocation est l'absence de réunion de l'intention des mandants (ici *tous* les associés), et non l'interdiction de révoquer le mandat. Autrement dit, l'obstacle à la révocation réside dans la nature spéciale du contrat de société, lequel s'est formé entre plusieurs parties contractuelles. La preuve en est que lorsque l'associé a été désigné comme administrateur postérieurement au contrat de société (C. civ., art. 1856, al. 2), son mandat pourra être révoqué par chaque associé. Dans cette hypothèse, le mandat sera conclu entre d'un côté l'associé, et de l'autre la société elle-même⁵⁶⁴.

En conclusion, le mandat donné par plusieurs mandants⁵⁶⁵ à une même personne est un contrat « révocable », et doit donc être exclu du champ du mandat « irrévocable ». Le maintien de cette catégorie de mandat au sein des mandats irrévocables aurait pour conséquence d'entraîner une justification erronée du système. Cette exclusion opérée, il reste à examiner le contenu du mandat irrévocable.

B. Le seul mandat irrévocable retenu : le mandat *in rem suam*

Ainsi que cela a été rappelé précédemment, les mandats « irrévocables » n'ont pas été qualifiés d'emblée comme tels : ils sont présentés par la doctrine du XIXe siècle comme étant des exceptions à la faculté du mandant de révoquer le mandat, et non comme une catégorie juridique strictement définie. Les mandats irrévocables énumérés par les

⁵⁶⁴ Dans le même sens, R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, 719, p. 663-664 : « Lorsque le gérant d'une société est nommé après coup et en dehors du pacte social, j'ai pensé que la volonté d'un seul peut mettre fin à ce mandat. Voici mon motif : dans une société, chaque associé est investi, de droit, du pouvoir d'administrer (art. 1859). Or, c'est ce pouvoir qui a été délégué au gérant par chaque associé. Chacun n'a donné pouvoir que pour soi, et ce que sa volonté a pu faire, sa volonté peut le révoquer. Cette raison est-elle généralement applicable à toutes les espèces de communauté, où les communistes donnent un mandat en commun pour l'affaire commune ? Je ne vois pas de raison pour la négative, et j'écarte par conséquent l'opinion de Casaregis ».

⁵⁶⁵ Nous allons toutefois émettre une réserve sur le premier alinéa de l'article 1856 du Code civil, dont le contenu sera développé dans la section suivante.

auteurs sont d'une part le mandat *in rem suam*⁵⁶⁶, d'autre part le mandat donné par plusieurs personnes à un mandataire unique. Ayant exclu cette dernière hypothèse au terme des développements ci-dessus, le contenu du mandat irrévocable se limite donc désormais au mandat *in rem suam*⁵⁶⁷. Ainsi, la recherche de l'origine de l'irrévocabilité du mandat sera effectuée à travers l'examen de ce mandat. Au fond, ce contrat qui existait depuis l'époque romaine⁵⁶⁸ en tant que premier mandat irrévocable de l'Histoire, est le seul mandat irrévocable qui existe réellement. En effet, malgré le sens littéral du mandat *in rem suam* (1°), il remplissait une fonction très particulière en droit romain (2°). Néanmoins, reçu par le droit français, ce mandat a perdu sa fonction initiale, mais devient un synonyme du mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, d'où l'origine historique du mandat d'intérêt commun (3°).

1° La notion de mandat *in rem suam*

D'abord, il est possible de comprendre cette notion à partir de sa définition. Parfois, elle est entendue dans un sens littéral : le mandat de sa propre chose [le

⁵⁶⁶ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 30, 425, p. 750 : « Certains mandats sont irrévocables. Tel est celui qui a constitué le mandataire *procurator in rem suam* » ; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, *op. cit.*, T. 16, 718, p. 661-662 : « Il y a des mandats qui sont irrévocables. Tel est le cas du *procurator in rem suam*. Tel est le cas de l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, lequel ne peut être révoqué sans cause légitime. La révocation est alors un acte stérile qui n'enlève au mandataire aucun de ses droits. *Tale mandatum revocari non potest nec tacite per mortem, nec per expressam revocationem* » ; Sallé de La Marnierre, « Le mandat irrévocable », *RTD civ.*, 1937, 1, p. 242 : « Et cependant le mandat irrévocable est traditionnellement admis dans notre Droit. Rome connaissait déjà la *procuratio in rem suam*, qui permet de réaliser une vente ou une donation, et demeurait malgré la volonté contraire du mandant. Notre ancien Droit l'avait conservée, et si le Code est demeuré muet sur ce point, la jurisprudence immédiatement postérieure n'en a pas perdu le souvenir. Le mandat *in rem suam*, lit-on dans un arrêt, n'est pas réglé par le Code ; mais il a sa source dans le Droit romain, et est soumis à l'ancienne jurisprudence ».

⁵⁶⁷ Ou le *procurator in rem suam*. Le *procurator* désigne le mandataire et la *procuratio* désigne le mandat. Dans ce sens : Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, T. 6, p. 79 : « Celui des contractants qui confie à l'autre la gestion de l'affaire s'appelle, en termes de droit, *mandator* : nous l'appelons le mandant ; celui qui s'en charge, *mandatarius* ou *procurator* : nous l'appelons mandataire ou procureur ».

⁵⁶⁸ Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zaghariae*, *op. cit.*, T. 6, §410, p. 156, note 6 : « Cette dénomination [la *procuratio in rem suam*], empruntée au droit romain, a, dans ce droit, un sens tout spécial » ; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010, 708, p. 1048 : « Ce procédé [la *procuratio in rem suam*] est décrit par Gaius (2, 39) ».

mandataire de sa propre chose]⁵⁶⁹, mais le plus souvent, le mandat *in rem suam*⁵⁷⁰ est défini comme un mandat pour le compte du mandataire⁵⁷¹ ou encore un mandat pour l'intérêt personnel du mandataire⁵⁷². À la lecture de ces définitions, il semble que le mandat *in rem suam* soit une notion très large qui englobe un ensemble de mandats très variés : à partir du moment où le contrat de mandat a été conclu pour l'« intérêt » du mandataire ou bien pour son « compte », le mandat sera qualifié de mandat *in rem suam*. Cependant, malgré cette apparence, le mandat *in rem suam* avait une fonction toute particulière lors de sa création à l'époque romaine : il avait pour effet de créer les mêmes conséquences qu'une cession de créance⁵⁷³.

⁵⁶⁹ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 30, p. 752. Selon le moyen développé par Ravez, Buranteau, Borchon jeune et de Saget, du barrreau de Bordeaux, lors de l'appel contre l'arrêt du 21 décembre 1831 du tribunal de Bordeaux : « Ce tiers est bien mandataire, mais il est mandataire dans sa propre chose, ce qu'on appelle, en droit, *procurator in rem suam* ».

⁵⁷⁰ Traduction de Boudouin Ancel pour « *procurator in rem suam* » : « procureur [agissant] pour son propre compte » ou « ... dans son propre intérêt ».

⁵⁷¹ R.-J. Pothier, M. Bernardi (revu par), *Traité du contrat de vente, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Nouvelle Édition, Fontainebleau, 1806, 550, p. 316-317 : « Un tel mandataire est appelé par les Jurisconsultes, *procurator in rem suam*, parce qu'il exerce le mandat, non pour le compte du mandant, mais pour son propre compte ».

⁵⁷² Théophile Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, T. 12, Mandat ; Cautionnement ; Transaction ; Contrainte par corps ; Gage et antichrèse ; Mont-de-piété, warrants, etc. Art. 1984 à 2004, Paris, Librairie Cotillon, 1899, 3, p. 8-9 : « Il aura été fondé de procuration dans son intérêt personnel, *procurator in rem suam*, comme on disait en droit romain ».

⁵⁷³ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats, op. cit.*, T. 1, p. 447, 818 ; H. Capitant, Ambroise Colin, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, T. 2, 383, p. 353 : « En Droit romain (Girard, *Manuel*, 8^e éd., p. 776, et suiv.), on ne connut longtemps d'autre mode de substitution d'un créancier à un autre que la délégation novatoire, procédé qui exigeait le consentement du débiteur. Plus tard, un autre expédient fut trouvé, permettant de réaliser une cession de créance. Ce fut la *procuratio in rem suam*, dans laquelle le créancier donnait mandat à un tiers (le cessionnaire) d'agir à sa place contre le débiteur, tout en dispensant le *procurator* de l'obligation de rendre compte. On remarquera que, dans ce procédé, l'intervention nécessaire du débiteur subsiste » ; Paul. E.-A. Gérard, *De la cession des créances en droit romain (procuratio in rem suam) et en droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, 1873, p. 2 : « Le *procurator in rem suam* commença probablement à être utilisé à l'introduction du système formulaire. Nous allons voir qu'on arriva ainsi, par un moyen détourné, par un artifice de procédure, à faire passer sur la tête du cessionnaire, sinon le droit lui-même, du moins les conséquences utiles, l'émolument du droit » ; Christian Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun, op. cit.*, 24, p. 27 ; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil, Précis Dalloz*, 2^e éd., 2010, 708-709, p. 1048-1050, §1 : la transmission des créances en droit romain, (...) 2^o La *procuratio in rem suam*.

2° Le mandat in rem suam : une « cession » de créance en droit romain et en droit français sous l'Ancien Régime

À l'époque romaine, la transmission de la créance entre vifs n'est pas possible, car si la propriété est une réalité juridique « indépendante » de la personne, tel n'est pas le cas de la créance qui désigne un rapport entre deux personnes⁵⁷⁴. Par conséquent, « mettre un tiers aux lieu et place du créancier, et cependant ne pas l'y mettre en qualité de cessionnaire, est possible d'une manière et d'une seule : c'est de donner au tiers mandat d'exercer vis-à-vis du débiteur tous les droits du créancier. Un pareil mandat, qui est parfait sans le consentement du débiteur et qui n'altère pas la créance, permet au tiers d'obtenir du débiteur les mêmes avantages que le créancier lui-même eût obtenu. Et ces avantages une fois obtenus, le tiers les conservera pour lui, pourvu que le créancier, son mandant, l'ait dispensé de l'obligation de rendre compte ; ce qui est toujours le cas, quand le mandat, intervenant pour produire un transport de créances, est donné au mandataire pour sa propre affaire ou *in rem suam* »⁵⁷⁵. Cette création juridique est d'autant plus concevable qu'elle est favorisée par le système du droit romain dans lequel, contrairement

⁵⁷⁴ Prosper-Georges Devin, *Droit romain, Procuratio in rem suam. Droit français, Les titres au porteur*, Thèse pour doctorat, Faculté de droit de Paris, soutenue le mercredi 24 avril 1872, p. 1 : « Les jurisconsultes romains considèrent la nature des droits de créance comme essentiellement différente de celle des autres biens qui composent notre patrimoine. Tandis que les propriétés leur paraissent avoir par elles-mêmes une réalité propre, indépendante de la personne entre les mains de qui elles peuvent se trouver, les obligations au contraire ne sont pour eux qu'un rapport entre deux personnes données, rapport qui n'existe que parce que les deux termes (le créancier et le débiteur) en sont déterminés, et qui ne subsiste qu'autant que ces termes restent invariables. De ce principe résulte logiquement la conséquence que si un propriétaire peut transmettre son droit à un tiers, un créancier ne le peut pas, puisqu'il est impossible, sans détruire le rapport d'obligation, d'en changer un des termes. C'est ce que dit Gaius au §38 du livre II de ses commentaires (...) » ; Paul. E.-A. Gérard, *De la cession des créances en droit romain (procuratio in rem suam) et en droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, 1873, p. 1 : « La créance elle-même est incessible. Les Romains envisagent une obligation comme un rapport strictement circonscrit entre deux personnes déterminées, à tel point que si on change une de ces personnes, le rapport s'évanouit et l'obligation primitive est éteinte ».

⁵⁷⁵ P.-G. Devin, *Droit romain, Procuratio in rem suam. Droit français, Les titres au porteur, op. cit.*, p. 3-4 : « Cette représentation du créancier par un tiers n'était possible qu'à la condition que le créancier pût confier à un tiers le soin de poursuivre le débiteur, c'est-à-dire à la condition qu'il fût possible d'agir en justice par représentant. Or tant que dura le système des actions de la loi, personne ne put plaider pour autrui ». Il fallut attendre le système formulaire pour que le mandat *in rem suam* soit réalisable : « La loi Oebutia, rendue à la fin du VI^e siècle, et les deux lois Julia, rendues sous le règne d'Auguste, ayant remplacé le système des actions de la loi par le système formulaire, il fut désormais permis de plaider pour autrui, au mandat *in rem suam* ».

au droit français, le mandataire est engagé personnellement à l'égard du tiers⁵⁷⁶. Constitue ainsi un mandat *in rem suam* le mandat donné par le débiteur à son créancier et portant sur la poursuite en justice de « l'un de ses propres débiteurs avec dispense de rendre compte au mandant et abandon des sommes recouvrées »⁵⁷⁷.

Comment cet instrument a-t-il été reçu par le droit français sous l'Ancien Régime ? Ainsi que l'explique Pothier dans ses ouvrages : « Une créance étant un droit personnel du créancier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne, ni par conséquent se vendre »⁵⁷⁸. En revanche, les parties peuvent faire appel au mandat *in rem suam* pour

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 5 : « Les règles romanes sur ce mandat favorisaient encore singulièrement l'application du mandat *in rem suam* au transport des créances. On sait en effet que le mandataire prenait à l'égard des tiers un rôle personnel ; qu'il n'était pas seulement auprès d'eux l'interprète du mandant ; que les actions, auxquelles l'exercice de son mandat pouvait donner lieu au profit des tiers ou contre eux, prenaient naissance passivement ou activement, non pas dans la personne du mandant, mais dans celle du mandataire. Par application de cette règle, notre mandataire-cessionnaire obtient directement contre le débiteur l'action *judicati*, et est ainsi muni d'un droit propre, indépendant du cédant, pour poursuivre le bénéfice de la condamnation. Il est vrai que cette théorie du mandat, si l'on se place d'un point de vue général, ne fut jamais vraie de tous les mandataires, et qu'elle arriva même à se transformer complètement. Mais au point de vue spécial du mandat *in rem suam*, elle fut toujours absolue et ne se modifia jamais » ; P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats, op. cit.*, T. 1, p. 457, 793 : « À l'inverse de ce qui a lieu chez nous, c'est ce dernier mode de représentation [la commission] qui d'abord était seul admis, en droit romain, pour les affaires que nous appellerions civiles ; et c'est, au contraire, à propos des opérations commerciales que le premier mode [la représentation parfaite] avait été introduit par l'institution prétorienne des actions dites *institoria* et *exercitoria* » ; Jean Gaudemet, Emmanuelle Chevreau, *Droit privé romain*, 3^e éd., LGDJ, 2009, p. 273 : « le droit romain ignorant la représentation parfaite, les effets de l'acte accompli par le mandataire se produisent dans sa personne. Il devra donc les transférer à son mandant » ; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 473, p. 733 : « On notera qu'à la différence du droit français, le droit romain n'assure pas une représentation parfaite du mandant par le mandataire. L'acte effectué par ce dernier produit ses effets seulement sur sa propre tête : c'est le mandataire qui s'oblige, devient créancier ou débiteur, etc. Les tiers ne connaissent que lui. Le mandataire transférera ensuite à son mandant le bénéfice, ou le passif, résultant des opérations qu'il a accomplies ».

⁵⁷⁷ C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun, op. cit.*, 24, p. 27 : « Enfin, le troisième mandat qui offre une garantie de paiement au mandataire est la "*procuratio in rem suam*". Afin d'assurer le remboursement de sa dette, le débiteur donne mandat au créancier de poursuivre en justice l'un de ses propres débiteurs avec dispense de rendre compte au mandant et abandon des sommes recouvrées. À une époque où la cession de créance n'existait pas encore, cette technique réalise une cession d'action où le cessionnaire agit certes au nom du mandant qui reste titulaire de la créance, mais pour son compte personnel en tant que mandataire "*in rem suam*" ».

⁵⁷⁸ R.-J. Pothier, M. Bernardi (revu par), *Traité du contrat de vente, op. cit.*, n° 550, p. 316 : « Elle peut bien passer à l'héritier du créancier, parce que l'héritier est le successeur de la personne et de tous les droits personnels du défunt ; mais, selon la subtilité du droit, elle ne peut pas passer à un tiers, car le débiteur s'étant obligé envers une certaine personne, ne peut point, par le transport de la créance, transport qui n'est point de son fait, devenir obligé envers une autre ».

créer les effets du transfert de la créance⁵⁷⁹. Il semble qu'il ne s'agisse ici que d'une simple reprise du droit romain. Cependant, la chose n'est pas toujours aussi claire. Ainsi, d'après l'article 108 de la Coutume de Paris : « un simple transport ne saisit point, & il faut signifier le transport à la partie, & en bailler copie auparavant que d'exécuter »⁵⁸⁰. Toutefois, s'il n'est pas facile d'apporter une réponse limpide sur la cessibilité de la créance sous l'Ancien Régime, la situation est plus claire depuis l'élaboration du Code civil.

Avec le Code Napoléon, le principe d'incessibilité de la créance a été abandonné. Lors de l'exposé des motifs devant le Corps législatif, Portalis explique qu'« indépendamment des choses immobilières, il est une troisième espèce de biens, celle des créances et autres droits incorporels. Cette espèce de biens est de la création de l'Homme ; elle est l'ouvrage de ses mains ; elle est dans le commerce comme tous les autres biens. Elle est conséquemment susceptible d'être vendue, cédée ou transportée »⁵⁸¹. L'article 1689 du Code Napoléon prévoit d'ailleurs : « dans le transfert d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre »⁵⁸². À partir du moment où le droit français reconnaissait la cession de créance, le mandat *in rem suam* perdait son utilité initiale. Dès lors, comment ce mandat va-t-il être perçu ultérieurement ?

⁵⁷⁹ *Ibid.* : « Néanmoins les jurisconsultes ont inventé une manière de transporter les créances sans le consentement ni l'intervention du débiteur. Comme le créancier peut exercer contre son débiteur, par un mandataire aussi bien que par lui-même, l'action qui naît de sa créance, lorsqu'il veut transporter sa créance à un tiers, il fait ce tiers un mandataire pour exercer son action contre son débiteur ; et il est convenu entre eux que l'action sera exercée par le mandataire, à la vérité au nom du mandant, mais aux risques et pour le compte du mandataire, qui retiendra pour lui tout ce qu'il exigera du débiteur en conséquence de ce mandat, et n'en rendra aucun compte au mandant. Un tel mandataire est appelé par les Jurisconsultes, *procurator in rem suam*, parce qu'il exerce le mandat, non pour le compte du mandant, mais pour son propre compte. Un mandat fait de cette manière est, quant à l'effet, un vrai transport que le cessionnaire fait de sa créance (...) ».

⁵⁸⁰ Coutume de la prévôté et vicomté de Paris, 1580, art. 108, rapportée par C.-A. Bourdot de Rochebourg, *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom de Gaules*. Michel Brunet, Paris, 1724, t. 3, p. 39 : « cet article n'a pas seulement lieu pour l'exécution, mais pour faire que le transport n'ait aucun effet avant la signification ».

⁵⁸¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, tome 14, p. 149.

⁵⁸² J.-D. Bredin, *Code civil des français 1804, op. cit.*, p. 413.

3° Le mandat in rem suam depuis la période du Code civil des français

Certains auteurs considèrent que l'expression de mandat *in rem suam* n'est plus utile en droit français. Ainsi que le propose Paul Pont, il faut « laisser cette expression de côté dans l'état actuel de notre législation », car « elle est empruntée aux Romains, chez lesquels elle avait un sens technique qui ne peut plus se retrouver aujourd'hui »⁵⁸³. De même, Aubry et Rau⁵⁸⁴ considèrent que cette expression avait un sens tout particulier en droit romain. Dans les ouvrages écrits par ces auteurs, le mandat *in rem suam* apparaît davantage comme un vieux souvenir du droit romain que comme une catégorie juridique reconnue par le droit positif. Cependant, d'autres juristes continuent à inclure le mandat *in rem suam* parmi les mandats irrévocables. La jurisprudence, quant à elle, s'en tient à une position de principe claire : elle n'hésite pas à reconnaître cet instrument juridique et son lien avec le droit romain. Ainsi, dans une décision du 13 février 1832, les magistrats de la cour d'appel de Bordeaux expliquent de la manière suivante la place du mandat *in rem suam* : « attendu que le mandat *in rem suam* n'est pas réglé par des dispositions spéciales du code civil ; qu'il a sa source dans le droit romain ; que, considéré comme une convention autorisée, par cela seul qu'il n'est pas défendu par la nouvelle législation, il reste soumis aux principes de l'ancienne jurisprudence »⁵⁸⁵. Il est possible d'en conclure que le mandat *in rem suam* continue à exister postérieurement à la création du Code Napoléon⁵⁸⁶, de même que son régime d'irrévocabilité.

Une étude de la jurisprudence permet de mettre en exergue les différents types de contrats qualifiés expressément de mandats *in rem suam*. Il en est ainsi du mandat donné par un débiteur à son créancier, portant sur la vente du bien de ce débiteur à défaut

⁵⁸³ P. Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1, p. 447, 818 : « On désignait par là le détour auquel on avait recours pour aboutir, en pratique, à un résultat que la théorie ne reconnaissait pas directement, celui que produit aujourd'hui la cession ou le transport des créances ».

⁵⁸⁴ Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zaghariae*, op. cit., T. 6, §410, p. 156, note 6 : « Lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, ce dernier est vulgairement appelé *procurator in rem suam*. Cette dénomination, empruntée au droit romain, a, dans ce droit, un sens tout spécial ».

⁵⁸⁵ CA Bordeaux, 13 février 1832, Otard c/ Bazergue et Espinasse, arrêt reproduit par D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, p. 751.

⁵⁸⁶ Dans le même sens, Sallé de La Marnierre, « Le mandat irrévocable », RTD civ, 1937, 1, p. 242.

de paiement par celui-ci⁵⁸⁷. Tel est le cas dans l'arrêt précité du 13 février 1832. Il en est de même dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon le 18 mars 1869⁵⁸⁸, confirmé par la Cour de cassation le 31 juillet 1872⁵⁸⁹ : « Attendu que le mandat que confèrent ces conventions à de Chazelles pour faire des 136,000 fr. dont s'agit l'emploi déterminé par elles n'est point un mandat simple donné dans l'intérêt du seul mandant ; qu'il a été donné dans l'intérêt des deux parties ; que de pareils pouvoirs, qui constituent de Chazelles *procurator in rem suam*, ne sont pas révocables à la volonté du mandant ». Cependant, dans d'autres arrêts⁵⁹⁰ portant sur des faits similaires, l'expression de mandat *in rem suam* n'est pas employée ; les magistrats se contentent d'employer l'expression de « mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ».

La situation est alors la suivante : on est en présence, dans toutes les décisions susvisées, d'un mandat donné par un débiteur à son créancier, portant sur la vente d'un bien appartenant au premier pour rembourser sa dette à l'égard du second. Parfois ce mandat est appelé mandat *in rem suam*, parfois il est simplement dénommé « mandat conclu dans l'intérêt commun » ; dans tous les cas, ces mandats sont considérés comme irrévocables. Il est donc possible d'en déduire qu'il existe une similitude entre le mandat *in rem suam* et le « mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ». Cette opinion est d'ailleurs confirmée par la doctrine de l'époque. Ainsi, les frères Dalloz classent-ils sous la catégorie du mandat *in rem suam* les mandats portant sur la vente du bien du débiteur par le créancier, tout en citant des arrêts où il est question de mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire mais où le terme « mandat *in rem suam* » est absent⁵⁹¹. Autrement dit, dans le droit français de l'époque, l'expression

⁵⁸⁷ C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, op. cit., 58, p. 66 : « La première manifestation de l'existence d'un mandat d'intérêt commun recensée en jurisprudence concerne ce type de mandat ».

⁵⁸⁸ CA Lyon, 18 mars 1859, arrêt reproduit : S. 1873.1.159.

⁵⁸⁹ Cass. civ., 31 juillet 1872, Synd. Tranchant c/ de Chazelles : S.1873.1.157.

⁵⁹⁰ Cass. civ., 20 mai 1840, Podesta c/ Aimant : S.1840.1.397 ; Cass. civ., 20 mai 1840, Peneau de Littré c/ Peneau : S.1840.1.398 ; Cass. civ., 20 mai 1840, Deladeuille et A. c/ Époux Lemaire : S.1840.1.399 ; Cass. civ., 20 mai 1840, Rhodes c/ la Caisse hypothécaire : S.1840.1.399 ; Cass., 31 juillet 1872 : S.1873.1.157 ; Cass., 5 mai 1873, S.1873.1.298 ; CA Bordeaux, 27 avril 1885 : D.1886.2.263 ; CA Paris, 19 novembre 1908 : Gaz. Pal. 1909.1, p. 663-667.

⁵⁹¹ CA Bordeaux, 2 juin 1827, 2^e ch., M. Blanc-Dutrouilh, pr., arrêt reproduit par D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit*

de mandat *in rem suam* n'est plus utilisée exclusivement pour qualifier une « cession de créance ». Elle est devenue synonyme de « mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ».

En conclusion, le mandat *in rem suam*, qui est à l'origine un instrument du droit romain ayant pour effet de transférer une créance, est devenu en droit français le « mandat irrévocable », qui est « conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ». Là se trouve l'origine historique du mandat d'intérêt commun.

Section II. L'irrévocabilité du mandat *in rem suam* inadaptée à l'agence commerciale

Ainsi que cela a été démontré précédemment, le contrat d'agence commerciale est un mandat d'intérêt commun, qui puise son origine dans le mandat *in rem suam*. Cependant, le régime de l'agence commerciale est différent de celui du mandat *in rem suam*.

D'abord, contrairement à celui-ci, l'agence commerciale est un contrat révocable. En effet, lorsqu'il s'agit de la résiliation d'une agence commerciale à durée indéterminée, l'acte de révocation sera efficace. Le mandant devra seulement payer à l'agent commercial une indemnité « compensatrice en réparation du préjudice subi »⁵⁹². Certes la résiliation de l'agence commerciale à durée indéterminée doit respecter un délai de préavis⁵⁹³. Cependant, l'inobservation de ce délai donnera uniquement lieu à une

civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit., T. 30, p. 751 ; Cass., 20 mai 1840, aff. Rhodes ; Ch. des req., 20 mai 1840, aff. Pineau et aff. Deladeuil.

⁵⁹² L'article L. 134-12 du Code de commerce.

⁵⁹³ L'article L. 134-11 du Code de commerce : « Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée. Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Les dispositions du présent article sont applicables au contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède. La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil. Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent. Ces

indemnité supplémentaire⁵⁹⁴ : l'acte de révocation reste efficace. À l'inverse, ainsi que cela a été démontré précédemment, le mandat *in rem suam* n'est pas révocable par le mandant. La jurisprudence précise que ce mandat « ne peut être résolu par la volonté de l'une des parties »⁵⁹⁵ et qu'il ne peut « être révoqué que du consentement des deux commettants »⁵⁹⁶. Dès lors et contrairement au mandat d'agence commerciale, la révocation d'un mandat *in rem suam* à durée indéterminée par le mandant est inefficace⁵⁹⁷ : le mandat continue d'exister malgré l'acte de révocation de la part du mandant – d'où sa qualification de « mandat irrévocable ».

Ensuite, lorsqu'il s'agit d'un contrat d'agence commerciale à durée déterminée, dans tous les cas, il prend fin à l'arrivée du terme contractuel et l'une des parties peut refuser la poursuite de la relation contractuelle au-delà de ce terme. Néanmoins cette situation donne droit à une indemnité au profit de l'agent commercial⁵⁹⁸, tandis qu'elle correspond à une fin normale du mandat *in rem suam*.

En conclusion, on relève d'importantes différences entre le régime de la révocation du mandat *in rem suam* et celui de la révocation de l'agence commerciale. Ces différences sont-elles suffisantes pour remettre en cause le lien de continuité entre les deux contrats qui a été démontré précédemment ? Pour répondre par la négative, il est toujours possible d'avancer l'argument de l'adaptation de la solution aux exigences de la

dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure »

⁵⁹⁴ Cass.com., 2 novembre 1993, n° 92-12673 ; Cass.com., 14 juin 1994, n° 92-17167 ; Cass.com., 23 novembre 1999, n° 97-18695 ; Cass.com., 26 octobre 2010, n° 09-69208.

⁵⁹⁵ Tribunal de la Seine, 18 juin 1870, Alberto Balestrini c/ Aubert et a. : S. 1873.1.24 ; CA Lyon, 18 mars 1869, Synd. Tranchant c/ de Chazelles, S. 1873.1.158 ; Cass. civ., 31 juillet 1872, Synd. Tranchant c/ de Chazelles, S. 1873.1.159 ; CA Bordeaux, 27 avril 1885, D.1886.2.263 ; CA Bordeaux, 13 février 1832, S.1832.2.311 ; CA Paris, 19 novembre 1908, Gaz.Pal.1909.1.p.663-667 ; Cass.civ., 20 mai 1840, Podesta c/ Aimant, S.1840.1.397 ; Cass.civ., 20 mai 1840, Peneau de Littré c/ Peneau, S.1840.1.398 ; Cass. civ., 20 mai 1840, Deladeuille et autres c/ Époux Lemaire, S.1840.1.399.

⁵⁹⁶ Cass. Req., 6 janvier 1873, Alberto Balestrini c/ Aubert et a., S. 1873.1.25.

⁵⁹⁷ R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, op. cit., T. 16, Paris, 1846, 718, p. 661-662 ; D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., T. 30, 425, p. 750 ; L.-V. , *Traité du contrat aléatoire & du mandat*, op. cit., 216, p. 526.

⁵⁹⁸ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 134-12 du Code de commerce.

vie commerciale : le maintien du contrat d'agence commerciale est peu réaliste lorsque le commettant n'a plus d'intention de continuer la relation avec l'agent commercial ; une indemnisation au bénéfice de ce dernier est alors préférable. Cependant, cet argument ne permet pas d'expliquer la différence de traitement du contrat à durée déterminé par ces deux régimes. Le droit de mettre fin à un mandat *in rem suam* à durée déterminée est le même qu'en droit commun, tandis que ce droit donne lieu à une indemnité de rupture dans le cadre d'une agence commerciale. Ainsi, pour cerner précisément le lien entre le mandat *in rem suam* et l'agence commerciale, il est indispensable de connaître la raison de l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*, pour examiner ensuite son application à l'agence commerciale.

En réalité, les parties à un mandat *in rem suam* sont liées en même temps par un autre lien de droit (§I) auquel le mandat constitue une clause contractuelle (§II), ce qui permet d'expliquer son caractère irrévocable. Cette explication n'est pas applicable à l'agence commerciale (§III) ; par conséquent, son rattachement à la théorie du mandat *in rem suam* ou encore à celle de mandat d'intérêt commun est erroné.

§ I. L'irrévocabilité du mandat *in rem suam* en raison d'un autre lien de droit

Un examen des différentes hypothèses de mandat *in rem suam* permet de relever une particularité de cet acte : il s'accompagne toujours d'un autre lien de droit existant entre les deux parties (A). En raison du caractère accessoire du mandat par rapport à cet autre lien juridique, l'on est tenté de faire référence à la théorie du contrat accessoire (B) ou encore à qualifier le mandat de mode d'exécution d'une obligation du mandant (C). Cependant, aucune de ces deux propositions ne permet d'expliquer l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*. Devant la certitude sur le rapport existant entre le mandat et l'autre lien de droit, un doute commence à émerger quant à l'identité véritable du mandat *in rem suam* : s'agit-il d'un véritable contrat ? (D)

A. La particularité du mandat *in rem suam* : l'existence d'un autre lien de droit entre le mandant et le mandataire

Le mandat *in rem suam* peut prendre différentes formes, porter sur des contenus divers. Ce peut être un mandat lié au recouvrement d'une créance : le mandat donné par

un débiteur à son créancier afin de rembourser sa dette⁵⁹⁹, le mandat donné par l'assuré à l'assureur pour l'exercice de l'action pour demander une réparation du préjudice⁶⁰⁰, le mandat donné par le donateur au donataire pour l'exercice de l'action en revendication de l'objet de donation⁶⁰¹. Mais il peut également s'agir d'un mandat sans lien avec le recouvrement de la créance. Ainsi, dans un arrêt rendu le 6 janvier 1873 par la Cour de cassation, un contrat avait été conclu entre deux personnes et l'inventeur d'un système de câble électrique, aux termes duquel les deux premières s'engageaient à créer une SARL destinée à exploiter la concession télégraphique, moyennant des avantages procurés à l'inventeur. Selon ce contrat, l'inventeur avait donné des pouvoirs très étendus aux deux personnes afin qu'elles puissent constituer la société. La Cour estime que le mandat, donné dans « l'intérêt du mandant et du mandataire », « ne pouvait être révoqué que du consentement des deux commettants »⁶⁰². De même, dans le contrat de crédit-bail, il peut arriver que le crédit-bailleur donne un mandat d'achat au crédit-preneur, pour ensuite remettre le bien en location à l'égard de ce dernier : ce mandat est également irrévocable⁶⁰³.

À travers ces exemples donnés en matière de mandat *in rem suam*, l'on observe que le mandat n'est jamais le seul lien de droit existant entre le mandant et le mandataire. Il existe toujours d'autres liens juridiques⁶⁰⁴ entre eux ; cela peut être un contrat de prêt,

⁵⁹⁹ CA Lyon, 18 mars 1859, arrêt reproduit : S. 1873.1.159 ; Cass. civ., 31 juillet 1872, Synd. Tranchant c/ de Chazelles, S.1873.1.157 ; Cass. civ., 20 mai 1840, Podesta c/ Aimant, S.1840.1.397 ; Cass.civ., 20 mai 1840, Peneau de Littré c/ Peneau, S.1840.1.398 ; Cass.civ., 20 mai 1840, Deladeuille et a. c/ époux Lemaire, S.1840.1.399 ; Cass.civ., 20 mai 1840, Rhodes c/ la Caisse hypothécaire, S.1840.1.399 ; Cass., 31 juillet 1872, S.1873.1.157 ; Cass., 5 mai 1873, S.1873.1.298 ; CA Bordeaux, 27 avril 1885, D.1886.2.263 ; CA Paris, 19 novembre 1908, Gaz.Pal. 1909.1, p. 663-667.

⁶⁰⁰ Trib. Com. Bordeaux, 1 janvier 1897 et Trib. Com. Bordeaux, 31 janvier 1898 sous chambre de requêtes, 26 décembre 1899 ; S.1901.1.43 ; CA Riom, 27 octobre 1934 ; D.H.1935.2.31 ; CA Aix, 18 mai 1937 ; D.H.1937.370 ; Cass. civ., 4 mai 1942 ; D.C.1942.131, n. A. Besson, JCP, 1942.II.1885, obs. P.L.-P. ; Cass. civ., 20 juillet 1942 : D.C. 1942, 129, n. P.L.-P. ; JCP 1942.II.2044, obs., A.B. ; Rapp. Civ., 11 février 1891 : D.P.1891.1.197 ; S. 1.122.

⁶⁰¹ Cass. civ., 17 juin 1959, Bull. civ. I, n° 302, p. 251 : en l'espèce, l'objet de la donation est une créance sur une société.

⁶⁰² Cass. Req., 6 janvier 1873, S.1873.1.24.

⁶⁰³ CA Lyon, 25 juin 1975 : Gaz. Pal. 1977.1.222. n. E.M.B. ; CA Paris, 3 juin 1980, Gaz. Pal. 1981.1.somm.35.

⁶⁰⁴ Christian Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun, op. cit.*, p. 53-71.

une donation, un contrat d'assurance ou un autre contrat complexe. Quel est le rapport entre cet autre lien de droit et le mandat *in rem suam* ?

B. L'abandon de la théorie du contrat accessoire

Les auteurs du XIX^e siècle avaient déjà conscience du lien existant entre le mandat irrévocable et une autre relation contractuelle entre les deux parties. Ainsi, Paul Pont explique qu'un mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire « participe du contrat synallagmatique, et, par conséquent, [...] ne peut être révoqué par la seule volonté du mandant ; la révocation doit nécessairement résulter du consentement des deux parties contractantes »⁶⁰⁵. Il précise que « quoi qu'il en soit, il ne reste pas moins certain, en principe, que lorsqu'il n'est pas constitué dans l'intérêt exclusif du mandant, quand il n'est lui-même que la condition ou la suite d'une convention synallagmatique, le mandat est irrévocable, ou du moins il n'est pas révocable par la seule volonté du mandant. On peut appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus du mandat donné par un débiteur à son créancier de faire procéder à la vente de ses biens (...) » [nous soulignons]⁶⁰⁶. Dans le même sens, Aubry et Rau ont rappelé par la suite que « lorsqu'un mandat est conféré dans l'intérêt du mandataire, par exemple, à un créancier pour sûreté de sa créance, il est moins accordé à l'individu personnellement et à la confiance qu'il inspire qu'il n'est donné au créancier en sa qualité, et par suite d'une espèce de nécessité. Le mandat étant plutôt attaché à la créance qu'à la personne, les créanciers du mandataire peuvent, en pareil cas, l'exercer en son nom »⁶⁰⁷.

Les auteurs du XX^e siècle ont confirmé cette approche. Certes, ils ne mettent pas au premier rang le lien entre le mandat irrévocable et le contrat synallagmatique, mais ils n'ignorent pas la notion d'« accessoire ». Ainsi, d'après Christian Pigache, la théorie traditionnelle du mandat d'intérêt commun doit être considérée comme étant l'accessoire nécessaire à la réalisation d'un lien de droit principal préexistant ou coexistant dans lequel le mandant est débiteur d'une obligation, « dont l'exécution » peut « constituer l'objet du

⁶⁰⁵ Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, op. cit., T. 1, 1159, p. 665-666.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 666.

⁶⁰⁷ MM. Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zaghariae*, op. cit., T. 4, p. 206, note 29.

mandat »⁶⁰⁸. Autrement dit, le mandat d'intérêt commun sera un « accessoire nécessaire, non pas à l'existence, mais à la réalisation d'un lien de droit principal »⁶⁰⁹. De même, après avoir insisté sur la conclusion du mandat dans l'intérêt du mandataire, M. Catoni ajoute que ce mandat est « au surplus (...) l'accessoire, voire la modalité d'exécution d'un autre contrat qui, lui, s'impose aux parties »⁶¹⁰. Quelle que soit l'expression employée, l'idée est claire : le mandat d'intérêt commun est l'accessoire d'une autre relation juridique entre les contractants⁶¹¹.

En vérité, cette idée a été non seulement suivie par la doctrine, mais également par la jurisprudence. Les décisions rendues au XIX^e siècle – tout comme celles d'aujourd'hui – font appel à cet élément afin de justifier l'irrévocabilité du mandat. Ainsi, selon un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux les 12 et 19 août 1831, « on ne pouvait [pas anéantir le mandat] sans porter atteinte au contrat *principal* d'échange auquel il se rattachait, et dont la validité n'était pas contestée »⁶¹². De même, dans un arrêt rendu le 3 novembre 1947 par la Cour de cassation, a été qualifié de mandat d'intérêt commun celui qui a été confié « accessoirement à un contrat avec lequel il faisait corps »⁶¹³.

La théorie du contrat accessoire comme justification de l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* semble donc faire sens au regard du droit français. Il est vrai que cette théorie tient compte de la particularité du mandat *in rem suam* ; plus précisément, elle tient compte du rapport existant entre le mandat *in rem suam* et l'autre lien de droit. Dans une telle perspective, le mandat *in rem suam* apparaît comme un contrat accessoire, tandis que l'acte donnant naissance à un autre lien de droit entre les parties est qualifié de

⁶⁰⁸ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, *op. cit.*, p. 305.

⁶⁰⁹ C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, *op. cit.*, n° 47, p. 58.

⁶¹⁰ Jean Catoni, *Le décret du 23 décembre 1958 et la résiliation du contrat de représentation commerciale*, *op. cit.*, 1., p. 75

⁶¹¹ Jacques Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », *op. cit.*, n° 6, p. 111

⁶¹² CA Bordeaux, 23 novembre 1831 : D., 1832, 2, 29 ; CA Pau, 26 nov. 1873, D. 74. 5. 327, S. 74. 2.71 ; Tribunal de Neufchatel, 29 juillet 1891, confirmé par CA Rouen, 1^{er} avril 1892, 2, 134 ; CA Bordeaux, 7 juillet. 1837, S.V., 37, 2, 452.

⁶¹³ Cass. civ., 3 novembre 1947 : JCP. 1947, II, 4009 ; RTD civ. 1948, 82, obs. J. Carbonnier.

contrat principal. Cependant, il suffit de parcourir la théorie du contrat accessoire pour démontrer qu'en réalité, celle-ci ne permet pas d'expliquer l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*.

Selon Pothier, les contrats peuvent se diviser « en contrats principaux et en contrats accessoires »⁶¹⁴ : « les contrats principaux sont ceux qui interviennent principalement et pour eux-mêmes », alors que « les contrats accessoires sont ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat »⁶¹⁵. De même, les frères Dalloz reprennent dans leurs ouvrages cette division : on peut « diviser les contrats en principaux et accessoires. Le contrat principal est celui qui a une existence propre ; le contrat accessoire, au contraire, dépend d'un contrat principal, et n'a d'existence que celle du contrat auquel il se rattache »⁶¹⁶. Par conséquent, il existe une dépendance du contrat accessoire à l'égard du contrat principal. L'application de cette théorie au mandat *in rem suam* suppose que ce dernier soit dépendant du contrat principal conclu entre le mandant et le mandataire. Prenons l'exemple du mandat portant sur la vente du bien de l'emprunteur, qui serait donné par ce dernier à son prêteur afin de rembourser sa dette en cas de défaut de paiement : ce mandat serait un contrat accessoire, dépendant du contrat de prêt conclu entre les mêmes parties.

L'articulation qui est déduite ici est exacte et correspond bien à la relation entre les deux contrats en question : si l'emprunteur avait remboursé au prêteur l'argent prêté, le contrat de prêt serait éteint suite à l'exécution de l'obligation contractuelle. Par conséquent, le mandat n'aurait plus lieu d'exister en tant que contrat accessoire. Cependant, l'inverse n'est pas vrai : la dépendance du mandat à l'égard du contrat principal ne permet pas davantage d'expliquer l'irrévocabilité du mandat. En réalité, selon la définition même du contrat accessoire, celui-ci ne peut pas exister seul, indépendamment du contrat principal ; en revanche, le contrat principal subsiste malgré

⁶¹⁴ Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier, op. cit.*, T. 1, 14, p. 90.

⁶¹⁵ *Ibid.* : « ... tels sont les contrats de cautionnement et de nantissement ».

⁶¹⁶ D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, T. 33, 81, p. 74 : « ... L'hypothèque, le nantissement, le cautionnement forment des contrats accessoires (V. M. Marcadé, sur l'art. 1107 ; Larombière, t. 1, p. 27, n° 9) ».

l'extinction du contrat accessoire. Par conséquent, ni l'existence d'un contrat principal ni son lien avec le contrat accessoire ne permettent de justifier l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* : « ce n'est pas parce que la durée de l'accessoire est limitée par celle du principal, qu'il faut en déduire que l'accessoire doit subsister aussi longtemps que le principal »⁶¹⁷.

Par conséquent, la théorie du contrat accessoire ne justifie pas l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille abandonner la piste du rapport entre ce mandat et un autre lien de droit. En vérité, la théorie du contrat accessoire est certes insuffisante pour expliquer l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*, mais elle reste néanmoins pertinente pour décrire le mandat *in rem suam* ; simplement cette description n'est pas complète et ne permet pas d'expliquer l'ensemble des caractères du mandat *in rem suam*. Dès lors, d'autres propositions restent possibles.

C. Le rejet de la qualification du mandat *in rem suam* en tant que mode d'exécution d'une obligation du mandant

Dépassant la théorie du contrat accessoire, M. Sallé de La Marinière préfère un critère plus large pour décrire le mandat *in rem suam* : « le mandat est irrévocable par nature lorsqu'il a pour but, grâce à l'exercice par le mandataire de son pouvoir de faire des actes juridiques pour le compte du mandat, d'assurer l'exécution d'une obligation de ce dernier, à son profit ou à celui d'un tiers »⁶¹⁸. De même, selon M^{me} Houin, le mandat d'intérêt commun est « donné en vue de faciliter l'exécution d'une obligation mise à la charge du mandant, et qui bénéficie au mandataire ou à un tiers »⁶¹⁹. Pareillement,

⁶¹⁷ Christian Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun, op. cit.*, 92, p. 102 : « attribuer un caractère irrévocable au mandat d'intérêt commun en se référant à la nature accessoire de ce contrat relève d'une confusion sur le sens du jeu de la règle de l'accessoire ».

⁶¹⁸ M. Sallé de La Marinière, *Le mandat irrévocable, op. cit.*, p. 260 : « La doctrine, au surplus, qui admet dans sa très grande majorité l'existence du mandat irrévocable, le reconnaît pour tel dans la mesure où il est l'« accessoire » d'un autre contrat. Ce terme paraît bien invoquer une notion assez voisine de celle à laquelle nous sommes parvenus. Il est préférable à celui trop étroit de condition, et à celui trop large d'intérêt. Mais il est cependant encore trop étroit, car le mandat peut servir à l'exécution d'une obligation non contractuelle, mais légale ».

⁶¹⁹ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, op. cit.*, p. 301.

M. Pigache⁶²⁰ précise que le fondement de l'irrévocabilité est le but à atteindre par le mandat⁶²¹ ; il fait ensuite appel à la notion de « cause du contrat »⁶²² pour en déduire que la cause du mandat d'intérêt commun traditionnel est « l'exécution d'une obligation juridique mise à la charge du mandant à l'occasion d'un autre rapport de droit qui l'unit au mandataire ».

Cette vision, qui considère le mandat *in rem suam* comme le mode d'exécution d'une obligation du mandant, est également partagée par un certain courant jurisprudentiel⁶²³. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation⁶²⁴ le 6 janvier 1965, la haute juridiction considère que le mandat d'intérêt commun est « la suite ou le mode d'exécution » d'un autre lien de droit existant entre les parties. Comme précédemment pour la théorie du contrat accessoire, il semble que cette approche du mandat *in rem suam* soit également adoptée par une partie de la doctrine. Cependant, par rapport à la théorie

⁶²⁰ Cependant, M. Pigache considère que le mandat n'est pas vraiment « irrévocable » : il est révocable, simplement, sa révocation est « contrôlée » (*op. cit.*, p. 114). L'irrespect de ce contrôle ne va pas entraîner l'inefficacité de la révocation, mais simplement une indemnité auprès du mandataire lésé. Autrement dit, la théorie du mandat d'intérêt commun n'a pas pour effet de rendre irrévocable le mandat, elle n'a pour effet que d'atténuer la révocabilité du mandat (*op. cit.* p. 108). Le motif légitime n'est pas une condition de validité pour la révocation, mais simplement une modalité d'exercice de cette dernière (*op. cit.* p. 131). Cette opinion correspond bien au contenu du mandat d'intérêt commun tel qu'il est aujourd'hui. Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, traditionnellement, le mandat d'intérêt commun est irrévocable.

⁶²¹ Christian Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, *op. cit.*, 65, p. 75. L'autre fondement (la théorie du contrat accessoire) présenté dans la même partie a été rejetée dans la partie suivante par l'auteur.

⁶²² C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, *op. cit.*, p. 288- 296 : « L'élément objectif qui donne son existence au contrat », c'est-à-dire « celui en l'absence duquel la poursuite du but contractuel n'a aucune raison d'être » (n° 263, p. 301-302) ; il ne faut pas la confondre avec la cause de l'obligation. La doctrine et jurisprudence définissent la cause du contrat « comme la raison, le ou les motifs qui ont déterminé les parties à conclure » pour apprécier le caractère illicite de la cause. Cependant, l'auteur a retenu la définition proposée par M. Boyer (L. Boyer, thèse préc., p. 235, 246 et 247) : « la cause du contrat est constituée par l'élément volonté et un certain nombre d'éléments objectifs extérieurs à cette dernière et exigés par le droit pour lui reconnaître une efficacité juridique ». Enfin, il conclut que « la cause du contrat, en tant que critère de classification, doit être suffisamment abstraite, objective et permanente. Pour cela, le but du contrat doit être lui-même général et identique pour une même catégorie d'actes juridiques ».

⁶²³ Dans ce sens, Dikoff, « La procuration irrévocable », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 40 et s.

⁶²⁴Cass. com., 6 janvier 1965 : Bull. civ. IV, n° 12, p. 11.

du contrat accessoire, cette conception tient compte d'autres caractères spécifiques de ce mandat.

Prenons de nouveau l'exemple du mandat de vente donné par l'emprunteur au prêteur. Si l'on qualifie le mandat de mode d'exécution d'une obligation, il s'ensuit deux conséquences. D'une part, si le mandataire exécute le contrat de mandat et procède à la vente du bien afin de prélever la somme correspondant à celle prêtée, le mandat sera éteint suite à l'exécution contractuelle ; de même, l'obligation de remboursement pesant sur le mandant sera également éteinte car cette obligation aura été exécutée à travers le mandat. D'autre part, si le mandant exécute l'obligation de remboursement en payant directement au mandataire la somme d'argent empruntée, l'obligation de remboursement pesant sur lui sera éteinte de par son exécution ; de même, le mandat sera éteint dans la mesure où son objet se sera réalisé à travers l'exécution de l'obligation du mandant.

En conclusion, la qualification du mandat *in rem suam* en tant que mode d'exécution d'une obligation permet d'envisager une sorte d'« alternance » entre le mandat *in rem suam* et l'obligation du mandant issue d'un autre lien de droit entre les parties : la réalisation de l'une va entraîner l'extinction de l'autre. Toutefois, la théorie du « mode d'exécution d'une obligation » ne permet pas non plus d'expliquer l'irrévocabilité de ce mandat, et ce pour une raison similaire à celle de la théorie du contrat accessoire. En tant que mode d'exécution de l'obligation du mandant issue d'un autre rapport de droit, le mandat *in rem suam* ne produit d'effets que sur la manière d'exécuter cette obligation. Il constitue en réalité un mode d'exécution supplémentaire proposé au mandataire pour réaliser l'obligation du mandant ; il ne peut donc avoir aucune influence sur l'existence à proprement parler de cette obligation. Autrement dit, l'obligation du mandant subsiste, peu importe que le mode d'exécution supplémentaire soit révoqué ou non. Par conséquent, cette qualification de « mode d'exécution d'une obligation » ne permet pas non plus de justifier l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*.

D. L'abandon de la qualification du mandat *in rem suam* de contrat individuel

La théorie du contrat accessoire et celle du « mode d'exécution d'une obligation » prennent en compte deux aspects différents du mandat *in rem suam*.

Cependant, ainsi que nous venons d'en faire la démonstration, aucune des deux propositions n'est propre à justifier l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*. De même, les notions d'indivisibilité entre les contrats ou d'interdépendance entre les contrats ne permettent pas non plus de justifier l'irrévocabilité de l'un des contrats indivisibles ou interdépendants. En effet, ces notions ont pour objet de traiter une question à l'opposé de l'irrévocabilité du contrat : elles visent à expliquer la disparition de l'ensemble des contrats interdépendants ou indivisibles suite à la disparition de l'un de ces contrats⁶²⁵.

Toutefois, le rejet de ces propositions ne signifie pas forcément l'abandon de la recherche de la justification de l'irrévocabilité. En poursuivant l'étude du rapport entre le mandat *in rem suam* et un autre lien de droit, il est possible de proposer d'autres types de corrélation entre ces deux éléments. En réalité, la théorie du contrat accessoire et celle du « mode d'exécution d'une obligation » concernent deux éléments qui existent concomitamment, mais il est également possible d'envisager un rapport de succession entre eux. Dans cette optique, il peut être intéressant d'envisager l'hypothèse de la novation.

La novation désigne une « substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle, par changement de créancier, de débiteur, d'objet »⁶²⁶. En l'occurrence, l'application de ce mécanisme signifie que le mandat *in rem suam* va remplacer un autre lien de droit entre les parties. Par conséquent, le mandat *in rem suam*, en tant que nouvel acte, intègre l'obligation du mandant issue d'un autre lien de droit entre les parties. Concrètement, le nouvel acte sera composé d'une obligation pesant sur le mandant, d'une part, et de l'exécution de cette obligation sous forme de mandat, d'autre part : le mandat ne sera qu'une partie du nouvel acte, une partie qui ne peut au demeurant être révoquée par un contractant seul. Autrement dit, ce raisonnement implique que l'obligation du mandant issue d'un autre lien de droit soit ajoutée au mandat *in rem suam*, et forme avec ce dernier un nouveau contrat indivisible. Cependant, la novation ne peut

⁶²⁵ Par exemple, V. L'article 1186 du Code civil : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. 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 ».

⁶²⁶ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 621.

pas être retenue dans cette hypothèse car elle ne « se présume pas » ; elle nécessite une « volonté résultant clairement de l'acte »⁶²⁷. Or cette condition n'est pas remplie dans le mandat *in rem suam*. En outre, le mandat *in rem suam* ne constitue pas un acte récongnitif d'une obligation qui reprenne le contenu de l'obligation du mandant issue d'un autre lien de droit : l'acte récongnitif nécessite la présentation de l'acte d'origine⁶²⁸.

Le rejet de l'ensemble des propositions évoquées dans les pages qui précèdent semble *a priori* remettre en question la piste initiale de recherche, à savoir le rapport entre le mandat *in rem suam* et un autre lien de droit entre les parties. Mais rappelons que cette piste de recherche contient trois éléments différents : le contrat de mandat, un autre lien de droit entre les parties, et le rapport entre les deux actes. Parmi ces trois éléments, il a été démontré précédemment que « le rapport » existe réellement : il existe d'une part un rapport de dépendance du mandat à l'égard d'un autre lien de droit, et d'autre part un rapport d'alternance entre le mandat et l'obligation du mandant. Par ailleurs, l'on a pu mettre en évidence l'existence d'un lien de droit autre que le mandat. Reste à examiner le contrat de mandat.

Le mandat *in rem suam* est-il un contrat ? Il semble qu'une réponse positive s'impose avec évidence⁶²⁹. Cependant, la réponse sera bien moins évidente si le mandat est intégré dans un autre contrat. Prenons de nouveau l'exemple du contrat de prêt. Si le mandat est inséré comme une clause au sein du contrat de prêt, ce mandat est-il toujours un contrat ? N'est-il pas plutôt une partie du contrat de prêt ? Autrement dit, la question porte sur l'individualisation du mandat *in rem suam*. Dès lors, il convient de réorienter notre recherche sur le rapport entre le contenu du mandat *in rem suam* et un autre lien de droit. Sous cet angle, le mandat *in rem suam* n'est plus examiné en tant que contrat indépendant, mais en tant qu'ensemble de droits et d'obligations. Il y a donc abandon de

⁶²⁷ L'article 1330 du Code civil.

⁶²⁸ Les articles 1380 et 1338 du Code civil.

⁶²⁹ Paul Pont, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, T. 1, 1159, p. 666 ; D. Dalloz aîné, A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, T. 30, 425, p. 750.

son identité de contrat indépendant. Partant de là, il est possible de proposer d'autres théories pour justifier l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*.

§ II. L'irrévocabilité du mandat *in rem suam* en tant que clause contractuelle d'un autre lien de droit

Plutôt que de qualifier le mandat *in rem suam* de contrat indépendant, un auteur⁶³⁰ a proposé de le considérer comme la « condition d'un autre lien de droit entre le mandant et le mandataire » (A). Cependant, cette qualification n'est pas satisfaisante en raison du caractère « préalable » et « déterminant » qu'elle confère au mandat par rapport à l'autre lien de droit. Pour résoudre cette difficulté, il suffit d'enlever ce caractère préalable et de retenir le mandat *in rem suam* comme une simple clause contractuelle (B).

A. La qualification du mandat *in rem suam* comme « condition » de l'autre lien de droit entre les parties : un argument incomplet

Ayant choisi d'abandonner la qualification de contrat indépendant du mandat *in rem suam*, M. Sallé de la Marinière a proposé à sa place celle de « condition »⁶³¹. Dans une telle hypothèse, le mot « condition » signifie « l'élément d'un acte juridique (...) auquel est subordonnée la validité ou l'efficacité d'un acte »⁶³². Par exemple, dans un contrat de prêt, le mandat de vente sert en réalité à garantir le remboursement du prêt. Ce mandat est la *condition* de la conclusion du prêt dans la mesure où, en l'absence de cette « garantie », le prêteur n'aurait pas conclu le contrat de prêt.

En réalité, cette qualification se fonde sur une interprétation de l'intention des parties selon laquelle le mandat intégré au prêt a une importance telle aux yeux des parties que son défaut entraînera l'anéantissement de toute l'économie du contrat. Ce raisonnement présente le même défaut que tout argument fondé directement sur

⁶³⁰ Sallé de la Marinière, *Le mandat irrévocable*, *op. cit.*, p. 259 : « L'on peut à vrai dire admettre, dans ces différentes hypothèses, de vente ou de prêt, le mandat en est une condition ».

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 201.

l'interprétation de l'intention des parties⁶³³ : il est fondé sur un élément de fait, à savoir l'intention concrète des parties, et non sur un élément de droit. Par conséquent, cette approche ne fait que soulever une autre interrogation : à quelles conditions l'intention des parties pourrait-elle être interprétée comme désignant le mandat *in rem suam* comme la condition d'un autre contrat ? En outre, la qualification de « condition » a été vite abandonnée par la doctrine⁶³⁴ en raison de son caractère « préalable » par rapport au contrat.

En effet, une condition est forcément « préalable » par rapport à l'acte dont la validité ou l'efficacité en dépend. Autrement dit, si la condition n'est pas fixée avant la conclusion de l'acte, elle doit au moins exister en même temps que celui-ci. Concrètement, dans l'hypothèse d'un contrat de prêt garantissant un mandat de vente, ce mandat, en tant que condition du prêt, doit être conclu soit avant la conclusion du prêt, soit en même temps. Que se passe-t-il lorsque le mandat est conclu postérieurement au contrat de prêt ? Dès lors que le mandat est conclu *après* le contrat de prêt, il ne peut logiquement plus être qualifié de « condition » du prêt. Cependant, qu'il soit conclu en même temps que le prêt ou postérieurement, ce mandat reste irrévocable. Ainsi, la notion de condition n'est pas suffisante pour expliquer l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*. Elle peut seulement expliquer l'irrévocabilité du mandat conclu en même temps qu'un autre lien de droit. De surcroît, il est possible de relever une autre incompatibilité entre la notion de condition et celle de mandat *in rem suam* : il s'agit du caractère « déterminant » de la notion de condition par rapport au contrat. Ainsi que cela a été démontré précédemment, le mandat *in rem suam* peut très bien ne pas être mis en œuvre par les parties. C'est notamment le cas du paiement de la dette par le débiteur ; dans ce cas, il n'y a plus de raison de faire appel au mandat. En d'autres termes, le caractère « déterminant » de la condition va

⁶³³ F. Laurent, *Principes de droit civil français, op. cit.*, T. 28, 86, p. 92 : « Le mandat ne prend pas fin par la mort du mandant ni, par conséquent, par la mort du mandataire, lorsque la volonté contraire s'induit de l'objet du contrat, c'est-à-dire du but que les parties ont eu en vue et des circonstances dans lesquelles le mandat a été donné ».

⁶³⁴ S. de la Marnierre, *Le mandat irrévocable, op. cit.*, p. 259 : « Ainsi que nous l'avons observé, le mandat donné par le débiteur à son créancier de vendre le gage et de se payer sur le prix intervient toujours, au moins s'il s'agit d'immeubles, postérieurement à la conclusion du prêt. Il n'en est pas moins irrévocable. Sans doute l'on a soutenu qu'il en était ainsi parce que le mandat est la condition d'un accord intervenu entre créancier et débiteur, le premier accordant au second une prolongation de délai en contre-partie de l'avantage qui lui est ainsi consenti. Mais la preuve de cet accord ne sera que difficilement rapportée ».

à l'encontre du caractère « alternatif » du mandat *in rem suam* par rapport à l'autre lien de droit.

En résumé, la notion de condition n'est pas appropriée pour expliquer l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* en raison de son caractère « préalable » et « déterminant » par rapport à l'acte dépendant. Et s'il suffisait de « supprimer » ces caractères ?

B. La qualification du mandat *in rem suam* comme partie substantielle d'un autre contrat

En abandonnant les caractères « préalable » et « déterminant », le mandat *in rem suam* pourrait tout simplement être qualifié de « clause contractuelle » d'un autre lien de droit. Cette qualification ne pose pas de difficulté quand le mandat est inclus dans un autre contrat. Toutefois, elle renvoie à une difficulté similaire à celle de « condition » lorsque le mandat est conclu postérieurement à l'autre contrat conclu entre les mêmes parties. Dans une telle hypothèse, le mandat sera-t-il toujours une partie de l'autre contrat ?

En réalité, dans cette hypothèse, le mandat sera une modification apportée à l'autre contrat par les parties, grâce à leur consentement mutuel. Prenons à nouveau l'exemple du contrat de prêt : après la conclusion du contrat de prêt, les parties se sont de nouveau réunies pour conclure un mandat de vente. Dans le contrat de prêt d'origine, il existe uniquement une obligation de remboursement pesant sur l'emprunteur ; le seule mode d'exécution de cette obligation est le paiement de la somme d'argent par l'emprunteur au prêteur. Ultérieurement, par le biais du mandat *in rem suam*, les parties ont ajouté au contrat une autre possibilité d'exécuter cette obligation de remboursement. Par conséquent, le mandat *in rem suam* constitue une partie du contrat de prêt.

Cette qualification va permettre de justifier l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* : en effet, il n'est pas possible de révoquer une partie du contrat ; il est seulement possible de révoquer un contrat dans son ensemble. Autrement dit, le mandat *in rem suam* est irrévocable, non pas en tant que contrat, mais en tant que clause contractuelle. Il n'y a dès lors pas de « contrat » irrévocable, mais seulement une clause contractuelle irrévocable. C'est la vision adoptée par une certaine jurisprudence. Ainsi, d'après la

décision rendue le 26 novembre 1873 par la cour d'appel de Pau, la faculté de révocation prévue *ad nutum* « cesse quand le mandat est la condition, la suite ou le mode d'exécution, en un mot l'une des clauses d'un contrat synallagmatique ; qu'il participe de l'irrévocabilité de la convention, avec laquelle il forme un tout indivisible »⁶³⁵. De même, dans un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 20 mai 1840, dans lequel il existait un mandat portant sur la vente d'immeuble pour désintéresser le créancier, la Cour a déclaré inefficace la révocation du mandat par le mandant, car « il ne s'agit pas d'un mandat, de sa nature sujet à la révocation, mais d'une condition insérée dans un contrat synallagmatique, et de laquelle, si elle est licite, l'une des parties ne peut s'affranchir sans le consentement de l'autre »⁶³⁶.

Cette expression a été reprise mot-à-mot par une autre décision de la haute juridiction rendue le même jour⁶³⁷. Il en est de même dans un arrêt rendu le 31 juillet 1872⁶³⁸. En l'espèce, il y avait un contrat d'échange d'immeuble entre deux personnes, une reconnaissance de dette entre le débiteur et le créancier, et un mandat donné au profit du créancier afin de réaliser les différents actes prévus au contrat, y compris le remboursement de la dette⁶³⁹. Après la faillite du mandataire, l'ayant droit du mandant a

⁶³⁵ L. Dikoff, « La procuration irrévocable », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1932, p. 40 et s.

⁶³⁶ Cass. civ., 20 mai 1840, Peneau de Littré c/ Peneau, S.1840.1.398 ; l'arrêt attaqué : Cour royale de Rennes, 2 février 1837, S.1837.2.385.

⁶³⁷ Cass. civ., 20 mai 1840, Deladeuille et a. c/ époux Lemaire, S.1840.1.399 : « il ne s'agit pas d'un mandat, de sa nature sujet à la révocation, mais d'une condition insérée dans un contrat synallagmatique, et de laquelle, si elle est licite, l'une des parties ne peut s'affranchir sans le consentement de l'autre » ; l'arrêt attaqué : Cour royale de Douai, 30 janvier 1839

⁶³⁸ Cass.civ., 31 juillet 1872, S. 1873.1.157.

⁶³⁹ Tribunal civil de Lyon, 24 juillet 1868, reproduit, S.1873.1.157 : « Attendu que, par acte reçu M^e Chardenet, notaire à Lyon, les 24 et 25 oct. 1867, les mariés Tranchant ont cédé en échange, au sieur de Chazelles, deux maisons sises à Lyon, rue Saint-Joseph et rue Mercière, et que le dit sieur de Chazelles a remis en contre-échanges, aux mariés Tranchant, des immeubles situés à Saint-Pierre-de-Moutier et Livry, arrondissement de Nevers » ; « Attendu que, par un autre acte reçu le même jour et par le même notaire, les mariés Tranchant se sont reconnus débiteurs solidaires envers le sieur de Chazelles d'une somme de 140 000 fr., pour laquelle ils ont fourni une hypothèque sur les immeubles reçus par eux en contre-échange (...) » ; « Attendu que les mariés Tranchant ont cédé au sieur de Chanzelles le prix à provenir des ventes qu'ils s'engagent à faire, soit en bloc, soit en détail, des immeubles du Nivernais, et que, pour l'exécution de cette clause, il fut convenu que les ventes auraient lieu dans le plus bref délai, par le ministère de M^e Regnault, notaire à Saint-Pierre » ; « Attendu enfin que, par un traité à la même date et entre les mêmes parties, il fut expliqué que, sur les 140 000 fr., les mariés Tranchant avaient reçu 3 200 fr. ; qu'il restait donc une somme de 136 800 fr., qui devait être employée par le sieur de Chazelles à payer : 1^o le montant

rendu difficile l'exécution du mandat, en refusant de renouveler la procuration donnée au notaire, et en formant opposition au paiement de loyers ou fermages entre les mains du mandataire. Ce dernier demanda la mainlevée de cette opposition et l'autorisation de faire procéder à la vente des immeubles, réclamant en outre des dommages-intérêts. Le tribunal de Lyon fit droit à sa demande et débouta celle de l'ayant droit du mandant, aux motifs suivants : « Attendu qu'il est évident que toutes les dispositions contenues dans les trois actes se complètent, s'expliquent les unes par les autres, qu'elles forment un tout indivisible, que les conditions se tiennent ensemble comme les anneaux d'une même chaîne, et que modifier ou anéantir une de ces conditions, c'est détruire l'économie de la convention tout entière »⁶⁴⁰. De même, la cour d'appel de Lyon entérina le fait que ce mandat est « une des conditions de l'échange, doit recevoir son exécution ». Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation dans ces termes : « Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les conventions intervenues entre les époux Tranchant et de Chazelles et constatées par les trois actes des 24 et 25 octobre 1867, se lient entre elles comme concourant toutes au même agissement ; qu'elles forment un ensemble dont toutes les parties sont corrélatives, un contrat complexe dans lequel l'engagement pris par l'une des parties est la condition des engagements pris réciproquement par l'autre ». Par conséquent, ces conventions sont « opposables aux créanciers de la faillite qui, étant les ayants cause du failli, sont obligés, comme il le serait lui-même, et ne peuvent, pas plus que ne le pourrait le failli, scinder le contrat, et en admettant les dispositions qui leur profitent, rejeter celles qui seraient à leur charge »⁶⁴¹. Finalement, le mandat *in rem suam* est irrévocable car il constitue une clause contractuelle, et non un contrat indépendant.

de la dette hypothécaire des sieur et dame Tranchant ; 2° les frais d'échange ; 3° la commission du sieur Deville, courtier ; 4° les frais de l'acte d'emprunt, et, dans le cas où après le paiement des dettes il resterait un excédant, cet excédant devait être destiné à garantir l'achèvement des maisons de Lyon ; qu'enfin le sieur de Chazelles serait libéré du montant de la dette hypothécaire par les quittances des créanciers inscrits, des frais d'échange par les reçus du notaire, de la commission du sieur Deville par son reçu, des travaux et fournitures d'ouvriers par leurs reçus, et que, pour établir d'une façon régulière la situation entre le sieur de Chazelles et les mariés Tranchant, un compte sera dressé par le sieur de Chazelles, et il sera porté à l'actif du sieur et de la dame Tranchant : la somme de 136 800 fr ; 5° tous les loyers à échoir, le 25 décembre prochain, des immeubles des rues Saint-Joseph et Mercière, dont délégation a été faite au sieur de Chazelles (...).

⁶⁴⁰ Tribunal civil de Lyon, 24 juillet 1868, reproduit, S.1873.1.157.

⁶⁴¹ Cass. civ., S.1873.1.159.

Il convient *in fine* de vérifier l'applicabilité de ce caractère irrévocable à l'agence commerciale.

§ III. L'inapplicabilité de l'irrévocabilité à l'agence commerciale

Contrairement au mandat *in rem suam*, l'agence commerciale n'est pas une clause contractuelle d'un autre contrat. En vérité, les caractères spécifiques du mandat *in rem suam* ne se retrouvent pas dans l'agence commerciale : notamment, il n'existe pas d'autre lien de droit entre l'agent commercial et le mandant. L'agence commerciale et le mandat *in rem suam* correspondent donc à deux structures contractuelles différentes. Ainsi que cela a été démontré précédemment, un mandat *in rem suam* est toujours accompagné d'un autre rapport de droit entre les parties ; il forme un contrat indivisible avec ce lien de droit. De ce point de vue, l'agence commerciale ressemble davantage à ce contrat indivisible qu'au mandat *in rem suam*, qui est une composante de celui-ci : le mandat n'est qu'une partie accessoire de l'agence commerciale⁶⁴². Cependant, contrairement au mandat *in rem suam*, le contrat indivisible – formé par le mandat et l'autre lien de droit – n'est pas irrévocable.

Par conséquent, la différence entre le régime du mandat *in rem suam* et celui de l'agence commerciale trouve une explication dans leur différence de nature. Ainsi, l'origine du régime de l'agence commerciale n'est pas le mandat *in rem suam*, et l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial ne peut pas être expliquée par une remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. La justification de cette indemnité doit être recherchée ailleurs.

⁶⁴² L'article L.134-1 du Code de commerce.

Conclusion du Chapitre I

D'après le statut de l'agent commercial, le contrat d'agence commerciale est un mandat d'intérêt commun. Cette notion est considérée comme le fondement de l'indemnité de rupture attribuée à l'agent commercial à la fin de la relation contractuelle. Puisque l'analyse de l'expression « mandat d'intérêt commun » ne permet pas de comprendre la justification de cette indemnité, il convient d'examiner le contenu de cette catégorie particulière de mandat. Or, l'origine historique du mandat d'intérêt commun se trouve dans la notion de mandat *in rem suam* dont la particularité réside dans son caractère irrévocable. Ainsi, il paraît judicieux de fonder l'indemnité de l'agent commercial sur le caractère irrévocable du contrat : puisque le contrat d'agent commercial est irrévocable, plutôt que de sanctionner la révocation de ce contrat par un maintien forcé du contrat qui est peu approprié en droit de la distribution, il est plus réaliste d'envisager une sanction par le paiement de l'indemnité de rupture.

Néanmoins, pour défendre cette position, encore faut-il que la raison de l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* se trouve au sein même du contrat d'agence commerciale. C'est pourtant l'inverse qui ressort de notre analyse : l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* est justifiée par l'existence d'un autre lien de droit entre les parties contractuelles. Plus précisément, le mandat *in rem suam* ne constitue pas un contrat véritable, mais seulement une clause d'un contrat conclu entre les mêmes parties. Par conséquent, il ne peut pas être révoqué seul tant que ce contrat subsiste. Cette justification de l'irrévocabilité n'est pas applicable à l'agence commerciale : le contrat d'agence commerciale ne constitue pas une clause d'un autre contrat. En définitive, il n'est pas possible d'expliquer l'indemnité de l'agent commercial par la théorie du mandat *in rem suam*. Cette indemnité ne trouve pas son fondement dans une remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Une fois exclu la remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle, il convient d'examiner la pertinence d'une limitation de ce droit comme justification de l'indemnité de l'agent commercial.

Chapitre II. L'incohérence à justifier l'indemnité de rupture par une limitation du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

La mise en œuvre du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution donne lieu systématiquement à une indemnité de rupture au profit de l'agent commercial. Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, l'indemnité de rupture ne peut pas être justifiée par une remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle ; il convient de vérifier si elle peut néanmoins s'expliquer par une limitation de ce droit.

En effet, cette idée est séduisante dans la mesure où la jurisprudence avait tenté de justifier l'indemnité de rupture par une exigence de motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle avec un agent commercial. En exigeant un motif légitime pour son exercice, ce droit subjectif serait largement restreint. Ainsi, une rupture de la relation contractuelle avec l'agent commercial en absence de motif légitime serait sanctionnée par le paiement d'une indemnité. En suivant ce raisonnement, un lien doit exister entre le défaut de motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle et l'objet de l'indemnité de rupture. Un examen complémentaire sur l'objet de l'indemnité de rupture s'avère donc nécessaire : l'existence de lien entre l'objet de l'indemnité et le défaut de motif légitime pour exercer ce droit permettrait de confirmer la pertinence de ce dernier comme justification de l'indemnité de rupture ; corrélativement, l'absence de lien entre les deux soulignerait l'inadéquation du contrôle de motif de ce droit pour justifier l'indemnité de rupture.

Ainsi, il convient d'examiner la pertinence du contrôle du motif à l'égard de l'indemnité de rupture **(I)**. Et cet examen peut être complété par l'identification de l'objet de l'indemnité de rupture **(II)**.

Section I. L'incohérence à exiger un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle

Avant l'intervention du décret du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux⁶⁴³ existait une véritable controverse jurisprudentielle autour de la justification de l'indemnité de rupture de l'agent commercial⁶⁴⁴. Si les auteurs du XX^e siècle ne faisaient pas forcément les mêmes analyses de la jurisprudence, ils étaient pourtant d'accord sur l'existence de cette controverse. Toutefois, il est possible de relever un trait commun à certaines réflexions de l'époque. Ainsi, l'exigence d'un motif légitime – pour l'exercice par le mandant du droit de mettre fin à la relation contractuelle – était fréquemment envisagée comme la justification de l'indemnité de rupture. Néanmoins, des divergences peuvent être relevées au niveau de l'explication fournie pour exiger ce motif légitime (§I). Ces divergences ne sont toutefois que les manifestations d'une incohérence plus profonde dans la démarche suivie (§II).

§ I. Une explication jurisprudentielle controversée de l'exigence d'un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle

D'abord, l'exigence d'un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle est considérée comme une conséquence de la théorie du mandat d'intérêt commun (A), estimée applicable à l'agence commerciale par la jurisprudence. Cependant, ayant conscience de la fragilité de cette théorie, un courant jurisprudentiel soumet le contrat d'agence commerciale au droit commun du mandat, et tout particulièrement à la règle de la révocation *ad nutum* en matière de mandat (B). Dans cette hypothèse, l'exigence du motif légitime sera expliquée par la théorie de l'abus de droit (C).

A. L'exigence d'un motif légitime dans la rupture d'un mandat d'intérêt commun

⁶⁴³ Décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux.

⁶⁴⁴ Jean Catoni, La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958, *op. cit.*, 30, p. 27 ; Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, Représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, *op. cit.*, p. 72 et s. ; José Vidal, note sous Cass. civ., sect. com., 26 février 1958 : D., 1958.542.

Dans la jurisprudence précédant l'adoption du décret de 1958, la justification de l'indemnité de rupture de l'agent commercial se trouve fréquemment dans un contrôle portant sur le motif de la rupture. En vérité, tel est l'effet de l'application du régime du mandat d'intérêt commun à l'agence commerciale. Selon ce régime, « le mandat conféré dans l'intérêt du mandant et du mandataire ne peut être révoqué par la volonté de l'une des parties », à moins qu'il existe une cause légitime « reconnue en justice » ou « selon les clauses et conditions du contrats »⁶⁴⁵. Par exemple, dans une décision de 1953, après avoir qualifié l'agence commerciale de mandat d'intérêt commun, le juge en déduit que « le contrat d'agent commercial ne peut, sans motif légitime, être résilié unilatéralement, et sa résiliation injustifiée peut entraîner l'allocation de dommages-intérêts lorsqu'elle porte préjudice à la partie envers laquelle il est mis fin à son exécution »⁶⁴⁶.

Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, le mandat d'intérêt commun trouve son origine historique dans le contrat *in rem suam*, dont l'irrévocabilité est justifiée par son intégration dans un autre rapport de droit entre le mandant et le mandataire. Cette structure contractuelle se différencie de l'agence commerciale, et cette irrévocabilité n'est pas applicable à l'agence commerciale. Ainsi, il n'y a pas lieu de faire appel à la notion de mandat *in rem suam* pour justifier l'indemnité de rupture de l'agent commercial. Cependant, la jurisprudence a malgré tout utilisé la théorie du mandat d'intérêt commun pour justifier cette indemnité. En effet, le régime moderne de ce type de mandat, tel qu'il est retenu par la jurisprudence en matière d'agence commerciale, s'éloigne de celui du mandat *in rem suam* : tandis que ce dernier mandat est irrévocable, la révocation du mandat d'intérêt commun donne lieu à une indemnisation. En résumé, le mandat d'intérêt commun retenu par la jurisprudence en matière d'agence commerciale se distingue du mandat *in rem suam* tant au niveau de la notion qu'au niveau du régime. Il y a donc une rupture entre le mandat d'intérêt commun appliqué à l'agence commerciale et l'origine historique de ce mandat.

En effet, étant en rupture avec son origine historique, le mandat d'intérêt commun est considéré comme un régime qui puise sa force dans la nature du contrat non

⁶⁴⁵ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Collet, alii, *Droit de la distribution*, op cit, 467, p. 367-368.

⁶⁴⁶ CA Paris, 28 et 31 janvier 1953, D. 1953.617.

exprimée par les stipulations contractuelles. En d'autres termes, elle est fondée sur une interprétation de la volonté des parties au contrat, lesquelles ont souhaité que le contrat soit révocable moyennant un consentement mutuel ou un motif légitime. Ainsi, la solution proposée par la théorie du mandat d'intérêt commun ne peut aller à l'encontre d'une volonté expressément exprimée par les parties. Par conséquent, le contrat est révocable quand une clause de révocation y est insérée ou quand un terme contractuel y est expressément prévu. Dès lors, la théorie du mandat d'intérêt commun ne peut s'appliquer qu'au contrat à durée indéterminée. Cependant, fonder l'exigence d'un motif légitime sur la nature du contrat ne fait que reporter le problème sur l'identification de cette nature. Le mandat d'intérêt commun étant en rupture avec son origine historique, sa vraie nature devient ainsi problématique. Dans ce sens, la justification de l'indemnité de rupture n'est pas réellement apportée. Finalement, le fondement de la théorie du mandat d'intérêt commun appliquée à l'agence commerciale est en crise, cela d'autant que l'analyse littérale de l'expression « mandat d'intérêt commun » – effectuée dans la partie précédente de notre étude – n'a pas permis de tirer de conclusion convaincante sur ce fondement.

En réalité, la jurisprudence a conscience de la fragilité de la théorie du « mandat d'intérêt commun » car elle a parfois recours simultanément à d'autres notions afin de justifier l'exigence d'un motif légitime pour la révocation de l'agence commerciale par le commettant⁶⁴⁷. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 1953⁶⁴⁸ en est un exemple. Cet arrêt abondamment commenté⁶⁴⁹ a apporté une solution riche d'arguments. En l'espèce, un contrat d'agence commerciale à durée indéterminée avait été révoqué par la société mandante. L'agent avait assigné la société mandante devant le tribunal de commerce afin de demander une indemnité au titre de la résiliation du contrat aux torts et griefs de la société mandante. La cour d'appel a accueilli la demande de l'agent et a

⁶⁴⁷ CA Dijon, 19 janvier 1932, *Droit social*, 1946, p. 380 ; CA Caen, 21 juin 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.2.537 ; CA Paris, 14 janvier 1942, *Droit social*, 1946, p. 380, Germain Blanc c/ Lesieur.

⁶⁴⁸ CA Paris, 31 janvier 1953, *Sté Vitrac c/ Castelli, D.*, 1953.617

⁶⁴⁹ Duretteste, note sous l'arrêt de la CA Paris, les 28 et 31 janvier 1953, *D.*, 1953.618 ; Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, p. 39 ; Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, *op. cit.*, p. 71.

qualifié le contrat de « mandat d'intérêt commun, convention synallagmatique à exécution successive [qui,] en vertu notamment des articles 1134, 1135 et 1184 du Code civil » ne peut, « sans motif légitime, être résilié unilatéralement, et sa résiliation injustifiée peut entraîner l'allocation de dommages-intérêts lorsqu'elle porte préjudice » à son cocontractant.

De même, les juges combinent parfois le mandat d'intérêt commun avec la notion de faute afin de fonder l'exigence de motif légitime pour la révocation de l'agence commerciale. Par exemple, dans un arrêt de 1953⁶⁵⁰, à la suite de la révocation du contrat d'agence commerciale avec un mois de préavis, l'agent a assigné la société mandante devant la justice afin d'obtenir une indemnité. Le tribunal de commerce et la cour d'appel d'Angers ont fait droit à cette demande, en qualifiant le contrat de mandat d'intérêt commun et en jugeant qu'en l'absence de motif légitime, la révocation du contrat par le mandant entraîne une indemnisation de l'agent. Confirmant la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation affirme que « de ces constatations, l'arrêt attaqué a exactement déduit que ladite société, en rompant sans motif légitime le contrat qui la liait à un agent, a commis une faute génératrice de préjudice et dont elle doit réparation ». Autrement dit, tout en restant dans le domaine du mandat d'intérêt commun, la Cour de cassation a fait ici appel à la notion de faute, considérant que la révocation sans motif légitime constitue une faute qui entraîne une réparation du préjudice causé. Cette solution est considérée par un auteur comme conciliant la théorie du mandat d'intérêt commun avec celle de la responsabilité pour faute⁶⁵¹.

Cependant, ni la notion de contrat synallagmatique ni celle de faute ne permettent de justifier l'exigence d'un motif légitime pour la révocation de l'agence commerciale. En effet, le caractère synallagmatique du contrat ne permet pas pourtant d'expliquer l'exigence d'un juste motif pour la rupture. Quant à la notion de faute, à moins de justifier préalablement l'existence d'une exigence de motif légitime, il n'est pas possible de qualifier le défaut de motif légitime de faute. Finalement, l'emploi de ces notions à côté de celle de mandat d'intérêt commun ne fait que confirmer l'incertitude

⁶⁵⁰ Cass.civ., 11 juin 1953, Sté Papeteries de Baisieux c/ Ceullerier, Gaz. Pal., 1953.2.146.

⁶⁵¹ Jean Catoni a considéré cet arrêt comme une conciliation, par la Cour de cassation, de ces deux théories.

qui règne en matière de justification de l'exigence de juste motif pour la révocation de l'agence commerciale. En outre, devant la fragilité de la théorie du mandat d'intérêt commun, le juge adopte parfois une autre attitude : plutôt que de solliciter d'autres notions pour renforcer une théorie fragile, il préfère abandonner cette théorie comme justification de l'indemnité de rupture. Ainsi, il refuse d'accorder au mandat d'intérêt commun un effet dérogatoire au droit commun du mandat, et soumet le mandat d'intérêt commun à l'article 2004 du Code civil selon lequel le mandant dispose d'une faculté de révocation *ad nutum* du contrat.

B. L'application de la révocation *ad nutum* à l'agence commerciale par une partie de la jurisprudence

Dans la partie précédente, il a été démontré que la faculté de révocation *ad nutum* du mandant n'est pas applicable à l'agence commerciale. Plus précisément, cette faculté étant fondée sur le caractère gratuit du contrat, elle doit être exclue lorsque le contrat est à titre onéreux. Cependant, avant l'adoption du décret de 1958, en raison de la fragilité de la théorie du mandat d'intérêt commun et de la confusion sur le fondement de la faculté de la révocation *ad nutum* du mandat, la jurisprudence retenait parfois la solution inverse⁶⁵². Ainsi, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 1957⁶⁵³, le juge a affirmé qu'en « ce qui concerne l'agence commerciale conclue entre les parties, ce mandat, même donné dans l'intérêt commun des deux parties, reste soumis aux dispositions des articles 1984 et suivants du Code civil, et notamment aux dispositions des articles 2003 et 2004 ». De même, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1958⁶⁵⁴, aux termes duquel la relation contractuelle entre les deux parties durait depuis plus de trente ans, l'agent, à la suite de la révocation du contrat, a assigné la société mandante en justice pour demander la résiliation du contrat aux torts de la société et

⁶⁵² Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, p. 28 : « Cette théorie a été clairement exprimée par la jurisprudence à plusieurs reprises. Le contrat de l'agent commercial est un mandat pur et simple et par conséquent révocable *ad nutum*, au gré du mandant. Le seul correctif apporté à cette affirmation résulte de la notion générale d'abus de droit ».

⁶⁵³ CA Paris, 4^e ch., 4 juillet 1957, *Établissements Bourgeois c/ Léonoris*, JCP.1957. II. 10217, 2^e espèce, note Bourbès.

⁶⁵⁴ Cass., 17 février 1958, chambre civile, sect. com., *Le Roy c/ Sté Desmarais frères*, D., 1958.541, note José Vidal.

réclamer des dommages-intérêts. Face à la demande de qualification du contrat en mandat d'intérêt commun, la haute juridiction a répondu : « que le contrat de mandat soit pur et simple ou d'intérêt commun, il est avant tout un mandat, et le fait d'y ajouter une qualité (intérêt commun) ne saurait changer sa nature ».

D'ailleurs, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 1955⁶⁵⁵, l'agent prétendait que son contrat d'agent commercial n'était pas « le mandat pur et simple régi par les articles 1984 et suivants du Code civil et par suite révocable *ad nutum* par le mandant, mais un contrat particulier de mandat d'intérêt commun, ne pouvant être résilié unilatéralement sans motifs légitimes et sans un dédommagement du préjudice causé au représentant ». La réponse de la cour d'appel est particulièrement intéressante : « Considérant qu'*aucune dérogation législative* n'est intervenue pour modifier en faveur des agents commerciaux les règles de droit commun prescrites par le Code civil en matière de mandat ; que, dès lors, à moins de dérogations apportées par des stipulations conventionnelles particulières dont la preuve incomberait à celui qui en exciperait, le contrat de l'agent commercial ne peut être soumis qu'à ces règles du droit commun ». Par cette formule, le juge dénonce la fragilité du mandat d'intérêt commun, et estime qu'il ne permet pas de justifier le régime dérogatoire de l'agent commercial : seule l'intervention du législateur permettrait de pallier le défaut de fondement de l'indemnité de rupture.

Un autre arrêt portant sur des faits quasiment identiques, rendu deux ans plus tard par la même cour d'appel⁶⁵⁶, confirme cette solution : « la révocabilité du mandat par le commettant "quand bon lui semble" est une *caractéristique essentielle* de ce contrat conformément à l'article 2004 du Code civil ; aucune disposition légale ne permet de déroger à cette règle lorsque le contrat de mandat a pour objet des actes de commerce ; bien au contraire l'article 94 du Code de commerce se réfère expressément, en ce qui concerne les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant dans le cadre *d'un mandat d'intérêt commun*, au Livre III, Titre XIII, du Code civil ; les différentes manières dont finit un tel mandat sont donc celles qu'exprime l'article 2003

⁶⁵⁵ CA Paris, 4^e ch., 2^e sect., 22 octobre 1955, Zeliqson c/ Sté Fromageries Bel, JCP, 1956.II.9101, note Turlan.

⁶⁵⁶ CA Paris, 4^e ch., 1^{er} mars 1957, JCP, 1957.II.9875, 3^e espèce., Glunckmann c/ SARL Granpel.

dudit Code, notamment la révocation du mandataire » ; « *le mandat d'intérêt commun, lorsqu'il est à titre onéreux, n'en conserve pas moins le caractère de mandat conformément à l'article 1986 du Code civil* ». Dans ce sens, un auteur écrit en 1957 que l'application du principe de la révocabilité *ad nutum* au contrat d'agence commerciale est « un point acquis »⁶⁵⁷.

En résumé, en raison de la fragilité de la théorie du mandat d'intérêt commun et de la confusion relative au fondement de la faculté de la révocation *ad nutum*, cette faculté est retenue – par erreur – par la jurisprudence en lieu et place du droit de mettre fin à la relation contractuelle d'agence commerciale. Néanmoins, la difficulté de justifier l'exigence d'un juste motif pour la rupture était réelle, à tel point que le juge a lui-même suggéré l'intervention du législateur afin d'apporter une solution. Toutefois, avant que le législateur intervienne, le juge a parfois fait appel à la notion d'abus de droit afin de justifier l'exigence d'un juste motif pour la rupture de l'agence commerciale.

⁶⁵⁷ Bourbès, note sous l'arrêt Cass., soc., 15 mars 1957, JCP.1957. II. 10217, 1^{re} espèce : « L'arrêt de la Cour suprême ne paraît d'ailleurs pas s'être proposé de trancher ce débat de principe. Il rappelle d'abord un point tenu pour acquis : lorsque le représentant de commerce agit comme mandataire, son contrat est révocable *ad nutum* ».

C. L'exigence du motif légitime de la révocation *ad nutum* d'un mandat au titre de la théorie de l'abus

La théorie de l'abus de droit est parfois appelée par le juge au secours du mandat d'intérêt commun, toujours dans l'objectif de justifier l'exigence de motif légitime pour la révocation de l'agent commercial. Ainsi, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 1957⁶⁵⁸, la société mandante avait concédé à l'agent la représentation de sa maison pour la vente dans la région parisienne. Après la révocation du contrat qui existait depuis 16 ans entre les deux parties, l'agent commercial a assigné son mandant devant le Tribunal de commerce pour obtenir une indemnisation à raison de la rupture du contrat. Le jugement du Tribunal a condamné la société à payer, entre autres, une indemnité évaluée à 5 200 000 francs à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive d'un mandat d'intérêt commun. On peut d'ores et déjà constater que le Tribunal a employé simultanément deux théories dans sa décision : le mandat d'intérêt commun et la théorie de l'abus. Cette double application sera confirmée par l'arrêt de la cour d'appel qui emploie aussi concomitamment les deux mécanismes : « En ce qui concerne l'agent commercial conclu entre les parties, ce mandat, même donné dans l'*intérêt commun* des deux parties, reste soumis aux dispositions des article 1984 et suivants du Code civil, et notamment aux dispositions des articles 2003 et 2004 » ; « dès lors ce mandat, donné pour une durée indéterminée, pouvait être révoqué à tout moment à la seule condition que la révocation soit fondée sur une cause légitime et qu'*en conséquence* aucun abus de ce droit de révocation ne puisse être relevé contre le mandant ». En ce qui concerne la rupture abusive, « les fautes que le mandant accuse de son mandataire ne sont pas réelles, les causes qu'il a invoquées pour expliquer la révocation ne le sont pas non plus [...] Par conséquent, la société [mandante] ne fondait pas sa décision de révocation d'un très ancien collaborateur qui continuait à lui rendre de grands services sur une cause légitime, mais encore faisait preuve d'*une légèreté blâmable*, sinon même d'*une intention malicieuse de nuire*. Par conséquent, il faut accorder les dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice suite à *la rupture abusive* ».

⁶⁵⁸ CA Paris, 4^e ch., 4 juillet 1957, Établissements Bourgeois c/ Léonoris, JCP. 1957. II. 10217, 2^e espèce, note Bourbès, préc.

En définitive, malgré la qualification de mandat d'intérêt commun, l'exigence d'un motif légitime de rupture est fondée sur le contrôle de l'abus de droit. Ce raisonnement se retrouve dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Douai en 1952 : « La révocation du mandat donné à un représentant de commerce, sans qu'il lui soit reproché un fait justifiant cette rupture, constitue un abus de droit et une faute, ouvrant droit à réparation à son profit »⁶⁵⁹. En effet, il n'est pas rare que la jurisprudence fasse appel à la notion de motif légitime dans l'appréciation de la rupture abusive du contrat d'agence commerciale⁶⁶⁰. D'ailleurs, le défaut de motif légitime est parfois invoqué aux côtés d'autres éléments caractérisant une rupture abusive de la relation contractuelle de distribution, tels que la rupture brutale. Par exemple, dans un jugement rendu le 16 juin 1893 par le Tribunal de commerce de Lyon, concernant la révocation d'un contrat de représentation commerciale conclu entre la veuve Bovagnet et son mandataire multicartes, le juge du fond décide, après avoir rappelé les dispositions de l'article 2004 du Code civil, que « la jurisprudence reconnaît que le mandataire peut, en cas de révocation, avoir droit à une indemnité, non seulement en vertu d'une convention expresse ou tacite, mais encore en l'absence de toute convention, par cela seul qu'il a été révoqué brusquement, sans cause légitime et de manière à subir un préjudice »⁶⁶¹. Dans le même sens, dans une décision de 1936, le juge explique que « si, par application de l'article 2004 du Code civil, tout mandat est révocable, qu'il soit gratuit ou salarié, et si, en l'absence de toute convention, le mandant qui révoque le mandat n'est point passible de dommages-intérêts envers le mandataire, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, la révocation a eu lieu intempestivement, sans motif légitime, et a causé un préjudice au mandataire »⁶⁶².

Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, en principe, l'absence de juste motif ne permet pas de constituer un abus de droit. Néanmoins, est-ce que le droit

⁶⁵⁹ CA Douai, 6 janvier 1952, D., 1953. J. 638.

⁶⁶⁰ Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 34, p. 29.

⁶⁶¹ Tribunal de commerce de Lyon, *Veuve Bovagnet c/ Lollier*, 16 juin 1893, D.1895, 2, 432.

⁶⁶² CA Angers, 21 janvier 1936, D.H.1936.153 ; Cass., civ., 13 janvier 1941, D.A., 1941.81 : « Mais attendu que si le mandant tient de ce texte la faculté de révoquer unilatéralement le pouvoir par lui donné à son mandataire, et si ce principe s'applique même au cas du mandat salarié, le mandataire révoqué n'en a pas moins droit à des dommages-intérêts comprenant notamment le manque à gagner, lorsque la décision du mandant est intervenue intempestivement et sans cause légitime ».

de mettre fin à une relation contractuelle avec l'agent commercial en constitue une exception ? L'examen du bien-fondé de l'exigence du motif légitime permet de répondre à cette question.

§ II. Le caractère inopérant du contrôle du motif du droit de mettre fin à la relation contractuelle

Afin de justifier l'indemnité de rupture par le contrôle de l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, a été créée l'exigence d'un motif légitime de la rupture. En d'autres termes, le contrôle de l'exercice de ce droit porte sur son motif. La rupture d'un contrat d'agence commerciale sans motif légitime va donner lieu à une indemnité de rupture. Cependant, deux obstacles s'opposent à ce raisonnement.

Premièrement, la mise en œuvre de l'exigence d'un motif légitime dans la rupture reste problématique. Plus précisément, puisque la théorie du mandat d'intérêt commun est défailante, la jurisprudence a fait appel à la théorie de l'abus de droit pour justifier l'exigence d'un motif légitime de rupture, appliquant ainsi le régime de l'abus de droit. Cependant, il existe des différences importantes entre le régime de l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle, et celui de l'indemnité de rupture due à l'agent commercial. Il est donc délicat de fonder l'indemnité de rupture sur l'exigence d'un motif légitime, qui est une application de la théorie de l'abus de droit (A).

Deuxièmement, à côté du manque de cohérence de cette démarche au regard du régime applicable, il existe également une contradiction inhérente à la notion d'exigence d'un motif légitime dans la rupture : l'exigence d'un motif légitime est incompatible avec le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution (B).

A. L'incompatibilité entre l'abus de droit et l'indemnité de rupture de l'agent commercial

Tout d'abord, l'incompatibilité entre l'abus de droit et l'indemnité de rupture se manifeste en matière probatoire : il existe une différence au niveau de la charge de preuve et une différence au niveau du contenu de cette preuve. En réalité, dans le cadre de la théorie de l'abus de droit, la charge de la preuve incombe à l'agent ayant subi la

rupture⁶⁶³ : il doit prouver l'existence d'un abus lors de la révocation de la part du mandant, à défaut de quoi l'abus ne pourra pas être qualifié. Il s'agit d'une simple application de l'article 1353 du Code civil⁶⁶⁴ en matière de preuve. La règle est différente dans le régime de la fin de l'agence commerciale. Selon l'article 3 du décret du 23 décembre 1958⁶⁶⁵, « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi ». De même, l'article L. 134-12 du Code de commerce prévoit qu'« en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ». Autrement dit, la simple révocation de l'agence commerciale par le mandant entraînera une créance d'indemnité compensatrice au bénéfice de l'agent commercial. Pour être exonéré du paiement de cette indemnité, le commettant doit prouver l'existence d'une faute de l'agent justifiant la résiliation du contrat : la charge de la preuve incombe donc au mandant.

Cette différence réside dans le fait que l'attribution de l'indemnité prévue par le régime de l'agence commerciale ne suppose pas l'existence d'une faute du mandant. L'indemnité est due systématiquement à la suite de la cessation du contrat par ce dernier, même en l'absence de faute. À l'inverse, la rupture abusive fait partie des « mécanismes supposant l'existence d'une faute »⁶⁶⁶ de la part du mandant. En raison de cette différence importante, l'abus de révocation ne permet pas d'expliquer les conditions d'attribution de l'indemnité prévues par le régime de l'agence commerciale. Ainsi, un auteur a affirmé que cette différence était « la plus sérieuse objection que l'on puisse formuler à l'encontre

⁶⁶³ Tribunal de commerce de Narbonne, 1^{er} juin 1934, Gaz.Pal.1934.2.211 : « Si la révocation du mandat peut, dans certains cas, donner lieu à des dommages-intérêts au profit du mandataire, c'est à la charge par celui-ci d'établir que la révocation a été abusive, c'est-à-dire signifiée avec malveillance, mauvaise foi et dans l'intention de nuire ». En l'espèce, le mandataire « ne rapporte pas cette preuve », par conséquent, la Cour de cassation déclare irrecevable la demande du mandataire. Il s'agit d'une jurisprudence constante.

⁶⁶⁴ L'article 1353 du Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

⁶⁶⁵ Décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux, préc.

⁶⁶⁶ Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, op. cit., p. 97-123.

de la thèse selon laquelle l'indemnité de fin de contrat pourrait être fondée par l'application [...] de mécanismes réparateurs supposant l'existence d'une faute »⁶⁶⁷.

Il est tentant d'expliquer cette différence par un renversement de la charge de preuve aménagé par un texte spécifique en la matière ; après tout, ce ne serait pas la première fois que le législateur renverserait la charge de preuve dans l'objectif de protéger une certaine catégorie de contractants⁶⁶⁸. Cependant, même en admettant la validité de cet argument, il ne permet pas de surmonter l'obstacle suivant : le renversement de la charge de la preuve au sein de la théorie de l'abus de révocation suppose que la charge de preuve incombe au mandant, mais celui-ci doit prouver une absence de faute de sa part (et non une faute de l'agent). Autrement dit, l'objet de la preuve demeure différent malgré le renversement de la charge de la preuve. De surcroît, les difficultés pour expliquer l'indemnité de rupture de l'agence commerciale par l'abus de révocation ne s'arrêtent pas là.

Elles se manifestent également à travers la possibilité de cumuler l'indemnité issue de l'abus de droit et celle issue de la fin du contrat. La jurisprudence est intervenue ultérieurement au décret de 1958 pour confirmer ce possible cumul de l'indemnité compensatrice de la fin de l'agence commerciale et celle issue de la rupture abusive⁶⁶⁹. Néanmoins, cette solution avait déjà été retenue du temps des propositions de loi relatives

⁶⁶⁷ *Ibid.*, 126, p. 123.

⁶⁶⁸ À titre d'illustration, en matière de vente conclue entre un vendeur professionnel et un consommateur, selon l'article L. 211-7 du Code de la consommation, « les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire ».

⁶⁶⁹ CA Nîmes, 25 avril 1974, RTD com. 1974, p. 579, obs. J. Hémard ; CA Rouen, 18 octobre 1990, R.J.D.A., 1991, n° 21, p. 34 ; R.J.S., 1991, n° 270, p. 144 ; Dans le même sens, R. Bout, C. Prieto, *Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation*, éd. Lamy, 1998, n° 3294, p. 1118 : « Outre l'indemnité de rupture proprement dite, des dommages et intérêts pourront être alloués à l'agent commercial lorsque les circonstances de la rupture révéleront un comportement fautif du mandant. Ainsi, des dommages et intérêts pourront être accordés à l'agent pour réparer le préjudice causé par une rupture brutale ou injurieuse, ou encore accompagnée de manœuvres déloyales visant, par exemple, à remplacer l'agent commercial par l'un de ses anciens employés » ; J. Hémard, « Les agents commerciaux », RTD com., 1959, n° 75, p. 616 : « En dehors de [l'indemnité de la fin du contrat d'agence commerciale], l'agent ne pourra obtenir de dommages et intérêts que si les conditions dans lesquelles la résiliation a eu lieu ont pu lui causer un préjudice distinct, en particulier si des imputations fausses ou malveillantes ont été invoquées pour justifier la résiliation ».

au statut de l'agence commerciale⁶⁷⁰. Ainsi, la jurisprudence distingue-t-elle l'indemnité issue de la rupture brutale de l'agence commerciale de celle issue de la cessation du contrat⁶⁷¹. La possibilité de cumuler ces deux indemnités est la preuve évidente de leur fondement distinct. Il est donc difficile de considérer l'indemnité de rupture comme étant une sanction de l'abus du droit de mettre fin à la relation contractuelle.

Finalement, même à considérer que l'indemnité de rupture est justifiée par l'exigence d'un motif légitime dans la rupture, cette exigence se trouve sans fondement. En effet, l'exigence de motif légitime dans la rupture ne peut pas être fondée sur la théorie de l'abus, en raison de l'incompatibilité entre l'abus de droit et l'indemnité de rupture ; elle ne peut pas non plus être fondée sur la théorie du mandat d'intérêt commun en raison de la fragilité de cette dernière. Par conséquent, ni l'abus de droit ni le mandat d'intérêt commun ne permettent d'expliquer la raison pour laquelle un motif légitime est exigé dans la rupture de l'agence commerciale. Il est donc illusoire de justifier l'indemnité de rupture par un contrôle du motif du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, cela d'autant que l'exigence d'un motif légitime est incompatible avec le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

B. L'incompatibilité entre l'exigence d'un motif légitime et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution

Dans la partie précédente de notre étude, nous avons démontré que le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution concerne en réalité deux cas de figure : la résiliation d'un contrat de distribution à durée indéterminée et le refus de poursuivre la relation contractuelle de distribution au-delà du terme contractuel. Dans ces deux hypothèses, le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution est justifié par la seule volonté de l'auteur de l'acte. En revanche, les fins de la relation contractuelle de distribution justifiées par un élément de fait indépendant de la volonté de l'auteur de la

⁶⁷⁰ Selon la proposition de loi Michelet du 21 février 1957, l'indemnité de la fin du contrat d'agence commerciale est « indépendante des dommages et intérêts auxquels pourraient donner lieu au profit de l'une des parties les agissements de l'autre ».

⁶⁷¹ R. Bout, C. Prieto, *op. cit.*, n° 3457, p. 1227 : « la jurisprudence tempérerait la brutalité de la résiliation du contrat par l'exigence du respect d'un préavis par l'auteur de la rupture. Ce délai était généralement fixé à six mois ».

rupture sont exclues du champ du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Ainsi, la force majeure, la caducité, l'arrivée du terme contractuel ou encore la résolution ne ressortent pas de la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Après avoir rappelé le contenu dudit droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, il convient de s'interroger sur les effets de l'exigence d'un motif légitime de la rupture à l'égard de ce droit.

En effet, le motif de la rupture est considéré comme légitime lorsqu'il se distingue d'une simple volonté de son auteur de mettre fin à la relation contractuelle. Plus précisément, le motif légitime de la rupture peut par exemple être constitué par la faute grave commise par l'autre partie pendant l'exécution du contrat, faute permettant de justifier la fin de la relation contractuelle : il s'agit alors d'une résolution du contrat pour une inexécution contractuelle. De même, la force majeure et la caducité peuvent également constituer un juste motif de rupture. En d'autres termes, la rupture pour un motif légitime correspond aux hypothèses de fin de relation contractuelle justifiées par un élément de fait indépendant de la volonté de l'« auteur » de la rupture. Par conséquent, exiger un motif légitime de rupture revient à exclure les fins de la relation contractuelle entraînées par la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

En résumé, il existe une incompatibilité entre l'exigence de motif légitime de rupture et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Après cet examen de la jurisprudence rendue en matière de fin d'agence commerciale avant l'adoption du décret de 1958, on ne peut que constater une controverse importante. Si l'indemnité de rupture de l'agent commercial est fréquemment fondée sur le défaut de motif légitime de la rupture, il est néanmoins difficile d'expliquer la raison pour laquelle ce motif légitime est exigé. En effet, dès lors que le mandat d'intérêt commun se trouve sans fondement, le contrôle du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution ne peut être envisagé qu'au titre de la théorie de l'abus de droit. Pourtant, le régime de l'abus de droit n'est pas conciliable avec celui de l'indemnité de rupture de l'agent commercial. Ainsi, l'exigence d'un motif légitime se trouve sans fondement. Dépourvue de fondement identifié, l'exigence d'un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle peut difficilement être retenue comme la justification de

l'indemnité de rupture de l'agent commercial. Cela d'autant plus que cette exigence est incompatible avec la notion de droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. En définitive, la controverse jurisprudentielle n'est qu'une manifestation de ces incompatibilités profondes entre la justification retenue et le résultat voulu.

Néanmoins, ce débat jurisprudentiel semble avoir été tranché par l'arrivée du décret du 23 décembre 1958 créant le statut d'agent commercial : désormais, le juge peut fonder le régime dérogatoire de l'agence commerciale sur un texte. Tous les problèmes en cette matière ont-ils pour autant été résolus ? Bien au contraire, c'est là – semble-t-il – que tout a commencé ! Dans ce sens, le seul « fondement » de l'indemnité de l'agent commercial se trouverait dans l'existence d'un texte, mais sa justification demeure incompréhensible pour la doctrine.

M. Catoni estime que le statut de l'agence commerciale est la reprise des règles relatives aux usages professionnels, et suggère que les usages soient considérés comme le fondement du système⁶⁷². Cependant, cela ne fait que reporter la difficulté. En outre, fonder l'indemnité de rupture sur la notion d'équité⁶⁷³ ne permet pas davantage d'expliquer la légitimité du régime établi. Finalement, fonder un régime dérogatoire uniquement sur l'existence d'un texte paraît hasardeux. La logique voudrait donc que nous poursuivions la recherche d'une explication du régime dérogatoire... Le système actuel ne permet pas de fournir de justification satisfaisante à l'indemnité en question ; pourtant, ce régime dérogatoire n'est pas une réaction des législateurs face à un événement ponctuel : le besoin d'indemnisation existe réellement. La directive européenne du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants en est un exemple⁶⁷⁴. Autrement dit, la raison de l'indemnisation à la fin du contrat d'agence commerciale existe réellement, mais elle fait partie des préceptes qui ne sont pas compris par la théorie juridique. Par conséquent, il faut d'abord identifier ces préceptes avant de trouver les moyens de les

⁶⁷² Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁷³ Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.*.

⁶⁷⁴ Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

traduire en théorie juridique. En effet, certaines jurisprudences suggèrent déjà d'examiner l'objet de l'indemnité de rupture. Corrélativement, le contenu de l'objet de l'indemnité suggéré par la jurisprudence confirmera l'insuffisance du lien entre cette indemnité et la limitation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Section II. Une incohérence confirmée par l'objet de l'indemnité de rupture

Lorsque l'indemnité de rupture est justifiée par l'exigence d'un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle, un lien doit pouvoir être constaté entre le défaut de motif légitime pour exercer ce droit subjectif et l'indemnité de rupture. À défaut de ce lien, l'exigence d'un motif légitime ne pourra pas être retenue comme justification de l'indemnité de rupture. Ainsi, l'identification de l'objet de l'indemnité de rupture s'avère nécessaire. Cependant, cette identification n'étant pas chose aisée au regard des textes en la matière (§I), un examen de la jurisprudence s'avère nécessaire (§II).

§ I. L'objet de l'indemnité de rupture non identifié par les textes

Puisque l'objet de l'indemnité de rupture n'est pas directement indiqué par les textes en matière d'agence commerciale, son identification s'avère ardue. D'une part, l'objet de l'indemnité ne peut pas être simplement déduit de ses conditions d'attribution, dans la mesure où ces conditions ont connu une évolution dans le temps (A). D'autre part, le montant de l'indemnité n'est pas précisé par les textes qui se contentent d'affirmer le principe de son existence (B).

A. Une évolution des conditions d'attribution de l'indemnité de rupture.

Un rappel de l'évolution historique des textes (et des projets de textes) en matière d'agence commerciale permet de mettre en exergue une évolution des conditions d'attribution de l'indemnité de rupture. Dans le projet de loi du 20 mars 1958 tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, a été expressément prévu le droit à l'indemnité de l'agent. Néanmoins, ce droit est prévu uniquement en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée ; le non-renouvellement d'un contrat à durée

déterminée n'entre pas dans les hypothèses donnant lieu à l'indemnisation⁶⁷⁵. Après avoir rappelé l'existence d'une faculté de résiliation unilatérale ouverte aux deux parties et issue du droit commun des contrats, le projet de loi a soumis le droit à indemnité de l'agent à quatre conditions cumulatives : la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, la résiliation du fait du mandant, l'absence de faute de l'agent commercial justifiant cette résiliation et l'absence de successeur présenté par l'agent commercial et agréé par le donneur d'ordre⁶⁷⁶. Toutefois, ce projet de loi n'a pas connu de suites pour des raisons historiques. À sa place, le gouvernement a adopté le statut de l'agent commercial sous forme de décret. À l'instar du projet de loi, le décret du 23 décembre 1958 a prévu que seule la résiliation d'un contrat à durée indéterminée par le mandant donnerait lieu à indemnisation⁶⁷⁷. En outre, malgré le silence du texte, la jurisprudence a admis la possibilité de la cession de « carte » professionnelle par l'agent. Par conséquent, le statut de l'agent commercial issu du décret a soumis l'octroi de l'indemnité aux mêmes conditions que celles initialement prévues dans le projet de loi : la résiliation d'un contrat à durée indéterminée par le mandant, non justifiée par une faute de l'agent commercial, cela en dehors de l'hypothèse de la cession de sa carte par l'agent à un successeur.

⁶⁷⁵ Conseil de la République, Session ordinaire de 1957-1958, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 mars 1958, Rapport supplémentaire fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur la proposition de loi de MM. Edmond Michelet, Abel Durand, Gaston Charlet, Michel Debré, Marcel Lemaire, Joseph Raybaud et Rochereau, tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, article 5 de la proposition, p. 5.

⁶⁷⁶ « Les conventions, à durée indéterminée, sont résiliables à tout moment, sans préavis, par l'une ou l'autre partie. Si la dénonciation est le fait du mandant et qu'elle ne soit pas dûment justifiée par une violation des obligations légales ou contractuelle de l'agent commercial, ce dernier a droit à une indemnité, sauf au cas où le mandant agréé un successeur proposé par l'agent ».

⁶⁷⁷ L'article 3 al. 2 du décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux : « Leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi » ; Cass. com., 24 avril 1974, n° 73-10666 : la décision attaquée est celle rendue par la CA Rouen du 10 novembre 1972, qui a débouté la demande d'indemnisation de la part de l'agent commercial suite à un non-renouvellement du contrat à durée déterminée, au motif que le mandant « n'avait fait qu'user de la faculté qu'[il] s'était réservée de ne pas renouveler le contrat à l'échéance du terme ». La Cour de cassation a confirmé la décision attaquée, estimant que la cour d'appel a « relevé, tant par motifs propres que par motifs adoptés, que le contrat litigieux, renouvelable par tacite reconduction tous les deux ans, prévoyait pour chaque partie le droit de reprendre sa liberté à l'expiration de chaque période à condition d'en aviser l'autre six mois à l'avance » ; J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 500, p. 387 : « L'article 3 du décret de 1958 n'ouvre droit à indemnité qu'en cas de résiliation du contrat d'agence. La survenance du terme d'un contrat à durée déterminée n'est pas une résiliation, et ne peut, donc, en principe, entraîner d'indemnisation ».

L'exclusion du non-renouvellement du contrat à durée déterminée du champ de l'indemnisation a été critiquée par certains auteurs : ceux-ci estiment que ce traitement différent entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée risque d'engendrer des cas de « fraudes à la loi », notamment par le biais de la clause de tacite reconduction qui permet au commettant d'échapper à l'indemnisation à l'arrivée du terme contractuel, tout en bénéficiant de l'économie d'un contrat à durée indéterminée⁶⁷⁸. Certains auteurs considèrent même que cette solution va à l'encontre de la notion d'intérêt commun⁶⁷⁹. Malgré ces critiques, cette solution, adoptée à la fois par le projet de loi de 1958 et le décret de 1958, a été maintenue jusqu'en 1991⁶⁸⁰ ; elle s'explique en outre par l'impact de la théorie du mandat d'intérêt commun sur l'agence commerciale. Ainsi que cela a été démontré précédemment, la théorie moderne du mandat d'intérêt commun, qui puise sa force dans la nature du contrat, ne peut pas s'appliquer au contrat dans lequel un terme extinctif est expressément prévu par les parties. C'est pour cette raison que l'indemnité de rupture n'a pas été étendue au non-renouvellement du contrat à durée déterminée.

⁶⁷⁸ Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 71 ; Jean Catoni, *Le décret du 23 décembre 1958 et la résiliation du contrat de représentation commerciale*, op. cit., 76 : « S'il existe une clause de tacite reconduction, il faudra décider que le contrat devient à durée indéterminée, après l'échéance de la première période, à moins que le nombre des tacites reconductions ne soit limité. C'est ce que la jurisprudence a reconnu en matière de contrat de travail. À la limite une telle clause constitue une fraude à la loi. Toute clause permettant la résiliation sans indemnité est nulle (art. 3, al. 2). Une clause de tacite reconduction qui prévoit que le contrat est renouvelable tous les ans pendant dix ans, réserve au mandant la possibilité de résilier chaque année le contrat sans avoir à payer d'indemnité. Son emploi systématique aura pour effet de priver les agents commerciaux du bénéfice de leur statut. Aussi faudra-t-il décider que sera pris en considération pour déterminer la durée d'un tel contrat le nombre des tacites reconductions possibles » ; J. Hémard, « Les agents commerciaux », RTD com., 1959, 573, n° 69.

⁶⁷⁹ A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 85 et s., n°s 11 et 24.

⁶⁸⁰ Loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, JORF, 27 juin 1991, n° 148, p. 8271.

Pourtant, cette indemnité a été « généralisée »⁶⁸¹ par la loi n° 91-593 du 25 juin 1991⁶⁸², transposant la directive européenne du 18 décembre 1986⁶⁸³. L'octroi de l'indemnité n'est plus réservé à la seule résiliation du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée : le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée peut également donner lieu à indemnisation⁶⁸⁴. De surcroît, la fin de la relation contractuelle en raison du décès de l'agent, de son infirmité, de sa maladie ou de son âge donne également lieu au versement de l'indemnité de rupture⁶⁸⁵. En dehors des hypothèses énumérées ci-dessus, l'agent perd le droit à l'indemnité lorsque la cessation du contrat résulte de son initiative ou d'une faute grave de sa part⁶⁸⁶.

En raison de ce changement dans les conditions d'octroi de l'indemnité de rupture, la déduction de l'objet de cette indemnité à partir de ses conditions d'attribution n'est plus une voie propice : par exemple, il est difficile d'identifier un objet de l'indemnité qui permette d'expliquer à la fois l'octroi et le refus de l'indemnité en cas de rupture du contrat à durée déterminée. En d'autres termes, le constat de l'évolution des

⁶⁸¹ Débats parlementaires, JORF, seconde session ordinaire de 1990-1991, compte rendu intégral, 10^e séance, Séance du jeudi 18 avril 1991, Rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, adoption d'un projet de loi, p. 540, M. François Doubin, ministre délégué au Commerce et à l'Artisanat : « Le projet de loi prévoit également le droit de l'agent commercial à une juste indemnisation lors de la cessation du contrat d'agent. Dans ce nouveau texte, le principe d'indemnisation a une portée plus large que dans les cas de cessation de contrat, et pas seulement dans les cas de résiliation » ; Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 78.

⁶⁸² Loi n° 91-593 du 25 juin 1991, préc.

⁶⁸³ Dir. 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, préc. : JOCE L 382, 31 déc. 1986, p. 17-21.

⁶⁸⁴ L'article 12 de la loi 1991 ; de surcroît, l'article 11 de la loi précise qu'« un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée » ; Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive 86/653/CEE du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 20 : « Contrairement à ce qui a été le cas dans de nombreux autres États membres, la directive n'a pas modifié la législation existante de façon radicale en France. En vertu de l'article 12 de la loi n° 91/593 du 25 juin 1991, la législation française continue de reconnaître un droit à réparation à la cessation du contrat d'agence. Le changement provoqué par la directive tient aux circonstances dans lesquelles la réparation est due, mais non à son calcul. Le droit à réparation vaut désormais aussi en cas de non-renouvellement du contrat et de cessation résultant de l'initiative de l'agent justifiée par des circonstances dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie ou en cas de décès de l'agent » ; Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16857, Bull. civ. IV, n° 91 ; Cah. Dr. Entr. 2002, n° 5, p. 33, obs. Ph. Grignon.

⁶⁸⁵ L'article 13 de la loi 1991.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

conditions d'attribution de l'indemnité de rupture nous permet de relativiser la place de ces conditions dans l'identification de l'objet de cette indemnité, et de l'utiliser à titre d'examen secondaire pour vérifier la pertinence de cet objet. Par conséquent, l'objet de l'indemnité doit être identifié par le biais d'autres éléments. Par exemple, le montant de l'indemnité peut être un indice intéressant.

B. L'absence de précision textuelle sur le montant de l'indemnité de rupture

Le montant de l'indemnité de rupture a été mentionné dans les différents projets de textes en matière d'agence commerciale. Ainsi, l'arrêté du 5 novembre 1946⁶⁸⁷, qui emploie la notion de « carte » à la place de l'indemnité de rupture, précisait en son article 39 que la valeur de la carte « représente la part qui revient personnellement à l'agent dans la clientèle apportée, créée ou développée par lui ». Plus précisément, « le montant des pourcentages bruts des deux années peut constituer, mais exclusivement entre mandant et mandataire, une base équitable d'appréciation de cette valeur »⁶⁸⁸. De même, le projet de loi du 20 mars 1958 susvisé a indiqué que « cette indemnité ne peut être supérieure au montant des commissions cumulées des deux ou trois dernières années, suivant que l'agent commercial aura exercé son mandat pendant moins ou plus de cinq années »⁶⁸⁹. En revanche, le décret de 1958 ne précisait pas la base de calcul de l'indemnité : il s'est contenté d'affirmer l'existence de ce droit à l'indemnité de l'agent commercial⁶⁹⁰ lors de la cessation du contrat.

⁶⁸⁷ Arrêté du 5 nov. 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel des auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie).

⁶⁸⁸ Article 39 de l'arrêté du 5 nov. 1946 préc.

⁶⁸⁹ Conseil de la République, Session ordinaire de 1957-1958, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 mars 1958, Rapport supplémentaire fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur la proposition de loi de MM. Edmond Michelet, Abel Durand, Gaston Charlet, Michel Debré, Marcel Lemaire, Joseph Raybaud, et Rochereau, tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, article 5 de la proposition, p. 5.

⁶⁹⁰ L'article 3 du décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi ».

En 1986, la directive européenne n° 86/653/CEE, aux termes de son article 17⁶⁹¹, a offert aux États membres de choisir entre deux types d'indemnisation : une indemnité de clientèle et une indemnité à titre de réparation du préjudice. Elle a limité le montant maximal de la première à une indemnité annuelle calculée à partir de la moyenne annuelle des rémunérations touchées par l'agent commercial⁶⁹², mais n'a pas posé de limite pour le montant de la seconde. Le droit français⁶⁹³ a opté pour « la réparation du préjudice »⁶⁹⁴, qui est en réalité un mode d'indemnisation conçu « sur la base de la législation française »⁶⁹⁵. Certes, la directive de 1986 n'a pas posé de limite au montant

⁶⁹¹ Dir. 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, préc., art. 17 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, une indemnité selon le paragraphe 2 ou la réparation du préjudice selon le paragraphe 3 ».

⁶⁹² L'article 17.2.b) de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 préc. : « Le montant de l'indemnité ne peut excéder un chiffre équivalent à une indemnité annuelle calculée à partir de la moyenne annuelle des rémunérations touchées par l'agent commercial au cours de cinq dernières années et, si le contrat remonte à moins de cinq ans, l'indemnité est calculée sur la moyenne de la période » ; Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive susvisée, présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 2 : « Le système de l'indemnité a été calqué sur l'article 89b du Code du commerce allemand, qui prévoyait depuis 1953 le versement d'une indemnité de clientèle et dont l'application a donné lieu à une abondante jurisprudence relative au calcul de l'indemnité. La jurisprudence et la pratique allemande devraient constituer une aide précieuse pour les juridictions des États membres dans l'interprétation des dispositions de l'article 17 paragraphe 2 de la directive ».

⁶⁹³ L'article 12 de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits. Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent » ; devenu aujourd'hui l'article L. 143-12 du Code de commerce : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits. Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent ».

⁶⁹⁴ Assemblée nationale, Constitution du 4 octobre 1958, 9^e Législature, Seconde session ordinaire de 1990-1991, 57^e Séance, Compte-rendu intégral, Séance du jeudi 23 mai 1991, Rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, Discussion d'un projet de loi, adopté par la Sénat, p. 2233, M. Jean-Pierre Bouquet, rapporteur : « En effet, la directive du 18 décembre 1986 offre aux États membres de la Communauté le choix entre deux régimes d'indemnisation. Le premier système, influencé par la législation allemande, correspond à une classique indemnité de clientèle. La seconde possibilité s'inspire du décret de 1958 qui instaure une véritable réparation du préjudice. C'est cette tradition qui anime le projet de loi soumis à notre examen ».

⁶⁹⁵ Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 6 : « Le système de la réparation du préjudice a été conçu sur la base de la législation française, qui datait de 1958 et visait à dédommager l'agent de la perte subie du fait de la cessation du contrat » ; p. 7 : « Tous les États membres

de cette réparation⁶⁹⁶, mais elle a néanmoins donné des indications sur le contenu du préjudice réparé quand elle évoque les conditions dans lesquelles intervient la cessation donnant lieu à l'indemnisation⁶⁹⁷ : il s'agit (i) de la privation des commissions dont l'exécution normale du contrat aurait permis à l'agent commercial de bénéficier, tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent ; (ii) et/ou des frais et dépenses non amortis que l'agent commercial a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant. Pourtant, ces précisions n'ont pas été rappelées par le droit français.

Le projet de loi déposé devant l'Assemblée nationale le 23 mai 1991 comportait ces précisions dans son article 11⁶⁹⁸, mais rédigées de façon prudente : précédées par l'adverbe « notamment », elles ont été présentées de manière indicative comme des exemples de préjudices réparés par l'indemnité de fin de contrat d'agence commerciale.

ont mis la directive en œuvre et la liste des mesures de transposition est fournie à l'Annexe A au présent rapport. À l'exception de la France, du Royaume-Uni et de l'Irlande, les États membres ont incorporé l'option "indemnité" à leur législation nationale. Au Royaume-Uni, les parties peuvent opter en faveur de l'indemnité, mais si elles ne le font pas, l'agent a droit à réparation. L'Irlande ayant omis d'opter pour l'un des deux systèmes dans sa législation, la Commission a ouvert une procédure en application de l'article 169 ».

⁶⁹⁶ Dans une décision rendue par la CA Bastia le 4 juin 2014 (chambre civile, n° 13/00284, M. X c/ Société d'exploitation et de développement arboricole de la côte orientale), la société mandante soutenait devant la cour que « l'indemnité compensatrice ne peut excéder un chiffre équivalent à une indemnité annuelle calculée à partir de la moyenne annuelle des rémunérations touchées par l'agent commercial au cours des cinq dernières années, en application de l'article 17 de la directive 86/653 du conseil du 18 décembre 1986 ». En réponse, la cour a repris l'argument de l'agent commercial : « Pourtant, et comme le souligne l'appelant, la France a adopté les modalités prévues à l'article 17 paragraphe 3 de cette directive, qui ne prévoit pas une telle limite, contrairement à ce que prévoit le paragraphe 2, invoqué par la SEDARC ».

⁶⁹⁷ L'article 17.3 de la directive : « L'agent commercial a droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant. Ce préjudice découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions : - qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial, - et/ou qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant ».

⁶⁹⁸ Assemblée nationale, Constitution du 4 octobre 1958, 9^e Législature, Seconde session ordinaire de 1990-1991, 57^e Séance, Compte-rendu intégral, Séance du jeudi 23 mai 1991, Rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, Discussion d'un projet de loi, adopté par la Sénat, p. 2244, article 11 : « L'agent commercial a droit à réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le mandant. Ce préjudice est *notamment* constitué : a) lorsque la cessation du contrat prive l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale de ce contrat lui aurait permis de bénéficier, tout en procurant au mandant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial ; b) Ou lorsque l'agent commercial n'a pu, lors de la cessation du contrat, amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution de celui-ci sur la recommandation du mandant ».

Cependant, malgré cette prudence, le rapporteur du projet a présenté un amendement visant à supprimer ces précisions, lequel amendement a été adopté avec l'avis favorable du gouvernement. Ainsi, il convient de se demander ce qu'est le préjudice réparé par l'indemnité de l'agent commercial en droit français. Si les indications sur le préjudice réparé par l'indemnité contenues dans la directive n'ont pas été reproduites en droit français, cela ne signifie pas pour autant que ce droit a adopté une solution opposée. Lors de la justification de l'amendement visant à supprimer ces précisions, le rapporteur a bien expliqué cette position : « Cet amendement a pour ambition de revenir à un texte plus proche du décret de 1958 et il ne contredit en rien les termes de la directive des Communautés européennes. En matière de protection des agents commerciaux, le texte de 1958 a fait ses preuves et il ne paraît pas souhaitable d'en modifier trop sensiblement la lettre. L'excès de précision apportée par l'actuelle rédaction du projet de loi pourrait être préjudiciable aux professionnels »⁶⁹⁹. L'avis favorable du gouvernement à l'amendement s'explique également par le souci de préserver le pouvoir souverain du juge en matière d'appréciation de l'indemnité de l'agent commercial⁷⁰⁰.

Finalement, l'objet de l'indemnité de rupture peut difficilement être identifié à partir des textes. Il est donc utile de faire appel à la jurisprudence, cela d'autant que certaines décisions évoquent l'objet de cette indemnité.

§ II. L'objet de l'indemnité suggéré par la jurisprudence

Un courant de jurisprudence se contente de rappeler l'objet de l'indemnité de rupture prévue par la directive européenne (A), tandis qu'un autre, plus audacieux, évoque l'idée d'une perte de patrimoine par l'agent (B).

⁶⁹⁹ Assemblée nationale, Constitution du 4 octobre 1958, 9^e Législature, Seconde session ordinaire de 1990-1991, 57^e Séance, Compte-rendu intégral, Séance du jeudi 23 mai 1991, Rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, Discussion d'un projet de loi, adopté par la Sénat, p. 2244.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, intervention de M. le ministre délégué au Commerce et à l'Artisanat : « Compte tenu du fait que l'adverbe "notamment" est utilisé, la rédaction de l'article 11 ne limiterait pas l'appréciation du juge. Bien qu'elle ne risque pas d'entraîner un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'agent commercial, elle peut toutefois laisser persister une ambiguïté sur le pouvoir d'appréciation du juge. Je m'en remets donc à la sagesse de l'Assemblée ».

A. L'objet de l'indemnité rappelé par certaines décisions : la réparation de la perte des bénéfices du contrat d'agence commerciale pour l'avenir

Dans ce type de jurisprudence, l'on retrouve une formule fréquemment empruntée pour décrire l'objet de l'indemnité de rupture : « l'indemnité prévue à l'article L. 134-12 du code de commerce a pour objet de réparer le préjudice subi par l'agent commercial en raison de la cessation de ses relations avec le mandant »⁷⁰¹. Une partie de la doctrine considère que les préjudices réparés par cette indemnité comprennent « tous les avantages que le représentant tirait de son mandat »⁷⁰². Cependant, il ne faut pas confondre la perte des avantages tiré du contrat d'agence commerciale avec le préjudice causé par la rupture abusive : c'est notamment le cas des investissements non amortis en raison des circonstances dans lesquelles la rupture du contrat s'est réalisée⁷⁰³. En réalité, sous le régime du décret susvisé de 1958, ces deux catégories de préjudices étaient incluses dans la même notion d'indemnité de rupture, sans distinction⁷⁰⁴. Aujourd'hui, les préjudices causés par les circonstances abusives de la cessation du contrat sont distingués de ceux réparés par l'indemnité de rupture. Par exemple, lors d'un arrêt rendu en 2003, la Cour de cassation a affirmé que « les dispositions de l'article 12 de la loi du 25 juin 1991, devenu l'article L. 134-12 du Code de commerce, qui obligent le mandant à réparer le préjudice subi par l'agent commercial du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale, n'interdisent pas la réparation du préjudice subi par l'agent

⁷⁰¹ CA Versailles, 27 octobre 2005, SARL From'Ardi c/ SARL HerA.

⁷⁰² Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, op. cit., 85, p. 87 : « Le juge tiendra donc compte de tous les avantages que le représentant tirait de son mandat » ; Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, op. cit., 152, p. 143 : « L'indemnité due à l'agent commercial est destinée à compenser le préjudice que celui-ci subit du fait de la résiliation de son contrat et de la perte des avantages qui y sont attachés, en particulier le droit de prospecter une clientèle déterminée ».

⁷⁰³ CA Paris, 16 octobre 2013, n° de RG 13/05888, M. Bruno Marie Joseph Roger X c/ M. Jean-Paul Joseph X ; CA Douai, 6 septembre 2007, n° de RG 06/1777, S.A. Phildar c/ M^{me} Albertine X.

⁷⁰⁴ L'article 3 du décret de 1958 ne distingue pas les deux types de préjudices. Cependant, une certaine jurisprudence distinguait déjà le préjudice causé par la cessation du contrat et celui causé par les circonstances de la cessation, cela même avant l'intervention de la loi de 1991. À titre d'illustration : CA Rouen, 2^e chambre civile, 18 octobre 1990, Dubois c/ GIE Valcandis : RJDA, 1991, n° 21, p. 34 : après avoir confirmé le droit de l'agent commercial à l'indemnité de la rupture, la Cour relève que l'agent en question « n'établit pas que la rupture soit intervenue de façon brutale », par conséquent, sa demande d'indemnité à ce titre ne peut aboutir.

lorsque les causes de cette cessation ont un caractère fautif »⁷⁰⁵. Dans le même sens, après l'entrée en vigueur de la loi de 1991, existe désormais une disposition distincte de l'article 12 susvisé, concernant spécifiquement la question de la rupture brutale du contrat d'agence commerciale par le donneur d'ordre⁷⁰⁶. Ainsi, l'indemnité pour la rupture brutale et l'indemnité de rupture constituent deux chefs d'indemnisation bien distincts. Par conséquent, le préjudice issu de la rupture brutale n'entre pas dans l'évaluation du préjudice réparable par l'indemnité de rupture⁷⁰⁷.

Plus précisément, parmi les avantages tirés du contrat perdus par l'agent, se trouve d'abord la perte des commissions⁷⁰⁸. Assez souvent, quand le juge évoque le

⁷⁰⁵ Cass. com., 26 novembre 2003, n° 02-12396 ; Dans le même sens, dans une décision rendue le 23 mai 1989 (n° : 87-18212), la Cour de cassation a affirmé que « la cour d'appel a pu retenir, sans se fonder sur l'inexécution d'obligations contractuelles, que les atermoiements volontaires et la résistance abusive de la SAIRO [la société donatrice de l'ordre] pour discuter du prix de cession de la carte avaient provoqué l'indétermination de ce prix, et que ce comportement fautif était à l'origine du dommage subi par M. A [l'agent commercial]... ».

⁷⁰⁶ L'article L. 134-11 du Code de commerce : « [...] Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. [...] La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil. Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure » ; Il semble que la distinction entre l'indemnité prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce et celle pour rupture abusive est bien établie. Un auteur n'hésite pas à affirmer le possible cumul des deux indemnités : V. Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, op. cit., 124, p. 120 : « La spécificité de l'indemnité de fin de contrat [de représentation commerciale], cependant, ne fait aucun doute et la jurisprudence, constante depuis l'adoption du statut en 1937, a consacré cette solution. Elle a, de même, été adoptée en matière d'agence commerciale, avant même que l'obligation de respecter un préavis ne soit expressément affirmée par la réforme de 1991 ».

⁷⁰⁷ Toutefois, cette conclusion peut être remise en cause par la pratique de la jurisprudence, notamment par une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 juin 1986 (n° 84-15384). Par une décision rendue le 18 avril 1984, la Cour d'appel de Versailles avait condamné le donneur d'ordre à payer son agent commercial une somme unique de 100 000 francs, toutes causes confondues. Devant l'argument du pourvoi formé par l'agent commercial, selon lequel « il est de principe que les juges du fond ne peuvent comprendre dans une condamnation unique l'indemnité de clientèle et des dommages-intérêts », la Cour de cassation a répondu que la cour d'appel, qui a donné « une évaluation globale du préjudice dont elle n'était pas tenue de chiffrer séparément les éléments, n'a ni méconnu les termes du litige dont elle était saisie, ni dénaturé les écritures des parties ».

⁷⁰⁸ Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, op. cit., 157, p. 149 : « Le préjudice subi par l'agent correspondra toujours à la perte du droit qu'il avait de prospecter une clientèle déterminée et d'en tirer bénéfice en percevant des commissions. C'est la perte du revenu qu'il pouvait escompter de son contrat qui constitue l'un des plus importants chefs de dommages dont il peut faire état » ; Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents*

préjudice réparé par l'indemnité de rupture, il fait référence avant tout à « la perte des commissions auxquelles » l'agent commercial « aurait pu raisonnablement prétendre »⁷⁰⁹. De même, pour la doctrine, lorsque les auteurs évoquent le préjudice réparé par l'indemnité de rupture, ils se réfèrent avant tout à la perte des rémunérations issue du contrat d'agence commerciale⁷¹⁰. Cependant, cette façon de déterminer les préjudices réparables sème un doute sur la notion de perte des avantages tirés du contrat par l'agent commercial.

En effet, pour qu'il y ait perte d'un avantage, encore faut-il que l'avantage existe. Par exemple, pendant l'exécution normale du contrat d'agence commerciale, l'agent recevait des commissions, mais il devait également payer les salaires de ses personnels ; de même, les investissements amortis pendant la durée contractuelle étaient payés par l'agent. En d'autres termes, afin de calculer les avantages tirés du contrat par l'agent, il faut d'abord calculer ses commissions, puis en déduire ses charges. Par conséquent, en assimilant le préjudice réparé par l'indemnité de rupture à la perte des commissions brutes de l'agent, on dépasse la notion de perte des avantages tirés du contrat par l'agent. Ainsi, il convient de se demander s'il s'agit vraiment d'une réparation de la perte par l'agent commercial de *tous* les avantages issus du contrat.

En effet, si l'objectif de l'indemnité de rupture est de réparer la perte des bénéfiques auxquels l'agent commercial peut raisonnablement prétendre en l'absence de

commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative, op. cit., 85, p. 87 : « Il [le juge] évaluera la perte des bénéfices pour l'avenir, c'est-à-dire le *lucrum cessans*, en tenant compte des commissions moyennes touchées pendant les dernières années et en effectuant éventuellement des réajustements pour dévaluation monétaire ».

⁷⁰⁹ CA Bourges, 16 mars 2006, SA Jean Leduc Sport c/ M. Bruno X ; CA Versailles, 20 janvier 2000, SA Delepine c/ M. Jacques X : l'indemnité de rupture doit réparer le préjudice subi l'agent commercial « résultant de la perte des commissions auxquelles il pouvait raisonnablement prétendre et être apprécié en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce » ; Cass., chambre commerciale, 16 octobre 2001, n° 99-10271.

⁷¹⁰ Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 230, p. 100 : « le montant de l'indemnité réparatrice du préjudice qui correspond non pas à la perte de la clientèle apportée mais à la perte du droit de prospecter la clientèle et d'en tirer profit n'a pas été déterminé » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 999, p. 300 : « L'indemnité répare le préjudice consécutif à la perte du droit de prospecter une clientèle et d'en tirer bénéfice en percevant des commissions et doit donc être calculée sur la base de la totalité de sa rémunération, l'évaluation se faisant en fonction notamment de la durée des relations contractuelles, de l'importance des investissements effectués et de la part d'activités perdue dans son chiffre d'affaires global ».

cessation du contrat, l'évaluation de cette perte sera impossible. Prenons l'exemple des commissions auxquelles l'agent pourrait raisonnablement prétendre si le contrat continuait : tant que la relation contractuelle⁷¹¹ se poursuit, l'agent commercial continuera à percevoir les commissions, et ce pour une durée indéterminée. Mais dans la mesure où les bénéfices stoppés du fait de la rupture du contrat sont en réalité inestimables, l'indemnité qui vise à réparer ce préjudice sera, elle aussi, indéterminable. Contraindre le donneur d'ordre à payer tous les bénéfices que l'agent pouvait attendre du contrat d'agence commerciale reviendrait à lui demander, au moins sur un plan économique, d'assurer de manière unilatérale l'exécution de son obligation contractuelle pendant une durée indéterminée. Cela ne correspond pas à la réalité de l'indemnité de rupture qui est toujours déterminée en pratique par le juge ou convenue entre les parties. Par conséquent, il convient d'en déduire que « la perte des bénéfices du contrat d'agence commerciale pour l'avenir » n'est pas le véritable préjudice réparé par l'indemnité de rupture. En effet, ayant probablement conscience de cette façon inappropriée d'appréhender l'objet de l'indemnité de rupture, certains décisions ont proposé une idée plus audacieuse.

B. L'objet de l'indemnité de rupture suggéré par d'autres décisions : une perte de patrimoine

De manière étonnante, certaines jurisprudences font référence à la notion de la perte d'un « patrimoine » dans le cadre de l'appréciation de l'indemnité de rupture de l'agent commercial. Par exemple, dans une décision de 2006, la cour d'appel de Versailles explique que l'indemnité de rupture répare le préjudice « résultant de la perte de l'actif incorporel indépendamment d'un apport ou développement de clientèle »⁷¹². De même, un arrêt de 2005 précise que l'indemnité de rupture est « destinée à compenser le

⁷¹¹ Soit par le renouvellement d'un contrat à durée déterminée, soit par la continuation d'un contrat à durée indéterminée.

⁷¹² CA Versailles, 22 septembre 2006, Sylvain X c/ Sté Neuilly Courses : le contrat d'agence commerciale a été conclu pour la durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction. Chaque partie pouvait dénoncer le contrat par lettre recommandée adressée au moins 3 mois avant l'échéance. La société a notifié à l'agent commercial la rupture de son contrat pour absence de résultats. Ce dernier a demandé le paiement de l'indemnité de rupture et l'indemnité de préavis, demande déboutée par le jugement de première instance (TGI Nanterre, 20 janvier 2006). L'agent a interjeté appel de ce jugement le 6 mars 2006. La cour d'appel lui a donné raison.

préjudice lié à la perte de la part commune de marché et de la possibilité de céder la carte à un successeur ainsi qu'à la privation du potentiel des commissions générées par l'activité d'agent commercial »⁷¹³. Parfois, la jurisprudence insiste sur le temps nécessaire à l'agent pour reconstituer une « clientèle » après la fin d'une relation contractuelle. Par exemple, en matière de vente immobilière, il a été décidé que l'indemnité attribuée à l'agent commercial « tend à compenser [la] perte résultant du temps nécessaire pour retrouver un travail, temps qui peut être insuffisant, et du temps lui aussi nécessaire pour, après avoir retrouvé un travail, créer une nouvelle “clientèle” »⁷¹⁴. En effet, malgré la divergence dans les formules employées, l'ensemble de ces décisions suggèrent, de manière plus ou moins directe, que l'indemnité de rupture due à l'agent commercial a pour objet de réparer la perte d'un droit patrimonial (par opposition au droit extrapatrimonial) subie par l'agent commercial à la suite de la cessation du contrat. Cette idée de perte d'un droit patrimonial semble être confirmée par le montant de l'indemnité attribuée.

Comme ce qui a été démontré précédemment, en l'absence de précision par les textes, l'évaluation du montant de l'indemnité relève ainsi du pouvoir souverain du juge⁷¹⁵. Cette indemnité est souvent fixée à deux ans de commissions brutes de l'agent⁷¹⁶,

⁷¹³ CA Grenoble, 14 mars 2005, Société Bourgeat c/ M. Nigel X.

⁷¹⁴ CA Bordeaux, 2^e chambre, 17 septembre 2007, n° de RG 06/05121, Société Cabinet Bedin c/ M. Olivier X. Suite à une rupture du contrat d'agence commerciale, la réclamation de l'indemnité contractuelle de rupture de la part de l'agent a été refusée par la société. L'agent a demandé le paiement de l'indemnité devant la justice, ce à quoi le Tribunal de commerce de Bordeaux a fait droit. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation le 10 février 2009, n° 07-21058 ; CA Lyon, 10 juin 2004, M. Pierre X c/ Société Verjame : « l'indemnité consécutive à la rupture ne peut pas correspondre seulement à la clientèle perdue, car le rôle de l'agent commercial est également d'entretenir la clientèle et le chiffre d'affaires qui pouvait exister avant lui », et par conséquent, « l'indemnité de rupture doit être calculée pour indemniser l'agent commercial à la fois de sa perte de revenus et de la perte de son contrat, qu'il aurait pu céder contre numéraire ».

⁷¹⁵ Pierre Cousi, Guy Marion, *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, op. cit., 86, p. 89 : « Le juge a un pouvoir absolu d'appréciation sur ce point et il calculera toujours très largement en tenant compte de la perte de tous les avantages que l'agent tirait de son mandat et que nous avons énumérés ci-dessus » ; Agent commercial, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 324, 66 ; Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 86 ; Cass. com., 20 mars 1972, JCP G1973, II, 17297 ; Cass. com., 14 mars 1995 : D. 1997, somm., p. 52, obs. D.F.

⁷¹⁶ Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 20, à propos du

ce qui est considéré comme un usage « solidement implanté »⁷¹⁷ ou une pratique établie⁷¹⁸. De nombreuses jurisprudences confirment cette solution. En effet, cette pratique consistant à fixer l'indemnité au montant de deux ans de commissions n'est pas sans raison. D'après certaines décisions, « cette période est considérée comme le temps nécessaire permettant à l'agent de reconstituer une clientèle après la cessation du contrat et, dans ces conditions, de l'indemniser de son préjudice dû à la rupture »⁷¹⁹. Par

droit français : « Comme c'était le cas auparavant, la réparation est calculée conformément aux principes établis par la jurisprudence, car ni l'ancienne loi ni la nouvelle ne spécifient la méthode de calcul. Dans la grande majorité des cas, elle est fixée à un montant représentant deux années de commissions brutes, qui est calculé sur la base de la rémunération moyenne de l'agent au cours des trois années précédentes ou qui correspond à la somme des commissions des deux dernières années. Cette somme est devenue la méthode de calcul traditionnelle, comme le confirment les décisions des tribunaux appliquant la nouvelle loi » ; J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 509, p. 393-394 : « Dans la série statistique des décisions statuant sur l'indemnité de rupture, la plus grande fréquence est, très largement, la fixation à deux années de commissions brutes » ; J. Hémar, *op. cit.*, n° 72, p. 614 ; Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.*, 95, p. 93 ; certaines jurisprudences affirment également le caractère général de cette règle d'évaluation : à titre d'illustration, la CA Lyon, dans une décision rendue le 30 avril 2009 (n° RG : 08/01331, Société Ballot Flurin c/ M. X), affirme que « la décision entreprise sera également confirmée en ce qui concerne le montant de l'indemnité de rupture allouée à M. X ; qu'en effet, tant les usages professionnels que la jurisprudence fixent habituellement à deux années de commissions brutes le montant de cette indemnité ; que le préjudice résultant, pour un agent commercial, de la cessation de son mandat, consiste en la perte du droit de traiter avec une certaine clientèle, c'est-à-dire en la perte d'une part de marché ; que les premiers juges ont parfaitement évalué le préjudice de ce chef ».

⁷¹⁷ J.-M. Mousseron, J.- J. Burst, *op. cit.*, 512, p. 396 ; Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.*, 98, p. 95 ; Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 85 et s.

⁷¹⁸ Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 230, p. 101 ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 999, p. 300 ; CA Versailles, 22 septembre 2006, Sylvain X c/ Société Neuilly Courses : « [l'indemnité] est communément fixée à deux ans de commissions ».

⁷¹⁹ CA Lyon, 18 septembre 2003, n° de RG 2001/07218, Société Rochette Bois Industrie c/ M. Fabrice X : « Attendu que l'indemnité s'analyse comme le rachat par le mandant qui a pris l'initiative de la rupture de la valeur du mandat qui constitue l'élément incorporel essentiel de l'activité de l'agent ; Attendu que si les juges du fond ont un pouvoir souverain de fixation du montant de l'indemnité, il est d'un usage constant de la chiffrer à la valeur de deux années de commissions brutes et de la calculer soit en additionnant les recettes des deux dernières années d'exercice du contrat, soit en faisant la moyenne des recettes des trois dernières années et en multipliant le résultat obtenu par deux ; Attendu que cette période est considérée comme le temps nécessaire permettant à l'agent de reconstituer une clientèle après la cessation du contrat et, dans ces conditions, de l'indemniser de son préjudice dû à la rupture » ; CA Bordeaux, 17 septembre 2007, n° de RG 06/05121, Société Cabinet Bedin c/ M. Olivier X, préc. : « Attendu que la somme qui lui est allouée tend à compenser cette perte résultant du temps nécessaire pour retrouver un travail, temps qui peut être important alors que la lettre de rupture porte que celle-ci est due à des résultats insuffisants, et du temps lui aussi nécessaire pour, après avoir retrouvé un travail, créer une nouvelle "clientèle" ; Attendu qu'en l'absence de toute démonstration que M. X ait pu retrouver à bref délai un emploi, c'est une somme correspondant à deux ans de commissions calculées sur la moyenne du chiffre d'affaires réalisé durant les trois dernières années, soit 30 000 €, indemnité dont le montant est sans aucune relation avec le prix de cession d'une agence

conséquent, il semble bien que l'indemnité de rupture soit évaluée en fonction de la valeur du « patrimoine » perdu par l'agent lors de la fin de la relation contractuelle.

Ensuite, cette idée de compenser la perte d'un droit patrimonial de l'agent semble se déduire des dispositions de l'article L. 134-13, 3° du Code de commerce. D'après cet article, l'agent commercial perd le droit à l'indemnité de rupture lorsque, « selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence ». Autrement dit, une cession de « carte » par l'agent commercial à son successeur va faire disparaître l'objectif de l'indemnité de rupture : permettre à l'agent d'obtenir une contrepartie de la valeur de sa « carte ». Cette idée est séduisante dans la mesure où le montant de la « carte » de l'agent commercial correspond à celui de l'indemnité de rupture⁷²⁰.

De surcroît, l'arrêté du 5 novembre 1946 portant sur l'agence commerciale avait expressément employé la notion de la valeur de la carte à la place de celle de l'indemnité de rupture : « le mandat de l'agent s'applique à une série d'opérations pour un même mandant, lequel confie ainsi sa carte à l'agent qui en devient titulaire »⁷²¹. Cette carte « peut avec le consentement du mandant être cédée par l'agent »⁷²², ou à défaut du consentement du mandant, ce dernier doit rembourser à l'agent « la valeur de la carte »⁷²³.

immobilière » ; dans le même sens, V. Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 6 : « De même que pour le système de l'indemnité en Allemagne, il existe en France une abondante jurisprudence concernant le droit à réparation et le niveau de l'indemnisation. Dans leurs jugements, plusieurs tribunaux français ont justifié la réparation en faisant valoir qu'elle représentait soit le coût de l'achat de l'agence pour le successeur de l'agent, soit le temps nécessaire à l'agent pour reconstituer la clientèle qui lui a été retirée » ; dans le même sens, Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 999, p. 300 : « La pratique attribue deux ans de commissions brutes calculées sur les deux dernières années, car on considère que c'est le temps nécessaire pour reconstituer la clientèle ».

⁷²⁰ Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 156, p. 148 : « les cartes d'agents commerciaux se négocient en général sur la base de deux années de commissions calculées sur la moyenne des trois dernières années ; la jurisprudence a pris l'habitude d'accorder une indemnité correspondante à la valeur de la carte ».

⁷²¹ L'article 37 de l'arrêté du 5 novembre 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel des auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie), JORF, 11, 12 et 13 novembre 1946, n° 265, p. 9576.

⁷²² L'article 38 de l'arrêté du 5 novembre 1946 préc.

⁷²³ L'article 39 de l'arrêté du 5 novembre 1946 préc.

La valeur de la carte est évaluée sur la base des commissions perçues pendant deux ans⁷²⁴. De même, dans le rapport fait sur la proposition de loi de 1958, a été précisé que « l'agent commercial » est le « titulaire d'un droit sur son portefeuille ou sa carte » : il peut « céder ce droit, le transmettre à ses héritiers » ou « recevoir une indemnité, atteignant d'après les usages la valeur de cette carte »⁷²⁵. Même si ledit arrêté a ensuite été annulé et ladite proposition de loi n'a pas connu de suite, le contenu de ces règles reflète pourtant l'esprit de l'indemnité de rupture qui imprègne certaines jurisprudences récentes.

Par exemple, dans une décision rendue le 18 septembre 2003⁷²⁶, la Cour d'appel de Lyon a même affirmé que « l'indemnité s'analyse comme le *rachat* par le mandant qui a pris l'initiative de la rupture de la valeur du mandat qui constitue l'élément incorporel essentiel de l'activité de l'agent », et que le montant de l'indemnité doit être fixé à 24 mois de commissions car « cette somme représente la valeur économique du mandat au jour de la rupture ». De même, en droit fiscal, la jurisprudence a soumis l'indemnité de rupture aux droits d'enregistrement : alors que la société donatrice de l'ordre insistait sur le fait que l'indemnité de rupture ne correspond pas à un « rachat de clientèle » et par conséquent ne peut être soumise à des droits d'enregistrement, la Cour de cassation a confirmé la décision du juge du fond qui avait retenu que « l'opération litigieuse devait s'analyser en une cession de clientèle, soumise comme telle aux dispositions de l'article 719 du Code général des impôts »⁷²⁷. Plus précisément, « le jugement constate que le contrat liant la société à M. Y [l'agent commercial] reconnaissait à ce dernier la "propriété commerciale" de la clientèle constituée par lui et ses sous-agents, puisque, par les transactions signées en 1988, MM. Y et X déclaraient, en contrepartie de la somme qu'ils recevaient, renoncer à cette propriété »⁷²⁸. En effet, pour l'administration fiscale, cette

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ Rapport fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur la proposition de loi de MM. Edmond Michelt, Abel Durand, Gaston Charlet, Michel Debré, Marcel Lemaire, Joseph Raybaud et Rochereau, tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, Conseil de la République, session ordinaire de 1957-1958, n° 238, annexe au procès-verbal de la séance du 11 février 1958, p. 10.

⁷²⁶ CA Lyon, 18 septembre 2003, n° de RG 2001/07218, Société Rochette Bois Industrie c/ M. Fabrice X.

⁷²⁷ Cass.com., 24 mars 1998, n°n° 96-12990.

⁷²⁸ *Ibid.*

indemnité a pour objet « l'indemnisation de la perte [des recettes professionnelles de l'agent] à la suite de la rupture de son contrat »⁷²⁹. Dans le même sens, un auteur écrivait que « la perte d'un mandat signifie, d'abord et en toutes hypothèses, la perte pour l'agent commercial de la clientèle attachée à la marque ou aux produits du mandant, pour quelque raison que la clientèle s'y trouve attachée »⁷³⁰. Il considère l'agent commercial comme « un entrepreneur de services de vente » qui est privé « du seul fait de la rupture, des commissions qu'il pouvait espérer sur le chiffre d'affaires potentiel du mandant avec lequel il avait collaboré »⁷³¹. Par conséquent, « la résiliation du contrat est pour lui *la perte d'un élément de son entreprise*, après qu'il ait, dans son secteur et avec sa clientèle, assuré une fonction essentielle de l'entreprise du mandant »⁷³². Toujours d'après cet auteur, à travers l'indemnité de rupture du contrat, la jurisprudence a « reconnu le droit patrimonial de l'agent commercial sur la clientèle »⁷³³ qui est un « fonds civil »⁷³⁴.

En résumé, tant pour une partie de la doctrine que pour une partie de la jurisprudence, l'idée d'une compensation de la perte d'un « patrimoine » de l'agent est fortement suggérée comme objet de l'indemnité de rupture. Cette perte de droit patrimonial qui est causée par la fin de la relation contractuelle, doit se distinguer du préjudice réparable au titre de la limitation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. En effet, cette perte de « patrimoine » existe dès que ce droit est exercé,

⁷²⁹ Le rescrit du 28 mars 2006 publié par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 2006/26 FP, portant sur les modalités d'imposition des indemnités reçues par les agents commerciaux lors de la rupture des contrats les liant à leurs mandants ; J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 512, p. 397-398 : « Le droit fiscal ne s'y trompe pas. Alors que le statut de 1958 organise l'indemnité sur l'idée de dommages-intérêts et devait la faire échapper à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, la pratique administrative la tient pour « une indemnité reçue en contrepartie de la cessation de l'exercice de la profession ou du transfert d'une clientèle » (article 93 C.G.I.). Elle est, en conséquence, imposée chez les personnes physiques selon le régime des articles 152 et 200 du C.G.I. et chez les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés selon l'article 39 duodecies ».

⁷³⁰ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 507, p. 392.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 511, p. 396. L'auteur a cité une décision rendue par la CA Chambéry le 18 décembre 1963 (Cie générale du Lait c/ B.) selon laquelle « le préjudice subi s'analyse essentiellement dans la perte, pour le représentant mandataire, de sa carte professionnelle qui est négociable suivant les usages commerciaux et qui constitue donc une sorte de fonds de commerce, dont le représentant est évincé du fait de la rupture.

⁷³⁴ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 512, p. 398.

peu importe le motif dudit droit. Par conséquent, le contenu de l'objet de l'indemnité confirme l'absence de lien entre la justification de l'indemnité de rupture et un contrôle du motif du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Conclusion du Chapitre II

Après avoir écarté l'idée d'une remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, il restait la possibilité de justifier l'indemnité de rupture par une limitation de ce droit, notamment au regard de son motif. En effet, avant la création du statut de l'agent commercial, la jurisprudence justifiait l'octroi de l'indemnité de rupture à l'agent commercial en se référant fréquemment à l'exigence d'un motif légitime dans la rupture du contrat par le mandant. Cependant, une controverse importante existe quant à la justification de l'exigence d'un motif légitime : aucune des propositions étudiées n'emporte la conviction. En effet, cette controverse n'est qu'une manifestation de la contradiction profonde de cette démarche : l'exigence d'un motif légitime est incompatible avec la notion du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.

En même temps, les juges ont parfois suggéré l'objet de l'indemnité de rupture dans leurs décisions. Deux types de propositions ont pu être fréquemment relevées. Après avoir exclu l'idée de la « perte des avantages tirés du contrat par l'agent commercial », qui n'est pas un préjudice opérant, a été mise en avant une idée bien plus audacieuse : celle de la perte d'un « patrimoine » par l'agent. L'indemnité de rupture viserait donc à compenser la perte d'un droit patrimonial par l'agent lors de la fin de la relation contractuelle de distribution. Cette perte ne présente pas de lien avec un quelconque contrôle du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Par conséquent, à la fois en raison de la dissonance au regard de l'objet de l'indemnité de rupture et de la contradiction de la démarche, la limitation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution ne peut pas servir de justification à l'indemnité de rupture.

Conclusion du Titre I

La fin de la relation contractuelle avec un agent commercial donne lieu à une indemnité de rupture au profit de ce dernier distributeur. Ainsi, il y a lieu de s'interroger sur le lien entre cette indemnité et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, dans la mesure où la réalisation de ce droit constitue la cause directe de l'indemnité de rupture⁷³⁵. La situation est paradoxale : on est face à l'exercice d'un droit subjectif en dehors de toute hypothèse d'abus, cependant sa conséquence est la naissance d'une obligation à la charge du titulaire du droit subjectif consistant à payer à l'agent commercial une indemnité de rupture. Comment expliquer ce mécanisme ?

D'abord, il est possible d'envisager une remise en cause du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Une fois que ce droit subjectif est remis en cause, son exercice peut être sanctionné par une obligation de réparation prenant la forme d'une indemnité de rupture. Cette idée est séduisante, car la théorie du mandat d'intérêt commun, utilisée par les textes et la jurisprudence pour qualifier l'agence commerciale, a pour l'origine historique un contrat irrévocable : le mandat *in rem suam*. Cependant, l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* s'explique par l'existence d'un autre lien de droit entre le mandant et le mandataire, dont le mandat *in rem suam* ne constitue qu'une partie. Ainsi, cette règle ne peut pas être transposée à l'agence commerciale qui a une structure contractuelle différente. Par conséquent, la voie de la négation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution n'est pas opérante.

Ensuite, il est possible d'envisager une limitation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Cette idée est également intéressante car avant la création du statut de l'agent commercial, la jurisprudence justifiait fréquemment l'indemnité de rupture par un contrôle du motif du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Plus précisément, elle exigeait un motif légitime pour la rupture. Cependant, ce courant jurisprudentiel peut difficilement expliquer la raison de cette

⁷³⁵ Marie-Elisabeth André, Marie-Pierre Dumont, Philippe Grigon, *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005, 242, p. 199-200 : « la simple terminaison d'une relation contractuelle peut justifier, dans certaines conventions, le versement d'une indemnité destinée à réparer, pour la partie qui n'en a pas pris l'initiative, le préjudice consécutif à la cessation ».

exigence : aucune des propositions relevées n'emporte la conviction. De surcroît, l'exigence d'un motif légitime de rupture présente une contradiction : le motif légitime est incompatible avec le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par l'objet de l'indemnité de rupture : il s'agit de la compensation d'une perte de « patrimoine » par l'agent causée par la fin de la relation contractuelle, et non pas par la façon d'exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle. Par conséquent, la voie de la limitation du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution doit également être abandonnée.

En définitive, trouver la justification de l'indemnité de rupture à partir de l'examen du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution ne semble pas être une voie judiciaire. En effet, l'indemnité de rupture présente un intérêt dépassant la notion de droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution : elle ne peut pas être pleinement comprise à travers le prisme de ce droit subjectif. Un exemple concret permet d'illustrer cette différence de « dimension » entre l'indemnité de rupture et ce droit : l'indemnité de rupture reste due même quand la fin de la relation contractuelle est causée par l'infirmité⁷³⁶ ou le décès⁷³⁷ de l'agent commercial, alors que ces hypothèses de fin de relation contractuelle sont justifiées par un fait juridique indépendant de la volonté des parties, et ne relèvent donc pas du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

⁷³⁶ L'article L. 134-13 du Code de commerce

⁷³⁷ L'article L. 134-12 du Code de commerce

Titre II. Une indemnité justifiée indépendamment du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

La justification de l'indemnité de rupture à partir de l'examen du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution ne semble pas être une voie judiciaire. Néanmoins, afin d'affirmer l'indépendance entre l'indemnité de rupture et ce droit subjectif, il faut encore identifier la véritable justification de cette indemnité. Il a été suggéré que l'indemnité a pour objet de réparer la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial. Il convient donc d'examiner le contenu précis de ce droit patrimonial perdu. À cet égard, un examen du régime de l'indemnité de rupture peut être une piste intéressante car permettant de dégager des indices sur le droit patrimonial perdu par l'agent. En outre, cet examen peut être complété par une comparaison avec les régimes de fin de relation contractuelle des autres distributeurs.

Ainsi, en suivant cette démarche, il est possible de défendre l'opinion selon laquelle l'indemnité de rupture est justifiée par la comparaison de la perte d'un droit de l'agent sur un fonds de commerce **(I)**, une justification dont il convient de vérifier l'applicabilité aux autres contrats de distribution **(II)**.

Chapitre I. La compensation de la perte d'un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce

La jurisprudence a suggéré que l'objet de l'indemnité de rupture puisse consister dans la compensation de la perte d'un droit patrimonial de l'agent ; il convient donc de préciser le contenu de ce droit patrimonial perdu afin de comprendre la justification de cette indemnité. À cet égard, la base de calcul de l'indemnité de rupture retenues par la jurisprudence mérite d'être examinée⁷³⁸. En effet, l'indemnité de rupture est souvent fixée par la jurisprudence à deux ans de commissions brutes de l'agent pendant ses dernières années d'activités. Cette pratique constante révèle probablement un caractère du droit patrimonial perdu par l'agent. Ainsi, un examen de la base de calcul de l'indemnité retenue par la jurisprudence permet d'obtenir des indices sur ce droit patrimonial. À partir de ces indices, il sera possible d'examiner les différents cas de figure proposés concernant ce droit patrimonial perdu par l'agent commercial dont la compensation constitue l'objet de l'indemnité.

Deux hypothèses sont fréquemment proposées : celle d'un droit de l'agent sur le contrat d'agence commerciale **(I)** et celle d'un droit de l'agent sur un fonds de commerce **(II)**. Il convient de les examiner successivement.

⁷³⁸ Andrea Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, L.G.D.J., 2007, 3, p. 4 : « La détermination des principes de mesure, c'est-à-dire l'établissement d'une base de calcul de la réparation, est un préalable à l'opération de mesure proprement dite, qui est celle qui aboutit à l'évaluation du préjudice. La base de calcul permet de déterminer ce qui doit être pris en compte pour attribuer au préjudice une contrepartie monétaire. L'établissement de la base de calcul de la réparation permet, en amont, de saisir, avec précision, la consistance et l'étendue du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Il permet, en aval, de procéder à l'évaluation du préjudice réellement subi ».

Section I. Un droit patrimonial autre que le contrat d'agence commerciale

Pour comprendre la justification de l'indemnité de rupture, il est primordial d'identifier son objet. Puisque l'objet de l'indemnité de rupture est de compenser la perte d'un droit patrimonial par l'agent du fait de la fin de la relation contractuelle, il convient naturellement de déterminer le contenu dudit droit patrimonial perdu. À cet égard, un examen portant sur la base de calcul de l'indemnité de rupture devrait permettre de fournir des indices (§I). Sur la base de ces indices, il est possible d'examiner la pertinence des hypothèses de l'objet de l'indemnité proposées par la doctrine. Par exemple, une partie des auteurs a suggéré d'identifier l'objet de l'indemnité comme la perte du contrat d'agence commerciale par l'agent : il s'agit de la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale (§II) qui assimile le contrat en un bien perdu par l'agent lors de sa cessation. Cependant, cette proposition présente des dissonances par rapport à la base de calcul de l'indemnité de rupture (§III).

§ I. Les indices sur le patrimoine perdu déduits de la base de calcul de l'indemnité de rupture

Ainsi que cela a été démontré précédemment, le montant de l'indemnité de rupture est souvent fixé à deux ans de rémunérations brutes de l'agent. Autrement dit, le montant de cette indemnité est calculé par la multiplication de deux coefficients : les rémunérations brutes annuelles (A) et la durée prise en compte (B).

A. La détermination des rémunérations brutes annuelles

Afin de déterminer les commissions brutes annuelles de l'agent, il faut d'abord connaître l'assiette des rémunérations de l'agent (1), avant de fixer la période de l'activité référencée (2).

1° Le principe de la prise en compte de l'ensemble des rémunérations de l'agent commercial

Lors de l'évaluation de l'indemnité de rupture, sont prises en compte les rémunérations brutes de l'agent : les frais professionnels ne seront donc pas déduits de l'assiette de calcul de l'indemnité. En effet, la jurisprudence considère qu'il faut prendre

en compte *l'ensemble* des rémunérations de l'agent commercial comme base de calcul de l'indemnité de rupture : peu importe qu'il s'agisse de la partie fixe ou proportionnelle de la rémunération (i) ramenée par la clientèle apportée ou par la clientèle préexistante (ii).

i. La prise en compte des commissions et des rémunérations fixes

L'indemnité de rupture est souvent fixée à deux ans de commissions brutes d'après l'usage. Cependant, que se passe-t-il quand la rémunération de l'agent n'est pas uniquement composée de commissions ? Autrement dit, quand l'agent est rémunéré en partie par des commissions et en partie par une rémunération fixe, comment déterminer la base de calcul de l'indemnité de rupture ? En dehors de l'intérêt pratique évident de cette question, elle présente également un intérêt théorique qui pourrait servir d'indice sur la nature de l'indemnité de rupture. En vérité, le mot « commission » est entendu dans son sens courant, qui désigne le « pourcentage qu'un intermédiaire perçoit pour sa rémunération »⁷³⁹. S'il est prévu qu'un certain pourcentage du chiffre d'affaires sur le marché déterminé constituera (la totalité ou une partie de) la rémunération de l'agent commercial, le contrat établit un lien entre l'agent commercial et le marché déterminé. C'est également un moyen de stimuler les efforts de l'agent commercial dans la mesure où ce dernier sera directement intéressé par le résultat de son travail. Si la base de calcul de l'indemnité se limite à la partie des commissions de l'agent commercial, en écartant toute rémunération forfaitaire de ce dernier, il y aura lieu de penser à l'existence d'un lien entre l'indemnité et l'intéressement de l'agent commercial au chiffre d'affaires du commettant. En d'autres termes, dans une telle hypothèse, un lien apparaît entre l'indemnité et le partage des risques commerciaux du commettant par l'agent commercial⁷⁴⁰.

⁷³⁹ Dictionnaire Le Robert, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁴⁰ Il semble que certains auteurs aient suggéré de manière indirecte cette idée, V. J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 507, p. 392 : « Il en est privé alors qu'il avait travaillé à ses risques, sans protection sociale et rémunéré, seulement, à la commission » ; Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 155, p. 147 : « l'agent commercial supporte tous les inconvénients de l'indépendance et assume les risques, les charges et les frais de son installation. De même, l'organisation de la diffusion et de la distribution du produit qu'il est chargé de vendre repose sur ses investissements, ses efforts, ses conceptions, ses études de marchés ».

La réponse de la jurisprudence est pourtant très claire : la partie fixe de la rémunération de l'agent doit être prise en compte dans l'évaluation de l'indemnité de rupture. À titre d'illustration, aux termes d'un arrêt rendu le 26 mars 2008⁷⁴¹, la Cour de cassation a censuré une décision de cour d'appel qui n'avait pris en compte que la partie des commissions de l'agent commercial pour le calcul de l'indemnité de rupture. En l'espèce, la rémunération de l'agent commercial était composée en partie par une rémunération fixe et en partie par des commissions. Afin de justifier une indemnité dont le montant avait été fixé à deux années de commissions, la cour d'appel a retenu « qu'aucune disposition légale ne prévoit que l'agent commercial ait droit à deux années de ce qui constituait l'ensemble de sa rémunération lors de la rupture de son contrat et que pas davantage le contrat ne prévoyait de disposition en ce sens ». Cependant, la Cour de cassation a répondu, au visa de l'article L. 134-12 du Code de commerce, que « l'indemnité est calculée sur la totalité des rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature ».

Cette solution s'applique même quand les honoraires de l'agent commercial sont composés uniquement de rémunérations fixes. Ainsi dans un autre arrêt rendu le 21 octobre 2008⁷⁴², l'agent commercial n'avait pas perçu de commissions « faute d'avoir atteint les quotas fixés », mais il avait « reçu une rémunération contractuelle mensuelle ». Après avoir rappelé le principe de la prise en compte de toutes les rémunérations de l'agent commercial, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel « a fait l'exacte application » de l'article L. 134-12 du Code de commerce en retenant que « l'indemnité

⁷⁴¹ Cass.com., 26 mars 2008, n° 07-10286 ; de même, dans un autre arrêt rendu le 8 octobre 2013 (n° 12-26544), la Cour de cassation a rappelé ce principe, en précisant que la cour d'appel a violé l'article L. 134-12 du Code de commerce car « la rémunération de M. X [l'agent commercial] comprenait aussi une partie fixe mensuelle qu'elle n'a pas prise en compte pour en déterminer le montant » ; dans le même sens, Cass.com., 7 juin 2006, n°n° 04-15534 : « Attendu que pour limiter le montant de l'indemnité compensatrice du préjudice subi par la cessation du contrat d'agent commercial à la somme de 25 151,64 euros, l'arrêt retient que la rémunération mensuelle forfaitaire fixée contractuellement, qui n'est pas liée à l'activité d'agent commercial de M. X, ne saurait constituer la base de calcul de l'indemnité compensatrice déterminée en fonction du montant des commissions versées à l'agent commercial ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité est calculée sur la totalité des rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature, la cour d'appel a violé [l'article L. 134-12 du Code de commerce] ».

⁷⁴² Cass.com., 21 octobre 2008, n° 08-10578.

du préjudice du fait de la cessation du contrat d'agent commercial doit être fixée par référence à cette rémunération » fixe. Par conséquent, il convient de conclure à l'absence de lien entre l'indemnité de rupture et le partage des risques commerciaux du commettant par l'agent commercial.

ii. La prise en compte des rémunérations provenant de l'ensemble de la clientèle du marché

De même, lors de l'évaluation de l'indemnité de rupture, aucune distinction n'est faite entre les commissions provenant de la clientèle rapportée par l'agent, et celles provenant de la clientèle préexistante. En effet, l'indemnité de rupture est clairement distinguée de l'« indemnité de clientèle » prévue par l'article 17, a, de la directive européenne du 18 décembre 1986, qui est attribuée en raison de « nouveaux clients » apportés par l'agent au commettant ou du développement sensible des « opérations avec les clients existants »⁷⁴³. Plus précisément, l'indemnité de clientèle « représente les avantages qui continuent de résulter pour le commettant de l'activité de l'agent »⁷⁴⁴ malgré la cessation du contrat. Par conséquent, afin de bénéficier de cette indemnité, il faut d'abord démontrer l'existence de nouveaux clients apportés ou d'un développement sensible des opérations avec les clients existants⁷⁴⁵. Au contraire, le droit de l'agent commercial à l'indemnité de rupture ne suppose pas la démonstration d'un apport de clientèle de la part de l'agent, sous le régime du décret de 1958, tout comme sous celui de la loi de 1991. Ainsi, l'apport de clientèle ne constitue pas la base des commissions permettant l'évaluation de l'indemnité de rupture, encore moins une condition de l'octroi de cette indemnité. Lors de l'évaluation de l'indemnité de rupture qui est souvent fixée à deux ans de rémunérations, l'ensemble des commissions sont prises en compte, sans

⁷⁴³ La directive du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE).

⁷⁴⁴ Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 2.

⁷⁴⁵ *Ibid.* : « les conditions prévues à l'article 17 paragraphe 2 a) de la directive doivent être remplies, ce qui signifie que l'agent doit avoir apporté de nouveaux clients ou développé sensiblement les opérations avec des clients existants. En ce qui concerne la clientèle existante, les tribunaux allemands vérifient si le développement des opérations est tel qu'il peut être assimilé économiquement à l'apport de nouveaux clients ».

faire la distinction entre celles issues de la clientèle apportée et celles issues de la clientèle préexistante.

Déjà, en 1967⁷⁴⁶, dans une affaire où le mandant contestait le montant de l'indemnité censée lui revenir, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré que le préjudice à réparer par l'indemnité de rupture « consiste essentiellement en la perte de l'ensemble de la clientèle existant au moment de la rupture ». Cette solution a été clairement confirmée par un arrêt plus récent, par une formule générale. En effet, aux termes de cet arrêt rendu le 10 février 2009⁷⁴⁷, la société commettante contestait la décision de la cour d'appel et affirmait que « l'indemnité de rupture compense la perte des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle apportée au mandant par l'agent commercial ». Cependant, la Cour de cassation considère que la cour d'appel a « justement écarté le mode de calcul inopérant proposé » par la société commettante, car « l'indemnité prévue par l'article L. 134-12 du code de commerce a pour fonction de réparer le préjudice subi par l'agent commercial du fait de la rupture du contrat et qu'il doit être tenu compte à cet égard de tous les éléments de la rémunération de l'agent pendant l'exécution du contrat, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle provient de clients préexistant au contrat ou au contraire apportés par l'agent »⁷⁴⁸.

L'importance de la prise en compte de l'ensembles des éléments dans le calcul de l'indemnité est soulignée par une décision de cour d'appel ayant refusé de prendre en

⁷⁴⁶ Cass.com., 29 juin 1967, n° 64-10241, rejet, Société Manufacture Louis Fargues c/ Maurice X : alors qu'enfin les juges du fond n'ont nullement fait connaître les éléments pris en considération pour la fixation de l'indemnité allouée qui ne devait correspondre qu'à la valeur de la clientèle visitée par l'agent commercial lui-même ; dans le même sens, CA Versailles, 22 septembre 2006, Sylvain X c/ Société Neuilly Courses : le contrat d'agence commerciale a été conclu pour la durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction. Chaque partie pouvait dénoncer le contrat par lettre recommandée adressée au moins 3 mois avant l'échéance. La société a notifié à l'agent commercial la rupture de son contrat pour absence de résultats. Ce dernier a demandé le paiement de l'indemnité de rupture et l'indemnité de préavis, demande déboutée par le jugement de la première instance (TGI Nanterre, 20 janvier 2006). L'agent a interjeté appel de ce jugement le 6 mars 2006. La cour d'appel lui a donné raison ; après avoir confirmé le droit de l'agent commercial à une indemnité de rupture, elle rappelle que « cette indemnité est due en réparation du préjudice résultant de la perte de l'actif incorporel indépendamment d'un apport ou développement de clientèle ».

⁷⁴⁷ Cass.com., 10 février 2009, Société d'exploitation électro-thermique C/ M. X, n° 07-21386.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

considération les solutions contraires convenues entre les parties⁷⁴⁹. En l'espèce, le commettant et l'agent commercial avaient convenu d'une clause limitant le calcul de l'indemnité aux seules clientèles apportées. Cette clause avait été admise par le juge de la première instance, mais fut réputée non écrite par la cour d'appel qui a ensuite augmenté le montant de l'indemnité antérieurement fixé.

Ces solutions démontrent une absence de lien entre les commissions annuelles brutes et la clientèle apportée. Corrélativement, elles suggèrent l'existence d'un lien entre l'assiette des commissions et l'ensemble de la clientèle du commettant susceptible de générer des commissions au bénéfice de l'agent pendant la durée du contrat. Toutefois, il ne suffit pas de connaître les éléments composant les rémunérations brutes de l'agent : pour déterminer les rémunérations brutes annuelles de l'agent, il faut encore préciser la période d'activité référencée pour le calcul.

2°. La période d'activité référencée

En pratique, les rémunérations perçues par l'agent commercial varient en fonction de la période de son activité, par conséquent ; il est dès lors important de déterminer la période référencée pour le calcul des rémunérations brutes annuelles. La jurisprudence détermine souvent la rémunération annuelle moyenne à partir des rémunérations perçues par l'agent pendant une période référencée, avant de la multiplier par la durée de deux ans pour obtenir l'indemnité finale. À cet égard, certaines décisions n'hésitent pas à affirmer qu'il est d'usage de la déterminer sur « la base de deux années de commissions calculées sur les trois dernières années »⁷⁵⁰. Cependant, un examen de la jurisprudence montre que les périodes référencées ne sont pas toujours de trois ans : souvent elles varient entre deux et cinq ans d'activité⁷⁵¹. Malgré cette diversité de périodes,

⁷⁴⁹ CA Rennes, 2^e chambre, 3 mars 1993, M. X c/ Société Plastiques de l'Arvor. La société commettante s'est pourvue en cassation, estimant que la cour d'appel « ne pouvait d'office déclarer non écrite » la clause en question qui est "invoquée par la société PDA et non arguée de nullité par M. X, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer sur ce moyen. Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dans l'arrêt du 14 mars 1995, n° 93-15261.

⁷⁵⁰ CA Montpellier, 2^e chambre, 18 avril 1985, n° RG 84/1840, SA Fromagerie Paul Renard c/ M. Jean-Marie Rogalle.

⁷⁵¹ À titre d'illustration, concernant la période des deux dernières années : Cass.com., 13 novembre 1990, n° 89-14153, rejet, SA Emhart c/ M. X ; Cass.com., 21 janvier 2002, n° 98-21732, rejet – Concernant la

il convient de relever un élément commun aux évaluations : ce sont toujours les dernières années d'activité auxquelles se réfère la jurisprudence⁷⁵². Autrement dit, l'ensemble des rémunérations perçues par l'agent sur le marché du commettant pendant ses dernières années d'activité va permettre de déterminer ses commissions brutes annuelles – l'un des deux coefficients constituant l'indemnité de rupture. En principe, en multipliant par deux les commissions brutes annuelles ainsi déterminées, on obtient le montant de l'indemnité de rupture. Ainsi, dans l'évaluation de l'indemnité de rupture, est prise en compte la situation de l'ensemble de la clientèle juste avant la fin de la relation contractuelle.

Dans ce sens, l'expression de perte d'une « part de marché », employée par certaines des décisions précitées pour décrire l'objet de l'indemnité de rupture, semble être particulièrement judicieuse.

B. La durée des commissions prise en compte

La durée des commissions prise en compte est généralement fixée à deux ans (2°), même si la jurisprudence retient parfois une durée différente (1°).

1°. Les doutes sur la fixation de l'indemnité aux deux ans de rémunérations brutes

Il a été démontré dans les pages précédentes que l'indemnité de rupture est souvent déterminée sur la base de deux ans de rémunérations brutes. En effet, de nombreuses décisions l'évoquent comme un usage bien établi en la matière⁷⁵³. S'il est vrai

période des trois dernières années : CA Montpellier, 2^e chambre, 18 avril 1985, n° n° RG 84/1840, SA Fromagerie Paul Renard c/ M. Jean-Marie X ; CA d'Agen, chambre civile 1, 6 mai 2008, n° n° RG 07/01145, SAS Fiducial Bureautique c/ Michel X ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 février 2012, n° RG 10/08562, SARL Oenotria c/ SARL Le Hameau des Ollieux ; CA Montpellier, 2^e chambre, 23 septembre 2014, n° RG 13/03971, SA CAFPI c/ M. Olivier X ; CA Colmar, 1^{re} chambre civile, section A, 18 février 2015, n° RG 13/04285, M. Fabien X c/ SAS POLY-PAC – Concernant la période des cinq dernières années : CA Paris, 5^e chambre, Section A, 10 septembre 2003, n° RG 2001/21887, SA AVK France et SA Smhm Metallurgique Haut-marnaise c/ SA SPREAD.

⁷⁵² Cass., 13 novembre 1990, *op. cit.* ; Cass., 21 janvier 2002, *op. cit.* ; CA Montpellier, 18 avril 1985, *op. cit.* ; CA d'Agen, 6 mai 2008, *op. cit.* ; CA Montpellier, 28 février 2012, *op. cit.* ; CA Montpellier, 23 septembre 2014, *op. cit.* ; CA Colmar, 18 février 2015, *op. cit.* ; CA Paris, 10 septembre 2003, *op. cit.* ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, n° n° RG 08/04383, SAS Diesel France c/ M. Jérôme X ; Cass.com., 22 décembre 1969, n° 68-10069, rejet, Société Lait Mont Blanc c/ Y ; CA Paris, 23^e chambre, 5 juillet 1975, n° RG B 00958, M. Max R. c/ SA Bongrain Gerard.

⁷⁵³ CA Douai, 1^{re} chambre, section 1, 4 octobre 2010, n° n° RG 10/00732, SAS TELE STEIN c/ M. Jean-Pierre X : « Qu'un usage bien établi, qu'il convient de suivre, fixe le montant de l'indemnité de cessation de

que cette modalité d'évaluation est retenue par une grande partie de la jurisprudence⁷⁵⁴, un simple examen montre qu'elle n'est pas une règle absolue : généralement, l'indemnité accordée par la jurisprudence peut varier entre quelques mois de commissions et trois ans de commissions⁷⁵⁵. Comment expliquer ces solutions ? Sur le plan de l'orthodoxie juridique, cette question ne mérite pas davantage de développement : à partir du moment où la détermination du montant de l'indemnité relève du pouvoir souverain du juge du fond, la fixation de l'indemnité à deux ans de rémunérations brutes ou à une autre somme

contrat à la valeur de deux années de commissions brutes" ; CA Montpellier, 18 avril 1985, *op. cit.* ; CA Toulouse, 2^e chambre, section 2, 4 octobre 2011, n° RG 10/02307, SAS FONCIA ATLAS c/ Frédéric X : "Il est d'usage d'évaluer cette indemnité entre une à deux années de commissions" ; CA Versailles, 13^e chambre, 22 novembre 2012, n° RG 11/05340 : « Comme le rapportent les parties, l'usage largement consacré est d'évaluer l'indemnité à un montant équivalent à deux ans de commissions » ; CA Montpellier, 2^e chambre, 22 janvier 2013, n° RG 11/08121, SARL Aixia Méditerranée c/ SARL Aqua : « En l'état de tous ces éléments, il n'y a pas lieu de déroger à l'usage le plus courant en la matière fixant l'indemnité de fin de contrat à deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des trois dernières années ».

⁷⁵⁴ À titre d'illustration : CA Paris, 5^e chambre, 6 novembre 1975, n° RG B 08754, SA Laboratoires Geigy c/ M. X ; CA Montpellier, 2^e chambre, 18 avril 1985, n° RG 84/1840, SA Fromagerie Paul Renard c/ M.X ; Cass.com., 13 novembre 1911, n° 89-14153 ; Cass.com., 25 janvier 1994, n° 92-11446, UCAL c/ M. X ; Cass.com., 11 février 1997, n° 95-10950 ; Cass.com., 3 octobre 2000, n° 97-21294 ; Cass.com., 22 janvier 2002, n° 98-21732, rejet ; CA Versailles, 12^e chambre, 17 avril 2008, n° RG 06/02432, SARL Santarome Laboratoire c/ X ; CA d'Agen, chambre civile 1, 6 mai 2008, n° RG 07/01145, SAS Fiducial Bureautique c/ X ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 février 2012, n° RG 10/08562, SARL Oenotria c/ SARL Le Hameau des Ollieux ; CA Bastia, 4 juin 2014, n° RG 13/00284, M. X c/ SEDARC ; CA Colmar, 1^{re} chambre civile, section A, 18 février 2015, n° RG 13/04285, M. X c/ SAS POLY-PAC.

⁷⁵⁵ Exemples de jurisprudence pour un indemnité inférieure à un an de commissions : CA Paris, 4^e chambre, section A, 11 février 2004, n° 2001/14955, SARL BUCADIS c/ M. Pierre-Raymond X ; CA d'Aix-en-Provence, 2^e chambre, 7 mai 2009, n° RG 07/20287, Anna X c/ SARL Vacation Rental ; CA Montpellier, 2^e chambre, 5 mai 2010, n° RG 09/05114, SARL L GE BAT c/ M. Patrice X ; CA Versailles, 13^e chambre, 6 décembre 2012, n° 11/03537, M. Yves X c/ SARL Segur ; CA Douai, 1^{re} chambre, section 1, 24 novembre 2013, n° RG 12/05408 ; CA Grenoble, 24 avril 2014, n° RG 11/04966, SARL 4A BIO c/ SARL Naturwaren ; CA Paris, chambre 5, 5 juin 2014, n° RG 12/14847, SAS Batmax c/ SARL Maxiplus ; CA Nîmes, 2^e chambre commerciale B, 26 février 2015, n° RG 13/03791, SAS Mellidor c/ M. Emmanuel X – Pour une indemnité équivalente à 1 an de commissions : Cass.com., 20 janvier 1987, n° 85-14173, rejet, M. Jacques X c/ SA Busquets France ; CA Paris, 5^e chambre, section B, 16 octobre 2003, n° RG 2001/12798, SA Chocolat Mathez c/ SARL Dimas La Distribution de masse ; CA Paris, 8 mars 2006, n° CT0166 ; CA Paris, 5^e chambre, section B, 6 novembre 2008, n° RG 05/20095, SARL ESSaote France c/ SARL Électronique médicale de France ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, n° RG 08/04383, SAS DIESEL France c/ M. Jérôme X ; CA Lyon, 3^e chambre, 7 février 2013, n° RG 12/04618, SARL Koto Parfums c/ B ; CA Toulouse, 2^e chambre, Section 1, 5 février 2014, n° RG 12/02041 ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 mai 2015, n° RG 13/07042, SARL Enduits matériaux distribution Montpellier c/ M. Jean-Philippe X – Pour une indemnité fixée entre un an et deux ans de commissions : CA d'Aix-en-Provence, 2^e chambre civile, 16 mai 1991, n° RG 89/6939, Société Gallay c/ M. Jean-Pierre X ; Cass.com., 4 janvier 2000, n° 96-22372, rejet, Société Sicovar c/ M. Meichel V. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 25 octobre 2011, n° RG 10/08970, SAS Châteaux Mas Neuf c/ SARL Didier A. Développement – Pour une indemnité fixée à trois ans de commissions : Cass.com., 22 décembre 1969, n° 68-10069, rejet, Société Lait Mont Blanc c/ B. ; CA Paris, 23^e ch., 5 juillet 1975, n° RG B 00958, M. Max R. c/ SA Bongrain Gerard.

sera toujours justifiée par la libre appréciation du juge. Cependant, sur le plan pratique, cette question mérite d'être examinée car elle reflète l'objet de l'indemnité de rupture telle que perçue par la jurisprudence⁷⁵⁶. En effet, il faut distinguer la question de l'évaluation pratique du préjudice de celle de l'établissement de la base de calcul du préjudice : si « la question de l'évaluation pratique du préjudice est une pure question de fait », « l'établissement de la base de calcul du préjudice est soumise à des règles juridiques »⁷⁵⁷, et relève d'une question de droit. Notre examen porte sur la base de calcul de l'indemnité de rupture.

D'un point de vue juridique, la fixation du montant de l'indemnité à deux ans de commissions est problématique. En effet, il ne fait aucun doute que cette modalité de calcul constitue une fixation forfaitaire de l'indemnité de rupture. Cependant, justifiée par le principe de la réparation intégrale du préjudice, l'appréciation souveraine du juge du fond oblige celui-ci à déterminer le montant de l'indemnité en fonction du préjudice réellement subi par l'agent, ce qui lui interdit de fixer l'indemnité de rupture systématiquement à une somme forfaitaire prédéterminée. Les commettants n'ont pas manqué d'élever cette critique devant des décisions fixant l'indemnité de rupture à deux ans de commissions. Ainsi, dans un arrêt de 2002⁷⁵⁸, la société mandante rappelait que « le juge ne peut fixer le préjudice à une somme forfaitaire, mais doit replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu en évaluant les dommages-intérêts de façon à compenser intégralement le préjudice sans procurer d'enrichissement à la victime ». Par conséquent, elle estime que la cour d'appel a méconnu le principe de la réparation intégrale en se bornant à affirmer que l'usage constant serait d'accorder à titre d'indemnité de rupture une somme équivalente à deux années de commissions. Face à cette contestation, si la Cour de cassation n'est pas revenue sur le principe d'une appréciation concrète de l'indemnité en fonction des circonstances

⁷⁵⁶ Andrea Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, op. cit., 3, p. 4 : « La base de calcul permet de déterminer ce qui doit être pris en compte pour attribuer au préjudice une contrepartie monétaire. L'établissement de la base de calcul de la réparation permet, en amont, de saisir, avec précision, la consistance et l'étendue du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Il permet, en aval, de procéder à l'évaluation du préjudice réellement subi ».

⁷⁵⁷ Andrea Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, op. cit., 76, p. 91.

⁷⁵⁸ Cass.com., 19 mars 2002, n° 98-23419.

de l'affaire, elle a néanmoins répondu que « loin d'allouer une somme forfaitaire en application d'un usage ou de se référer à des causes déjà jugées, la cour d'appel a fixé souverainement l'indemnité de cessation de contrat d'après les circonstances de l'espèce ». Présentée de cette manière, la fixation de l'indemnité à deux ans de commissions brutes relèverait d'un pur hasard et correspondrait en l'espèce presque fortuitement aux préjudices subis par l'agent en raison de la cessation du contrat.

Pourtant, cette règle de l'interdiction de l'appréciation forfaitaire du préjudice réparé est mise en exergue par un arrêt de 2009⁷⁵⁹ : en dépit du pouvoir souverain du juge du fond sur l'appréciation du montant de l'indemnité de rupture⁷⁶⁰, la Cour de cassation est intervenue au nom de la nécessité d'apprécier le préjudice effectif dans l'évaluation de ce montant. En l'espèce, la Cour a censuré une décision d'une cour d'appel⁷⁶¹ ayant fixé le montant de l'indemnité à deux ans de commissions, car « les juges du fond doivent procéder à la recherche du préjudice effectivement subi » : « en énonçant seulement qu'il est de jurisprudence constante de fixer l'indemnité de rupture à deux ans de commissions, calculées sur la moyenne des trois dernières années, la cour d'appel a procédé à une évaluation forfaitaire du dommage, violant ainsi l'article 12 de la loi du 25 juin 1991, devenu l'article L. 134-12 du code de commerce, ensemble le principe de la réparation intégrale ». En effet, la Cour de cassation consacre ici une « obligation » de la cour d'appel de fixer le montant de l'indemnité en fonction du préjudice « effectivement » subi par l'agent. Dans le même sens, certaines décisions ont affirmé expressément que la fixation de l'indemnité à deux ans de commissions brutes ne s'impose nullement au juge.

À titre d'exemple, dans un arrêt de 2005⁷⁶², la cour d'appel de Versailles affirme que « l'indemnité prévue à l'article L. 134-12 du code de commerce a pour objet

⁷⁵⁹ Cass., 10 février 2009, n° 07-21058.

⁷⁶⁰ Sylvie Rouquié, « Mode de calcul de l'indemnité de fin de contrat », JCP G, n° 29, 20 juillet 2005, II 10102 : « Cette tâche relève de la stricte compétence des juges du fond, car si la Cour de cassation contrôle les éléments constitutifs du préjudice, la détermination de son montant est laissée à leur appréciation souveraine (cf. Cass. com., 6 févr. 1996 : RJDA 4/96, n° 492) ».

⁷⁶¹ CA Bordeaux, 2^e chambre, 17 septembre 2007, Société Cabinet Bedin c/ M. Olivier X, préc. : suite à la rupture du contrat d'agence commerciale, la réclamation de l'indemnité contractuelle de rupture de la part de l'agent a été refusée par la société. L'agent a demandé le paiement de l'indemnité devant la justice, ce à quoi le Tribunal de commerce de Bordeaux a fait droit.

⁷⁶² CA Versailles, 27 octobre 2005, SARL From'Ardi c/ SARL Hera.

de réparer le préjudice subi par l'agent commercial en raison de la cessation de ses relations avec le mandant », et « que le montant de cette indemnité dont la détermination relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ne saurait donc être systématiquement et automatiquement fixé à deux années de commissions ». Elle l'a d'ailleurs évaluée à « un équivalent d'un an de commissions calculé sur la moyenne des commissions des deux dernières années ». Plus intéressante est une décision de 2006⁷⁶³ par laquelle la cour d'appel de Bourges, tout en reconnaissant l'existence d'une pratique consistant à fixer l'indemnité de rupture à deux ans de commissions brutes⁷⁶⁴, affirme que « cet usage ne s'impose pas aux juridictions », « la mesure de l'indemnité étant celle du préjudice subi ». Par conséquent, au lieu de fixer le montant de l'indemnité à la somme de 84 250 euros, qui correspondait aux commissions brutes sur deux ans, elle l'a fixé à 55 000 euros.

Ces dernières décisions soulignent que le préjudice réparé par l'indemnité de rupture peut présenter une valeur différente de celle de deux années de commissions brutes, faisant penser que le calcul basé sur deux ans de commissions ne serait qu'une hypothèse parmi d'autres d'évaluation de l'indemnité de rupture. Cependant, cette suggestion est peu convaincante au vu du nombre de jurisprudences faisant référence à cette modalité de calcul ou affirmant expressément qu'il s'agit de l'usage en la matière. Face à cette divergence entre la cohérence juridique et la pratique, se pose dès lors la question suivante : à quoi correspondent véritablement deux ans de commissions brutes au regard de l'indemnité de rupture ?

2°. L'effet présomptif de deux ans de commissions brutes

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent – nous venons de le voir – l'existence de la pratique consistant à fixer l'indemnité à deux ans de commissions, la

⁷⁶³ CA Bourges, 16 mars 2006, SA Jean Leduc Sport c/ M. Bruno X ; dans le même sens, dans une décision rendue le 20 janvier 2000 (SA Delepine c/ M. Jacques X), la cour d'appel de Versailles a fixé le montant de l'indemnité à 9 mois de commissions ; dans une décision rendue le 29 janvier 2013, (n° RG : 11/08105, Christian X c/ SAS Profiles Sud Pyrennes), la cour d'appel de Montpellier, 2^e chambre, a fixé le montant de l'indemnité à un an de commissions.

⁷⁶⁴ L'indemnité de rupture « s'évalue en fonction du préjudice subi et généralement par simple référence aux commissions brutes perçues au cours des deux dernières années du mandat ».

qualifiant parfois d' « usage »⁷⁶⁵. Afin de comprendre la signification précise de ces deux années de commissions, il convient d'examiner à la fois la jurisprudence appliquant cette modalité de calcul et celle qui y déroge. Commençons par un arrêt de la cour d'appel de Grenoble de 2005 riche d'enseignements⁷⁶⁶ : dans une décision de 2004, le tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu avait fixé le montant de l'indemnité à l'équivalent de deux ans de commissions brutes. Tandis que le commettant demandait une diminution du montant de l'indemnité, l'agent en demandait l'augmentation. Pourtant, la cour d'appel de Grenoble a confirmé la décision de la première instance, en estimant qu'elle avait justement rappelé l'usage consistant à fixer le montant de l'indemnité à l'équivalent de deux années de commissions brutes : d'un côté, le commettant ne démontrait pas « que le préjudice subi par [l'agent commercial] était inférieur à celui qui sera réparé par l'octroi d'une indemnité calculée conformément aux usages en vigueur », et de l'autre, l'agent « ne justifiait pas d'un préjudice supérieur à celui réparé par l'octroi d'une indemnité calculée conformément aux usages en vigueur ». En l'absence des preuves contraires, les parties n'étaient donc pas autorisées à contester le montant de l'indemnité fixé selon l'usage. Par conséquent, l'usage consistant à fixer l'indemnité à deux ans de commissions brutes semble présenter ici un caractère présomptif, auquel il pourrait être dérogé moyennant l'apport de preuves contraires.

Ce raisonnement est suivi de différentes manières par les jurisprudences. Certaines d'entre elles l'appliquent directement. Ainsi, dans un arrêt du 22 janvier 2000⁷⁶⁷, la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel, en répondant que « conformément à une jurisprudence constante et aux usages professionnels établis depuis le décret du 23 décembre 1958, le montant de l'indemnité compensatrice est égal au montant des commissions perçues par l'agent lors des deux dernières années d'exercice,

⁷⁶⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, 946 ; dans ce contexte, l'usage désigne « une pratique particulière à une profession [dont] la force obligatoire est variable ».

⁷⁶⁶ CA Grenoble, 14 mars 2005, Société Bourgeat c/ M. Nigel X ; dans le même sens, Jean-Marie Leloup, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 86 : « c'est, conformément à l'article 1135 du code civil, une suite que l'équité et l'usage donnent à l'obligation d'indemniser. La conséquence en est que de nombreuses décisions considèrent que c'est au plaideur qui prétend s'écarter, en plus ou en moins, de cet usage, de rapporter la preuve des raisons de majoration ou de minoration de l'indemnité » ; dans le même sens, CA Riom, 8 oct. 1976, JCP 1978. II. 18941, note J.-J. Hanine

⁷⁶⁷ Cass.com., 22 janvier 2002, n° 98-21732, Rejet.

sauf preuve d'un préjudice d'un montant différent ». De même, en 2008⁷⁶⁸, la cour d'appel d'Agen confirme la décision du premier juge qui « a évalué le préjudice subi par [l'agent commercial] à la somme de 114 844,13 €, représentant deux années de commissions calculées sur la moyenne des commissions perçues pendant les trois dernières années d'activité de l'agent », puisque l'agent « n'établit pas avoir subi un préjudice plus important ».

D'autres décisions adoptent ce raisonnement, mais en examinant au préalable les circonstances précises de l'espèce au regard des deux ans de commissions brutes. Après cet examen, le juge va décider de suivre l'usage⁷⁶⁹ ou bien d'y déroger⁷⁷⁰. Se pose naturellement la question suivante : comment le juge décide-t-il de suivre ou de déroger à cet usage ? Plus précisément, quelle preuve d'un préjudice différent des deux ans de commissions brutes faut-il apporter pour que le juge décide de fixer l'indemnité à un montant différent de l'usage ? En effet, la jurisprudence montre que le juge décide en fonction d'un faisceau d'éléments. Les éléments pris en compte peuvent varier selon les espèces, néanmoins, parmi eux se trouve un élément ayant un rôle déterminant qui est évoqué quasiment systématiquement : il s'agit de la durée des relations contractuelles entre l'agent et le commettant. Ainsi, dans une décision de 2003, la cour d'appel de Paris rappelle que « le préjudice effectivement subi par l'agent commercial du fait de la cessation des relations contractuelles, dont l'évaluation ne peut être forfaitaire mais doit

⁷⁶⁸ CA d'Agen, chambre civile 1, 6 mai 2008, n° RG 07/01145, SAS Fiducial Bureautique c/ Michel X ; dans le même sens, CA Versailles, 12^e chambre, 17 avril 2008, n° RG 06/02432, SARL Santarome Laboratoire c/ Jean-Claude X : « le tribunal a justement rappelé qu'à défaut pour le mandant de rapporter la preuve que le préjudice de l'agent était différent, sinon inférieur, l'indemnité obtenue sur la base des usages en la matière était fondée, alors qu'il est établi que l'agent, brutalement privé de la carte Santarome, s'est trouvé dans l'impossibilité de la céder et a en outre perdu les commissions à venir découlant du retrait sans motif légitime de son mandat ».

⁷⁶⁹ À titre d'illustration : CA Montpellier, 2^e chambre, 22 janvier 2013, n° RG 11/08121, SARL Aixia Méditerranée c/ SARL Aqua : « en l'état de tous ces éléments, il n'y a pas lieu de déroger à l'usage le plus courant en la matière fixant l'indemnité de fin de contrat à deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des trois dernières années » ; Cass.com., 13 novembre 1990, n° 89-14153, rejet, SA Emhart c/ M. F.

⁷⁷⁰ À titre d'illustration : CA Toulouse, 2^e chambre, section 1, 5 février 2014, n° RG 12/02041 : « Sur l'indemnité compensatrice, s'il est habituel d'allouer le montant de deux années de commissions calculé à partir de la moyenne des commissions perçues pendant trois ans, les circonstances de l'espèce, la durée des relations légèrement inférieures à 3 ans et la diminution sensible de la vente de produits aux magasins Carrefour tenant à une mauvaise récolte, en rien imputable aux parties, conduit la cour d'appel à limiter la durée de l'indemnisation à une année de commissions ».

tenir compte des éléments concrets de l'espèce, en particulier de la durée des relations contractuelles, sera intégralement réparé, alors que le contrat ne s'est exécuté que pendant un peu plus de 3 ans, par l'allocation d'une indemnité égale à une année de commissions, soit 32 968,01 euros (216 256 F.) »⁷⁷¹.

Parfois, la durée des relations entre l'agent et son commettant est le seul élément invoqué par le juge pour justifier sa détermination du montant de l'indemnité, ce qui met en exergue l'importance de cet élément. C'est le cas dans un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en 2008⁷⁷² : en l'espèce, la relation contractuelle entre l'agent et son commettant avait duré quinze mois environ ; suite à la rupture du contrat, le juge de première instance a fixé l'indemnité de rupture à deux ans de commissions ; cependant, la cour d'appel de Paris l'a diminuée à un an de commissions, estimant que « compte tenu de la relative brièveté des relations contractuelles, c'est à juste titre que la société ESAOTE [la société commettante] critique le jugement ayant octroyé une indemnité sur la base de deux années entières de commissions, alors que le contrat a eu une durée inférieure, de sorte que la société EMF ne démontre pas avoir subi un préjudice de l'importance alléguée ». On retrouve le même scénario dans une décision de 2012⁷⁷³ : le juge de première instance avait accordé une indemnité de 60 000 euros correspondant aux deux ans de commissions, mais la cour d'appel de Versailles l'a diminuée à 18 000 euros, au motif que « s'il est communément admis que le préjudice d'un mandat d'agent commercial puisse être réparé par une somme équivalente à deux années de commissions, le préjudice réellement subi peut être moindre notamment en raison de la brièveté de la durée de la relation contractuelle ». Dans les trois décisions précitées, la brièveté de la relation contractuelle est régulièrement invoquée comme un élément utile pour justifier une indemnité inférieure à deux ans de commissions, ce qui est confirmé par de nombreuses autres décisions⁷⁷⁴. Cette règle est même énoncée de manière générale par la

⁷⁷¹ NDA : nous soulignons. CA Paris, 5^e chambre, section B, 16 octobre 2003, n° RG 2001/12798, SA Chocolat Mathez c/ SARL Dimas La Distribution de masse.

⁷⁷² CA Paris, 5^e Chambre, section B, 6 novembre 2008, n° RG 05/20095, ARL Esaote France c/ SARL Electronique médicale de France.

⁷⁷³ CA Versailles, 13^e chambre, 6 décembre 2012, n° RG 11/03537, M. Yves X c/ SARL Segur.

⁷⁷⁴ À titre d'illustration : CA Paris, 5^e chambre, section A, 11 février 2004, n° n° RG 2001/14955, SARL BUCADIS c/ M. Pierre- Raymond J. : « Que l'indemnité compensatrice doit correspondre à la réalité

cour d'appel de Lyon aux termes d'un arrêt de 2013⁷⁷⁵ : « une telle indemnité compensatoire de rupture ne s'évalue que par référence aux commissions brutes perçues, en fonction de l'ancienneté des relations commerciales ». Dans ces décisions, la durée contractuelle est généralement inférieure à cinq ans. S'il est impossible d'établir un barème du montant de l'indemnité en fonction de la durée de la relation contractuelle, il convient tout au moins de constater qu'il existe un lien direct entre l'objet de l'indemnité de rupture et la durée de la relation contractuelle entre l'agent et son commettant.

Toutefois, si la durée de la relation contractuelle est un élément important dans l'appréciation de l'indemnité, elle n'en est pas le seul⁷⁷⁶. Notamment, les investissements particuliers de l'agent en vue de développer la clientèle du commettant peuvent jouer un rôle important⁷⁷⁷, et ils sont souvent invoqués en même temps que la durée contractuelle

du préjudice éprouvé par l'agent du fait de la cessation du contrat d'agence ; Que Pierre-Raymond J. ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, des frais et des investissements réalisés qu'il invoque, ni la démonstration que la résiliation après une courte durée représente un dommage plus important ; Qu'en l'espèce, les relations ayant duré 19 mois, il apparaît que l'indemnité doit être fixée à l'équivalent d'environ neuf mois moyens d'activité, soit le montant arrondi de 5 800 euros » [nous soulignons] ; CA Paris, CT0166, 8 mars 2006, Société Next Fashion c/ Diesel France ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, n° RG 08/04383, SAS DIESEL France c/ M. Jérôme X ; CA Montpellier, 2^e chambre, 1^{er} décembre 2009, n° RG 08/03085, SARL MV Développement c/ M. Jean-Louis X ; CA Montpellier, 8 mai 2010, 2^e chambre, n° RG 09/05114, SARL L GE BAT c/ M. Patrice G. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, n° RG 10/02566, M. Jean-Luc N. c/ SA Copel Distribution ; CA Montpellier, 2^e chambre, 25 octobre 2011, n° RG 10/08970, SAS Châteaux Mas Neuf c/ SARL Didier A. Développement ; CA Douai, 1^{re} chambre, 25 novembre 2013, section 1, n° RG 12/05408, « Le préjudice subi par M. Y du fait de la cessation de son contrat d'agent commercial correspond à la perte résultant de la privation des commissions qu'il aurait dû percevoir sur les affaires traitées avec sa clientèle. Néanmoins, en raison de la brièveté du mandat, il n'est pas justifié de lui allouer une indemnité représentant deux années de commissions. Il convient de fixer cette indemnité au montant des commissions dont il a bénéficié pendant les six mois de son mandat, c'est à dire une somme de 22 967,84 euros, que M. X sera condamné à lui payer » [nous soulignons] ; CA Toulouse, 2^e chambre, section 1, 5 février 2014, n° RG 12/02041 ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 mai 2015, n° RG 13/07042, SARL Enduits matériaux distribution Montpellier c/ M. Jean-Philippe X.

⁷⁷⁵ CA Lyon, 3^e chambre, 7 février 2013, n° RG 12/04618, SARL Koto Parfums c/ B.

⁷⁷⁶ Cass.com., 4 janvier 2000, n° 96-22372, rejet, Société Sicovar c/ M. Meichel V. : « l'appelante ne rapporte pas la preuve d'une faute de M. V. justifiant la rupture des relations contractuelles ; qu'en conséquence à bon droit, le Tribunal a alloué une indemnité de rupture à M. V. ; qu'en considération des éléments d'appréciation dont dispose la Cour et de la durée du mandat (23 mois), l'indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la perte de revenus de l'agent commercial sera calculée sur la base de 18 mois de commissions » [nous soulignons].

⁷⁷⁷ CA Montpellier, 2^e chambre, 8 mai 2010, n° RG 09/05114, SARL L GE BAT c/ M. Patrice G. : « Pour l'évaluation du préjudice né de la rupture du contrat, il convient de retenir que la relation entre les parties n'a duré que 16 mois et que M. G. ne justifie pas avoir effectué des investissements particuliers en vue du développement de la clientèle de son mandant ; au cours de la période de juin 2007 à octobre 2008, les commissions dues à celui-ci représentent la somme de 76 699,02 euros, soit 64 129,62 euros HT, ce qui correspondant à un revenu mensuel de 4 008,10 euros. Le montant de l'indemnité doit ainsi être fixé

par la jurisprudence⁷⁷⁸. À côté de ces deux éléments, la jurisprudence évoque parfois également l'apport de clientèle ou les chiffres d'affaires de l'agent⁷⁷⁹, et l'existence ou non d'autres activités exercées par l'agent pendant la durée contractuelle (ou l'importance de l'activité avec le commettant au sein de l'activité globale de l'agent)⁷⁸⁰. Par exemple, dans une décision de 2009, la cour d'appel de Montpellier⁷⁸¹ estime que « pour l'évaluation du préjudice, il convient de retenir que la relation contractuelle n'a duré que 22 mois, que [l'agent commercial] ne consacrait qu'une partie de son activité à la représentation des produits de la marque [...], le chiffre d'affaires réalisé pour le compte de la société DIESEL France n'a pas connu d'évolution significative lors de la campagne printemps/été 2005 par rapport à la campagne précédente et qu'il ne justifie pas avoir effectué des investissements particuliers en vue du développement de la clientèle de son mandant. Le montant de l'indemnité doit ainsi être fixé à une année de commissions ».

à quatre mois de commissions, soit à la somme de 16 032,40 euros arrondie à 16 000,00 euros » [nous soulignons].

⁷⁷⁸ CA Montpellier, 2^e chambre, 8 mai 2010, préc. préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, préc. préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, préc.

⁷⁷⁹ CA Paris, 5^e chambre, section B, 14 novembre 2002, n° RG 2000/18001, SAS Sixt Eurorent c/ SARL Autoloc : « Considérant toutefois que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal et à ce qu'elle prétend, l'intimée ne peut en aucun cas obtenir le paiement d'une indemnité "forfaitaire" mais, conformément aux dispositions de l'article L. 134-12 précité, une « indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi » ; qu'à cet égard, force est de constater que, compte tenu des investissements réalisés et non amortis, mais aussi de la durée des relations contractuelles (16 mois pour l'établissement de Besançon et 7 mois pour celui de Dijon) et de la clientèle ayant pu être apportée par la société Autoloc, la cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour évaluer, au regard des bases de calcul non contestées retenues par les juges consulaires, à 512 571 francs, soit 78 140,95 euros, avec intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement, le préjudice de l'appelante » ; CA d'Aix-en-Provence, 2^e chambre civile, 16 mai 1991, n° RG 89/6939, Société Gallay c/ M. Jean-Pierre A. : « Attendu que, pour l'évaluation de l'indemnité, il convient de prendre en considération notamment la clientèle de l'agent, la durée de sa collaboration et le montant des commissions perçues » [nous soulignons].

⁷⁸⁰ CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, n° RG 10/02566, M. Jean-Luc N. c/ SA Copel Distribution : « Pour l'évaluation du préjudice, il convient de retenir que les relations contractuelles n'ont duré que 21 mois (janvier 1997 à septembre 1998), que MM. N. et G. consacraient l'essentiel de leur activité à la représentation des produits de la société Eurelco sur le sud-est de la France et la Corse ; qu'« il est seulement spécifié à l'article 6-4 que JN Distribution, enseigne commerciale de M. N., distribue les appareils électroménagers de diverses marques dans son magasin de Saint Laurent du Var (06) » , que le chiffre d'affaires réalisé pour le compte de la société n'a pas connu d'évolution significative de 1997 à 1998 (7 655 836 à 7 909 903 francs) et que les intéressés ne justifient pas avoir effectué des investissements particuliers, en vue du développement de la clientèle de leur mandant. Le montant de l'indemnité doit ainsi être fixé à une année de commissions, soit à la somme de 276 846,00 francs, correspondant aux commissions dues pour l'année 1998, soit 42 204,90 euros HT ou 50 477,06 euros TTC » [nous soulignons].

⁷⁸¹ CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, n°RG 08/04383, SAS DIESEL France c/ M. Jérôme X.

Certes, ces éléments ne sont pas toujours présents dans chaque affaire⁷⁸². Cependant, en dépit des circonstances propres à chaque espèce, on peut relever une différence d'influence de certains éléments sur le montant de l'indemnité : la brièveté de la durée contractuelle⁷⁸³, l'absence d'investissements particuliers de l'agent au profit du commettant⁷⁸⁴, l'exercice d'autres activités de l'agent pendant la durée contractuelle⁷⁸⁵ et la médiocrité de la clientèle apportée au commettant⁷⁸⁶ constituent des éléments qui plaident pour une diminution de l'indemnité de rupture. *A contrario*, la longue durée de la relation contractuelle, l'existence d'investissements particuliers de l'agent au profit du commettant, l'exclusivité de son activité avec le commettant et l'importance de l'apport de clientèle constituent des éléments favorables à une indemnité importante⁷⁸⁷.

En pratique, les circonstances précises d'une affaire peuvent être hétérogènes. En effet, des éléments favorables à une diminution de l'indemnité peuvent coexister au

⁷⁸² CA Paris, 8 mars 2006, Société Next Fashion c/ Diesel France, CT0166, : dans cette décision, la cour d'appel de Paris a affirmé que « l'indemnité due à l'agent commercial, prévue par l'article L. 134-12 alinéa 1 du Code de commerce, compense le préjudice causé par la perte du revenu de la clientèle », et « doit s'apprécier tant en fonction de l'apport de clientèle que de la durée des relations contractuelles ». En l'occurrence, en raison de « la brièveté de la durée contractuelle » (une année) et « l'absence d'investissements particuliers » de l'agent au profit de son commettant, l'indemnité d'un an de commission est considérée comme « satisfaisante ».

⁷⁸³ Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-22372, préc. préc. ; CA Paris, 5^e chambre, section B, 16 octobre 2003, préc. préc. ; CA Paris, 5^e chambre, section B, 6 novembre 2008, préc. préc. ; CA Lyon, 3^e chambre, 7 février 2013, préc. préc. ; CA Douai, 1^{re} chambre, 25 novembre 2013, préc. préc. ; CA Toulouse, 2^e chambre, section 1, 5 février 2014, préc.

⁷⁸⁴ CA Paris, 5^e Chambre, section A, 11 février 2004, préc. préc. ; CA Paris, 8 mars 2006, préc. préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, préc. préc. ; CA Montpellier, 8 mai 2010, 2^e chambre, préc. préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, préc.

⁷⁸⁵ CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 1 décembre 2009, précité ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 mai 2015, précité.

⁷⁸⁶ CA Paris, 8 mars 2006, préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 24 novembre 2009, préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, préc. ; CA Montpellier, 2^e chambre, 28 mai 2015, préc. : « Pour l'évaluation du préjudice consécutif à la cessation du contrat, il convient de retenir que la relation contractuelle entre les parties a duré seulement 17 mois au cours desquels M. X a perçu ou aurait dû percevoir 47 493,68 € TTC de commissions, qu'il ne bénéficiait pas d'une exclusivité pour la représentation des produits de la société EMD et qu'il n'est pas justifié, ni même allégué, d'investissements particuliers effectués en vue du développement de la clientèle commune » [nous soulignons].

⁷⁸⁷ Par exemple, CA Montpellier, 2^e chambre, 23 septembre 2014, n° RG 13/03971, SA CAFPI c/ M. Olivier X : « la relation contractuelle entre les parties a duré sept années et il était interdit à M. X de représenter les produits et services d'une entreprise concurrente du mandant ; le premier juge a donc justement fixé le montant de l'indemnité de cessation de contrat à deux années de commissions sur la base de la moyenne des commissions perçues en 2009 et 2010 (21 070,40 €) ».

sein d'une même affaire avec des éléments favorables à une augmentation de ladite indemnité : c'est au juge d'apprécier leur incidence finale sur l'indemnité de rupture. Par exemple, dans une affaire de 2011⁷⁸⁸, la relation contractuelle entre l'agent commercial et son commettant avait été d'une durée assez courte (2 ans de relations officielles, 21 mois de relations officieuses), sachant par ailleurs que l'agent commercial travaillait également pour les concurrents de son commettant pendant la durée contractuelle et qu'il ne justifiait pas avoir effectué d'investissements particuliers au profit de ce dernier. Cependant, malgré la dégradation des relations entre les deux parties au milieu de leur relation contractuelle, le chiffre d'affaires était resté proportionnellement le même que celui de la période précédente. Au vu des circonstances, cela a probablement été considéré par le juge comme un bon résultat⁷⁸⁹ puisque la cour d'appel a en définitive évalué le montant de l'indemnité à 21 mois de commissions⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ CA Montpellier, 2^e chambre, 25 octobre 2011, n° RG 10/08970, SAS Châteaux Mas Neuf c/ SARL Didier A. Développement : « Pour l'évaluation du préjudice consécutif à la cessation du contrat d'agence, il convient de retenir que la relation contractuelle a duré deux ans, mais que la société DAD a cessé toute activité de prospection au bout du 21^e mois, que celle-ci assurait la représentation d'autres vins de domaines du Languedoc Roussillon pour la vente à l'exportation et ne justifie pas avoir effectué des investissements particuliers, en vue du développement de la clientèle de son mandant, et que le chiffre d'affaires réalisé pour le compte de la société Château Mas Neuf en 2002, pour seulement 9 mois d'activité (137 248 €), est proportionnellement identique à celui de 2001 (180 600 €), malgré une dégradation des relations à compter de juin 2002. Le montant de l'indemnité doit ainsi être fixé à 21 mois de commissions, soit à la somme de 28 320,07 euros, correspondant aux commissions dues pour la période de janvier 2001 à septembre 2002 ; la société Château Mas Neuf doit dès lors être condamnée à payer à la société DAD ladite somme de 28 320,07 euros à titre d'indemnité de cessation de contrat » [nous soulignons].

⁷⁸⁹ Ce raisonnement a été précisé dans une autre décision avec les circonstances similaires : CA Montpellier, 2^e chambre, 22 janvier 2013, n° RG 11/08121, SARL Aixia Méditerranée c/ SARL Aqua, « Les chiffres d'affaires de la société Aqua 2000 au titre de son activité au profit de la société Aixia se sont élevés pour la période du 1^{er} octobre 2005 au 30 septembre 2006 à 63 175 euros, pour la période du 1^{er} octobre 2006 au 30 septembre 2007 à 66 900 euros et pour la période du 1^{er} octobre 2007 au 30 septembre 2008 à 37 962 euros, ce qui révèle une chute importante au cours de la dernière année justifiée en partie par la dégradation des relations entre les parties, par la baisse conséquente des rendez-vous proposés à la société Aqua 2000 et par le mécontentement de clients relativement à la défaillance du service après vente des produits vendus et installés par la société Aixia » ; *a contrario*, en l'absence de cette difficulté pour l'agent, l'absence de progression du chiffre d'affaires est considérée comme un résultat moyen. Ainsi, dans une autre affaire (CA Montpellier, 2^e chambre, 23 novembre 2010, préc.), l'indemnité de rupture est fixée seulement à 1 an de commissions.

⁷⁹⁰ Dans le même sens, CA Montpellier, 2^e chambre, 28 février 2012, n° RG 10/08562, SARL Oenotria c/ SARL Le Hameau des Ollieux, malgré l'absence d'investissements particuliers et l'absence d'exclusivité de l'activité au profit du commettant, la cour d'appel a quand même fixé l'indemnité à deux ans de commissions brutes en raison de la durée du contrat : « Pour l'évaluation du préjudice consécutif à la cessation du contrat d'agence, il convient de retenir que la relation contractuelle a duré six ans, que la société Oenotria assurait la représentation d'autres vins pour la vente à l'exportation et qu'elle ne justifie pas avoir

De la même façon, dans une affaire de 2002⁷⁹¹, après avoir reconnu la brièveté de la relation contractuelle (treize mois) et la fourniture de la clientèle préexistante à l'agent par son commettant, la Cour de cassation n'a néanmoins pas censuré la cour d'appel qui avait fixé l'indemnité de rupture à deux ans de commissions, car l'agent « a été privé de 80 % de son chiffre d'affaires procuré par la représentation [du commettant], ainsi que de la possibilité de négocier le droit de présentation d'un successeur ». Autrement dit, le montant de l'indemnité ainsi accordée est justifié en partie par l'importance du marché du commettant au regard de l'activité de l'agent. Pareillement, dans une affaire rendue en 2013⁷⁹², : malgré la courte durée de la relation contractuelle (trois ans), l'importance du marché du commettant pour l'agent a été évoquée en tant qu'élément utile pour justifier la fixation de l'indemnité à deux ans de commissions.

En résumé, l'examen de la base de calcul de l'indemnité de rupture a permis de détacher les éléments ayant une incidence sur le montant de l'indemnité, lequel est déterminé par la multiplication de deux coefficients : les commissions brutes moyennes de l'agent et la durée des commissions prise en compte. D'une part, en ce qui concerne les

effectué des investissements particuliers, en vue du développement de la clientèle de son mandant ; le montant de l'indemnité doit ainsi être fixé à deux années de commissions sur la base d'une moyenne de 2 780,75 euros pour les années 2006, 2007 et 2008, soit à la somme de 5 561,50 euros » [nous soulignons].

⁷⁹¹ Cass. com., 19 mars 2002, n° 98-23419 : « Mais attendu que l'arrêt retient que le contrat n'a duré que treize mois et que la société Mousse du Nord avait fourni la clientèle à l'agent, mais que celui-ci a été privé de 80 % de son chiffre d'affaires procuré par la représentation de la société Mousse du Nord ainsi que de la possibilité de négocier le droit de présentation d'un successeur ; qu'ainsi, loin d'allouer une somme forfaitaire en application d'un usage constant ou de se référer à des causes déjà jugées, la cour d'appel a fixé souverainement l'indemnité de cessation de contrat d'après les circonstances de l'espèce (...) » [nous soulignons].

⁷⁹² CA Montpellier, 2^e chambre, 22 janvier 2013, n° RG 11/08121, SARL Aixia Méditerranée c/ SARL Aqua : malgré la durée contractuelle de trois ans, la cour d'appel a fixé l'indemnité à deux ans de commissions en raison de la performance de l'agent dans son travail et l'importance du marché du commettant pour l'entreprise de l'agent : « Pour l'évaluation du préjudice consécutif à la cessation du contrat d'agence, il convient de retenir que la relation contractuelle a duré trois ans [...]. Il s'avère que la société Aqua 2000 a été particulièrement performante en 2006 et 2007 puisque son animateur, M. X a été considéré comme le meilleur vendeur de chauffe-eaux solaires par la société AixiA. [...] Il est établi par les bilans 2006, 2007 et 2008 que l'activité de la société Aqua 2000 au profit de la société Aixia représentait 87 % de son chiffre d'affaires global et que depuis la rupture du contrat d'agence commerciale, elle a rencontré d'importants problèmes de trésorerie l'ayant notamment contrainte à recourir à un emprunt bancaire de 30 000 euros. En l'état de tous ces éléments, il n'y a pas lieu de déroger à l'usage le plus courant en la matière fixant l'indemnité de fin de contrat à deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des trois dernières années » [nous soulignons].

commissions brutes moyennes, l'ensemble des rémunérations perçues par l'agent pendant les dernières années du contrat seront intégrées dans le calcul de l'indemnité. D'autre part, en ce qui concerne la durée des commissions, si elle est généralement fixée à deux ans conformément à l'usage en la matière, le juge peut néanmoins déroger à cette durée au vu des circonstances de chaque affaire. Plus précisément, les circonstances ayant une influence sur le montant de l'indemnité de rupture sont notamment les suivantes : la durée de la relation contractuelle entre l'agent et son commettant, l'existence ou non d'investissements particuliers de l'agent en vue du développement de la clientèle du commettant, l'importance du marché du commettant à l'égard de l'entreprise de l'agent, et le résultat du travail de l'agent pour le commettant.

Compte tenu de ces indices, il convient ensuite d'examiner le contenu du droit patrimonial perdu par l'agent commercial, dont la compensation constitue l'objet de l'indemnité de rupture.

§ II. L'évocation de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale

L'existence d'un droit patrimonial de l'agent commercial est déjà abordée dans certaines décisions. À titre d'illustration, l'idée de la perte d'un droit patrimonial est évoquée par un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2004 : « la cessation des relations avec le mandant ouvre droit au profit de l'agent commercial, à la perception d'une indemnité compensatrice en réparation du préjudice résultant de la perte patrimoniale qu'il subit »⁷⁹³. Dans le même sens, quelques années plus tôt, la Cour de cassation avait également affirmé que l'agent est « titulaire d'un droit ayant une valeur patrimoniale et [...] susceptible de cession », avant de confirmer la validité d'un contrat portant sur la cession de clientèle de l'agent⁷⁹⁴. Ainsi, il convient de s'interroger sur le contenu de ce droit patrimonial.

À ce propos, un courant jurisprudentiel fait référence à la notion de perte du contrat d'agence commerciale. Par exemple, d'après la cour d'appel de Colmar, « ce préjudice [subi par l'agent commercial lors de la cessation du contrat] consiste

⁷⁹³ CA Paris, 4^e chambre, section A, 11 février 2004, n° 2001/14955, SARL BUCA DIS c/ M. Pierre-Raymond J. ; dans le même sens, CA Douai, 1^{re} chambre, section 1, 4 octobre 2010, n° RG 10/00732, SAS TELE STEIN c/ M. Jean-Pierre X ; CA Douai, 2^e chambre, 17 décembre 2009, n° RG 08/04290.

⁷⁹⁴ Cass. com., 23 juin 1998, Rossignol c/ Debono, n° 96-10776.

nécessairement dans la perte d'actif incorporel que constitue le contrat de mandat ; [...] pour l'évaluation de ce préjudice il doit être tenu compte à la fois de la privation pour l'avenir des relations d'affaires sur lesquelles l'agent percevait une commission mais également de la perte de la valeur patrimoniale liée à la transmission du mandat »⁷⁹⁵. De même, la cour d'appel de Lyon affirme que « la cessation du contrat prive l'agent de son pouvoir de représentation de la part des produits du mandant qu'il avait conquis ou maintenue et du potentiel de commissions généré par son activité, de sorte que la cessation du contrat constitue en soi un préjudice qui doit être indemnisé ; [...] l'indemnité s'analyse comme le rachat par le mandant qui a pris l'initiative de la rupture de la valeur du mandat qui constitue l'élément incorporel essentiel de l'activité de l'agent »⁷⁹⁶.

Une autre décision va encore plus loin en précisant que « l'indemnité consécutive à la rupture ne peut pas correspondre seulement à la clientèle perdue, car le rôle de l'agent commercial est également d'entretenir la clientèle et le chiffre d'affaires qui pouvaient exister avant lui » et que, par conséquent, « l'indemnité de rupture doit être calculée pour indemniser l'agent commercial à la fois de sa perte de revenus et de la perte de son contrat, qu'il aurait pu céder contre numéraire »⁷⁹⁷.

L'ensemble de ces décisions plaident fortement en faveur de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale, considérant ce dernier comme un bien ayant une valeur patrimoniale pour l'agent. Cette opinion est également partagée par certains auteurs, qui estiment que « la valeur patrimoniale du contrat d'agence commerciale est de l'essence de ce contrat »⁷⁹⁸. Plus généralement, cette analyse

⁷⁹⁵ NDA : nous soulignons. CA Colmar, 1^{re} chambre civile, section A, 18 février 2015, n° RG 13/04285, M. Fabien X c/ SAS POLY-PAC.

⁷⁹⁶ NDA : nous soulignons. CA Lyon, 18 septembre 2003, n° RG 2001/07218, Société Rochette Bois Industrie c/ M. Fabrice X ; dans le même sens, CA Versailles, 22 septembre 2006, Sylvain X c/ Société Neuilly Courses, il s'agit d'une indemnité en réparation du préjudice « résultant de la perte de l'actif incorporel indépendamment d'un apport ou développement de clientèle ».

⁷⁹⁷ NDA : nous soulignons. CA Lyon, 10 juin 2004, M. Pierre X c/ Société Verjame.

⁷⁹⁸ Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, Édition Delmas, 7^e édition, 2015, 121.11, p. 296 : « Il ne peut prendre fin, sauf circonstances exceptionnelles, sans que le mandataire reçoive le montant de sa contribution à la part de marché que le mandant recueille seul. Au temps du contrat, le mandant fait sa marge sur les produits ou services négociés auprès de la clientèle par l'agent qui, lui, reçoit sa commission. Quand cesse le contrat, le mandant reprend seul l'élément de son fonds de commerce travaillé en commun avec l'agent commercial. Ce dernier perd tout le bénéfice de

correspond à une tendance générale d'une partie de la doctrine⁷⁹⁹ qui défend la théorie de la patrimonialisation du contrat.

En effet, deux catégories de règles prévues par le statut de l'agent commercial sont parfois citées à l'appui de cette analyse⁸⁰⁰ : la possibilité pour l'agent de céder le contrat et le maintien de l'indemnité en cas de décès ou d'inaptitude physique de l'agent. D'une part, l'indemnité de rupture n'est pas due lorsque « selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence »⁸⁰¹. D'autre part, « les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent »⁸⁰² ; de même, l'indemnité reste due lorsque la cessation du contrat est « due à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée »⁸⁰³. Il ne faut pas perdre de vue que

l'action commune. Pour compenser ce déséquilibre, l'agent doit recevoir la valeur de sa part dans l'œuvre commune, c'est le prix du contrat, sa valeur patrimoniale » ; dans le même sens, Sylvie Rouquié, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée », à propos de l'arrêt Cass. com., 7 juill. 2004, JCP E, n° 21, 26 mai 2005, 768 : « la rupture du contrat d'agent est assimilable à la perte d'un élément de l'actif incorporel du patrimoine de l'agence commerciale ».

⁷⁹⁹ M. Béhar-Touchais, G. Virassamy, *Traité des contrats, les contrats de distribution, op. cit.*, n° 572, p. 286 : « L'importance économique du contrat en fait donc une valeur pour l'entreprise, et cela d'autant plus qu'il est le moyen par lequel elle assure son activité. C'est d'ailleurs très précisément les cas des contrats de distribution, ce qui explique l'inévitable patrimonialisation de telles conventions, entendu comme la possibilité de les mettre dans le commerce juridique, de les céder ou de les faire circuler pour en retirer un profit pécuniaire, comme on peut le faire pour n'importe quel autre bien » ; D. Mainguy, « Propriété et contrat », *Droit & patrimoine*, mars 2001, n° 91, p. 73 ; E. Bayer, « La propriété du contrat », *les petites affiches*, 1 mars 2006, n° 43, p. 6

⁸⁰⁰ S. Rouquié, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée », *op. cit.* : « L'agent commercial peut, avec l'accord de son mandant, céder “à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence”. Cette reconnaissance légale de la patrimonialisation du contrat est logique car elle constitue la contrepartie de la part de marché générée par l'activité de l'agent et conservée par le mandant en fin de contrat » ; Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles, op. cit.*, 122.19, p. 304 : « La cessibilité du contrat d'agence commerciale, imposée par le caractère d'ordre public de l'article L. 134-13 du Code de commerce, est la seule solution compatible avec les solutions légales relatives au décès ou à l'inaptitude physique de l'agent [...]. La valeur patrimoniale du mandat existe bien dans l'un et l'autre cas » ; (cf. sous le régime du décret de 1958) ; J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 502, p. 389-390 : à l'époque, aucune solution n'ayant été prévue par le statut pour le décès de l'agent commercial, l'auteur assimile « la clause de présentation » à la « patrimonialité du mandat ».

⁸⁰¹ L'article L. 134-13, 3° du Code de commerce.

⁸⁰² L'article L. 134-12, alinéa 3 du Code de commerce.

⁸⁰³ L'article L. 134-13, 20 du Code de commerce.

cette dernière catégorie de règles vient consolider l'idée générale de perte d'un droit patrimonial pour l'agent : elles sont utiles pour défendre aussi bien la perte d'un contrat en tant que bien que la perte d'un droit patrimonial d'une autre nature en tant qu'objet de l'indemnité de rupture.

En revanche, la règle concernant la cession du contrat par l'agent commercial à son successeur introduit un véritable doute sur le lien existant entre l'indemnité de rupture et la patrimonialisation du contrat d'agence. Cette idée a été évoquée lors de la discussion sur la loi de 1991 par son rapporteur au Sénat⁸⁰⁴. Concrètement, la cession du contrat d'agence par l'agent à un tiers permet au commettant de ne pas payer l'indemnité de rupture, ce qui semble être la meilleure démonstration du lien entre l'indemnité de rupture et la valeur patrimoniale du contrat d'agence commerciale (en admettant que ce contrat puisse être assimilé à un bien). Corrélativement, en cas de refus de ce tiers successeur par le commettant, ce dernier reste redevable de l'indemnité de rupture⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Jean Huchon, Rapporteur de la Commission des affaires économiques et du plan, JO Débats parlementaires, Sénat, séance du 18 avril 1991, p. 540 : « Le projet de loi exprime mieux que le décret certains aspects du droit applicable en la matière, notamment quant à la rémunération de l'agent et à la patrimonialité du contrat d'agence ».

⁸⁰⁵ À titre d'illustration, Cass. com., 9 décembre 2014, n° 13-23309, M. X c/ Société HCF ; en effet, cette solution existait déjà avant la loi de 1991 : V. Cass. com., 11 décembre 1990, n° 89-19233, SA Produits laitiers Riches-Monts c/M. André X : en l'espèce, en refusant le successeur présenté par l'agent commercial, le commettant refuse de payer toute indemnité, au motif que « le droit à indemnité compensatrice n'est ouvert par l'article 3, alinéa 2 du décret du 23 décembre 1958 au profit de l'agent commercial que dans l'hypothèse de la résiliation du contrat d'agence par le mandant ». Cependant, la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel qui a accordé l'octroi de l'indemnité de rupture, car le commettant « ne laissait planer aucune ambiguïté sur son intention de refuser d'agréer qui que ce soit qui serait présenté par M. X à titre de successeur » et que, « devant la cour d'appel, la société n'avait invoqué aucune raison à l'appui de son refus ». Par conséquent, « bien qu'il l'ait qualifiée "d'indemnité de résiliation", c'est à juste titre que l'arrêt accorde à M. X l'indemnité que celui-ci réclamait en raison du préjudice subi du fait du refus de présentation d'un successeur » ; dans le sens inverse, V. Cass. com., 6 juin 1961, Compagnie d'assurance «le commerce de France ». En l'espèce, face à la clause d'agrément, la cour d'appel affirme que « la faculté d'agrément excluant l'assimilation de l'agent au courtier d'assurances, commerçant qui conserve la propriété de sa clientèle et des affaires elles-mêmes et n'a donc pas à restituer le portefeuille », par conséquent, « en cas de refus d'agrément », le commettant « était autorisé à reprendre le portefeuille » et tenu « seulement à une indemnité représentative de la valeur des commissions jusqu'à extinction des contrats ». La Cour de cassation n'a pas censuré la décision ; néanmoins, le rejet du pourvoi est fondé sur le pouvoir souverain du juge du fond d'interpréter cette clause « obscure et ambiguë ». Dans ce sens, la solution inverse a été retenue ultérieurement par la même cour dans une affaire similaire : V. Cass. com., 17 février 1987, n° 85-11952, Société Lansay France : « la CA a relevé que le contrat liant les parties autorisait "expressément la cession de carte" ; qu'il en résultait l'obligation pour la société Lansay de verser une indemnité à l'agent en cas de refus d'agrément de tout successeur et que l'énoncé de cette obligation au paragraphe b de l'article 4 du contrat n'impliquait pas que son application fût limitée à l'hypothèse de sa résiliation par le mandant ; qu'en l'état de cette interprétation, que les termes ambigus des dispositions contractuelles litigieuses rendaient

Autrement dit, la cession du contrat d'agence commerciale par l'agent permet de supprimer la cause de l'existence de l'indemnité de rupture. Comme tout semble dès lors abonder dans le sens de la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale, il convient de vérifier cette théorie par un examen de la valeur du contrat : si la valeur de ce contrat correspond bien à celle de l'indemnité de rupture, la patrimonialisation du contrat d'agence pourra être retenue comme l'explication de l'indemnité de rupture.

§ III. Les dissonances de la patrimonialité du contrat d'agence commerciale par rapport à la base de calcul de l'indemnité de rupture

Dans un arrêt de 2014⁸⁰⁶, une situation originale a été présentée aux magistrats de la Cour de cassation. Un agent commercial avait mis fin à la relation contractuelle en raison de l'inexécution de l'obligation contractuelle du commettant malgré une mise en demeure. La particularité de l'affaire résidait dans le fait qu'aucune commission n'avait été générée au profit de l'agent pendant la durée contractuelle (10 mois) en raison de la faute du commettant. Devant la justice, l'agent commercial a demandé l'indemnité de rupture prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce, demande que la cour d'appel a accueillie favorablement. Cependant, la Cour de cassation a censuré cette décision : « le contrat n'a[yant] pu donner lieu au paiement d'aucune commission, la cour d'appel a violé » l'article L. 134-12 du Code de commerce en condamnant le commettant au paiement de l'indemnité de rupture. Même si la Cour n'a pas développé davantage l'argument de cassation, il est néanmoins utile de relever les éléments du moyen annexe produit par le commettant : « l'indemnité de cessation de contrat due à l'agent commercial a pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties » ; par conséquent,

nécessaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». Au niveau de la doctrine, V. Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, op. cit., 123.19, p. 308 : « Dans le cas d'un refus, il faut déterminer si le refus du mandant ouvre un nouveau délai de présentation d'un autre candidat ou si ce refus entraîne le paiement de l'indemnité de cessation de contrat par le refus de toute succession ».

⁸⁰⁶ Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-18024, Société Dubus c/ Société ITC.

à défaut de preuve rapportée de commissions perçues pendant le contrat, il n'y a nullement de préjudice subi par l'agent.

Si certains auteurs ne sont pas surpris par cette solution⁸⁰⁷, d'autres la voient néanmoins comme « une faiblesse de la jurisprudence qui évalue le préjudice de l'agent au regard des commissions perçues par le passé alors qu'elle prétend réparer la perte de revenus à venir »⁸⁰⁸ (même s'ils sont tous d'accord sur la nécessité que l'agent puisse obtenir réparation en raison de la faute contractuelle du commettant⁸⁰⁹). Concernant cette critique, il a été démontré précédemment que la réparation de la perte des bénéfices tirés du contrat par l'agent commercial pour l'avenir ne peut constituer le véritable objet de l'indemnité de rupture. En effet, loin d'être une faiblesse de la jurisprudence, la méthode consistant à calculer l'indemnité de rupture au regard des commissions perçues par le passé est issue de la pratique et révélatrice de la réalité économique de cette indemnité. C'est le rôle du droit que de traduire cette réalité économique sous forme de théorie ; la démarche inverse serait peu réaliste : la réalité économique ne peut pas se modifier pour se conformer à une théorie.

Cependant, si l'on applique à la lettre la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale, en l'absence de rémunérations perçues par l'agent

⁸⁰⁷ Chloé Mathonnières, « Agent commercial : pas de commission, pas d'indemnité compensatrice », *Revue Lamy Droit des affaires*, janvier 2015, 37 : « Une telle indemnité est due à la condition que l'agent puisse justifier d'opérations ayant donné lieu au versement d'une commission. Or, en l'espèce, aucune commission n'avait été versée par le mandant à l'agent. Dès lors, ce dernier ne pouvait prétendre au versement de l'indemnité compensatrice de l'article L. 134-12 du code de commerce » ; l'indemnité de rupture due à l'agent commercial n'est pas toujours fixée par rapport aux commissions : *Bulletin Rapide du droit des affaires*, 2014, n° 24, 10, p. 9 : « Fort naturellement, ils [les juges] ne peuvent pas se référer aux commissions si l'agent n'en a jamais perçu » ; Bernard Bouloc, « Agent commercial. Indemnité de rupture », *RTD com.*, 2015, p. 147.

⁸⁰⁸ Nicolas Mathey, « Indemnité de fin de contrat de l'agent n'ayant perçu aucune commission », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, janvier 2015, comm. 4 : « La méthode prétorienne qui est le plus souvent très généreuse s'avère ici particulièrement stricte, d'autant qu'il semble bien que l'absence de commission soit essentiellement due à la faute du mandant ».

⁸⁰⁹ C. Mathonnière, « Agent commercial : pas de commission, pas d'indemnité compensatrice », *op. cit.* : « Cependant, cela n'exclut pas la possibilité pour l'agent de se voir réparer le préjudice subi du fait de la mauvaise exécution par le mandant de ses obligations, mais cette fois-ci sur le terrain du droit commun des obligations, et d'obtenir sur ce fondement des dommages et intérêts » ; l'indemnité de rupture due à l'agent commercial n'est pas toujours fixée par rapport aux commissions, *op. cit.* : « Ce qui n'empêche pas, à notre avis, de verser à l'agent une indemnité en réparation de la perte de chance de percevoir des rémunérations que lui cause la rupture prématurée du contrat » ; Bernard Bouloc, *op. cit.*, « La cour d'appel de Douai, autrement composée, aura à statuer sur la perte de commissions due à la déloyauté du mandant ».

commercial pendant le contrat, ce dernier n'a droit à aucune indemnité de rupture au titre de l'article L. 134-12 du Code de commerce dans la mesure où il ne subit pas à proprement parler de perte patrimoniale puisque le contrat d'agence perdu par l'agent ne permet pas de donner naissance à un préjudice réparable par l'indemnité de rupture. Cette déduction étonnante révèle assez bien la dissonance entre la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale et la base de calcul de l'indemnité de rupture. En réalité, les différents éléments pris en compte dans le calcul de l'indemnité de rupture – relevés dans la partie précédente de ce travail – sont tous en lien avec l'exécution du contrat, et non pas avec la simple existence du contrat. Que ce soit les commissions moyennes brutes perçues par l'agent ou la période référencée pour déterminer ces commissions ou la durée réelle de la relation entre les deux parties ou les investissements particuliers réalisés par l'agent commercial... tous sont en rapport avec l'activité de l'agent commercial (son travail et son résultat), et non pas avec la seule existence d'un cadre contractuel. Dans ce contexte, il est délicat de rattacher l'objet de l'indemnité de rupture à la perte du contrat d'agence commerciale, qui est un préjudice non réparé par ladite indemnité.

D'ailleurs, une partie des auteurs s'opposent à la patrimonialisation du contrat⁸¹⁰, et conséquemment à la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale. De surcroît, il arrive que l'application de la théorie de la patrimonialisation du contrat au contrat d'agence commerciale laisse apparaître l'incohérence évoquée ci-dessus. À titre d'illustration, un auteur distingue la « valeur contractuelle » de « l'exécution des obligations objet du contrat »⁸¹¹. Plus précisément, par « valeur contractuelle », il fait

⁸¹⁰ En effet, en raison de la nécessité de l'accord du cédé (le cocontractant) pour rendre valable la cession du contrat, certains auteurs rejettent la notion de propriété du contrat, estimant que le caractère exclusif et absolu du droit de propriété fait défaut. V. Didier Ferrier, « La patrimonialisation des contrats de l'entreprise », in Edith Blary-Clément, Frédéric Planckeel, *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, Larcier, 2014, 7 et s., p. 96 et s. D'ailleurs, la nature du droit de propriété dont dispose les parties au contrat suscite également des problèmes. V. Élodie Bayer, « La propriété du contrat », Les petites affiches, 1 mars 2006, n° 43, p. 6. À titre d'illustration, il est possible de poser la question suivante : le commettant ne dispose-t-il pas également d'un droit de propriété sur le contrat d'agence commerciale ? Peut-il réclamer auprès de l'agent commercial un droit à l'indemnité en raison de la perte du contrat lors de la fin de celui-ci ?

⁸¹¹ É. Bayer, « La propriété du contrat », *op. cit.*, p. 6 : « Par leur consentement, et en l'absence de tout formalisme, les contractants vont créer un univers juridique particulier au sein de l'univers juridique proprement dit, lequel est régi par leur volonté comme ayant force de loi, sous le contrôle de la loi qui autorise la volonté individuelle à s'auto-consacrer norme dès lors que les considérations d'ordre public sont respectées. À l'intérieur de ce cercle dont l'existence n'engage qu'eux – cette « bulle protégée des influences

référence à la valeur inhérente à l'existence du contrat en raison de sa force obligatoire, indépendamment de toute exécution. Cette force obligatoire « induit une première valeur et donc le caractère de bien du contrat »⁸¹². Néanmoins, l'auteur admet en même temps que cette valeur contractuelle puisse ensuite être accrue par l'exécution du contrat⁸¹³. Autrement dit, il suggère une sorte de rapport entre le principal et l'accessoire pour ces deux valeurs. Appliquée au contrat d'agence commerciale, la valeur de l'existence du contrat est absente ; seule existe la valeur issue de l'exécution du contrat. Par conséquent, en appliquant cette théorie de patrimonialisation du contrat, l'indemnité de rupture ne permet pas de réparer la valeur principale du contrat d'agence commerciale : elle ne répare que sa valeur accessoire créée par l'exécution du contrat. Ainsi, il est difficile d'envisager la perte du contrat d'agence commerciale comme objet possible de l'indemnité de rupture.

En outre, parfois la notion de valeur du contrat telle qu'elle est retenue par les partisans de la théorie de la patrimonialisation ne porte pas très bien son nom. Par exemple, un auteur défendant la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale considère ce contrat d'agence comme « le support indispensable de l'activité professionnelle de l'agent commercial », car « sans contrat l'agent commercial n'est plus rien » et « tous autres

extérieures, un mode clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter » comme l'appelle Catherine Thibierge-Guelfucci – les partenaires vont se répartir les tâches pour que celui-ci leur soit profitable. Cela va se traduire par le biais d'obligations constituant un « bloc normatif » immuable inférant une stabilité aux prévisions contractuelles. Par suite, la création même de ce cadre comporte en soi une certaine valeur, indépendamment de la richesse du contenu obligationnel. Une fois cette valeur contractuelle caractérisée, il convient de la distinguer de l'exécution des obligations objet du contrat. Ainsi que l'a démontré Pascal Ancel, il convient de dissocier obligations contractuelles et obligatorité du contrat, en ce que « l'essentiel de la force obligatoire, n'est pas le résultat produit (que les contractants soient tenus d'obligations), mais le fait que le contrat crée de telles obligations de la même manière que la loi pourrait en créer » [nous soulignons].

⁸¹² *Ibid.* : « Cette force obligatoire du contrat indépendante du contenu des obligations participe de la création d'une norme nouvelle, calquée sur la norme législative, et c'est son résultat, l'obligatorité contractuelle, qui induit une première valeur et donc le caractère de bien du contrat, puisque tout obligé qui ne remplirait pas ses obligations serait tenu de réparer le préjudice ainsi subi par le partenaire contractant du fait de cette inexécution (ou mauvaise exécution) par le biais de la responsabilité de droit commun, outre des mécanismes comme les clauses pénales. Cette précision réitère l'utilité précédemment évoquée de la cession de position contractuelle, puisque, alors même que le contrat n'a pas encore été exécuté, le cessionnaire entrant dans ce lien contractuel équilibré en retire une valeur résultant de ce qu'il n'aura pas besoin de renégocier les prestations, l'obligatorité de la structure contractuelle étant d'ores et déjà acquise ».

⁸¹³ *Ibid.* : « La valeur de la convention sera évidemment accrue par son exécution, et donc dans la disparition de la structure contractuelle en vue de parfaire le transfert de valeur économique de son objet ».

éléments de son entreprise deviennent vains »⁸¹⁴. Cependant, si l'agent commercial n'est plus rien sans le contrat d'agence, l'inverse n'est pas vrai : l'entreprise de l'agent commercial ne peut se réduire à la seule existence du contrat d'agence. En effet, le même auteur a effectivement mentionné d'autres éléments lorsqu'il précise la raison de l'indemnisation : « au temps du contrat, le mandant fait sa marge sur les produits ou services négociés auprès de la clientèle par l'agent qui, lui, reçoit sa commission. Quand cesse le contrat, le mandant reprend seul l'élément de son fonds de commerce travaillé en commun avec l'agent commercial. Ce dernier perd tout le bénéfice de l'action commune. Pour compenser ce déséquilibre, l'agent doit recevoir la valeur de sa part dans l'œuvre commune, c'est le prix du contrat, sa valeur patrimoniale »⁸¹⁵. Pour cet auteur, la cause de l'indemnisation se trouve dans la perte du bénéfice de l'œuvre commune issue de la collaboration entre l'agent et le commettant pendant la durée contractuelle. Par conséquent, malgré sa dénomination, cette théorie de la patrimonialisation du *contrat* d'agence commerciale laisse en réalité très peu de place au contrat qui ne sert que de « support »... tout en démontrant que la motivation et l'objet de l'indemnisation sont en rapport avec le résultat du travail de l'agent commercial. Finalement, en retenant une notion large de la valeur contractuelle, l'auteur renvoie à une réalité économique bien plus restreinte, qui est la valeur issue de l'exécution du contrat.

Enfin, il reste encore à examiner le dernier argument précité en faveur de la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale. Il s'agit de la solution prévue par l'article L. 134-13 du Code de commerce, d'après lequel l'indemnité de rupture n'est pas due lorsque « selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence commerciale ». Ainsi que cela a été démontré précédemment, la formulation de cet article favorise l'idée de la cession du contrat par l'agent commercial à un tiers⁸¹⁶, et par conséquent, promeut

⁸¹⁴ Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, *op. cit.*, 121.15, p. 298.

⁸¹⁵ *Ibid.*, 121.11, p. 296.

⁸¹⁶ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1014, p. 305 : « l'agent ne peut obtenir une indemnité alors qu'il a perçu un prix de la cession de son contrat » ; Nicolas Dissaux, « Agent commercial », *Jurisclasseur Commercial*, Fasc. 324, 47 : « La patrimonialité du contrat d'agent commercial est reconnue par l'article L. 134-13, 3°, du Code de commerce dont il suit que le mandant est dispensé du paiement de l'indemnité de fin de contrat lorsque, “selon un accord avec le mandant, l'agent

la notion de patrimonialisation du contrat d'agence commerciale. Cependant, cette faculté pour l'agent commercial de trouver un tiers pour lui succéder n'a pas toujours été présentée de cette manière⁸¹⁷. Par exemple, dans l'arrêté du 5 novembre 1946, a été employée la notion de « carte » qui est une expression régulièrement empruntée par la pratique : la valeur de la carte « représente la part qui revient personnellement à l'agent dans la clientèle apportée, créée ou développée par lui »⁸¹⁸. Plus précisément, « le mandat de l'agent s'applique à une série d'opérations pour un même mandant, lequel confie ainsi sa carte à l'agent qui en devient titulaire »⁸¹⁹. Plutôt que de céder les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial cède cette carte « avec le consentement du mandant »⁸²⁰. S'il refuse cette cession, le mandant doit rembourser à l'agent « la valeur de la carte »⁸²¹. Autrement dit, le fait pour l'agent commercial de trouver un tiers pour lui succéder a pu être perçu comme une simple opération de cession d'un bien autre que le contrat. D'ailleurs, les auteurs ne font pas toujours la distinction entre ces deux éléments, employant indifféremment les termes « cession de la carte » et « cession du contrat »⁸²². En effet, cette confusion entre la

commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence". Comme en droit commun, la cession du contrat d'agent requiert l'accord de tous les protagonistes : même en cas de cession partielle d'actif, il faut l'accord du cessionnaire et de l'agent ».

⁸¹⁷ Dans le même sens, V. Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 226, p. 99 : « il s'agit moins d'une cession de contrat que d'une délégation parfaite ; on y voit une patrimonialisation de l'activité d'agent commercial » [nous soulignons].

⁸¹⁸ L'alinéa 2 de l'article 39 de l'arrêté du 5 novembre 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel aux auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie) : JORF du 13 novembre 1946, p. 9576.

⁸¹⁹ L'article 37 de l'arrêté du 5 novembre 1946 préc.

⁸²⁰ L'article 38 de l'arrêté du 5 novembre 1946 préc.

⁸²¹ L'article 39 de l'arrêté du 5 novembre 1946 : « le mandant peut refuser son consentement moyennant le remboursement de la valeur de la carte. [...] Le mandant ayant remboursé la valeur de la carte peut disposer à son gré de cette dernière ».

⁸²² Linda Arcelin-Lécuyer, *Fiches de droit de la distribution*, éd. Ellipses, 2012, p. 29 : « L'indemnité n'est pas due encore lorsque l'agent commercial "cède sa carte" à un successeur accepté par le mandant (art. L. 134-13, 3°) ; Jean-François Cesaro, « Agents commerciaux », *Jurisclasseur Travail Traité*, Fasc. 4-3, 90 : « la loi n° 91-953 du 25 juin 1991 a consacré la pratique de la "cession de carte", c'est-à-dire de la cession, par l'agent, du contrat d'agence » ; Jean-Jacques Hanine-Roussel, *Agents commerciaux - contrat d'agence*, *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 3500, 51 : « La loi de 1991 a consacré la pratique de la cession de la carte et l'article L. 134-13 c) du Code de commerce s'y réfère pour préciser que l'indemnité de fin de contrat, visée à l'article L. 134-12, n'est pas due lorsque "selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence". La cessibilité du contrat d'agence commerciale, consacrée par l'article L. 134-13 du Code de commerce, dont les

« carte » et le contrat résulte de la coïncidence entre le moment de la cessation du contrat et le moment du « rachat de la carte ». Par conséquent, la cession du contrat d'agence commerciale n'est qu'une façon, parmi d'autres, d'appréhender la solution issue de l'article L. 134-13 du Code de commerce.

En conclusion, compte tenu des dissonances présentées par la théorie de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale par rapport à la base de calcul de l'indemnité de rupture, le contrat d'agence commerciale ne doit pas être retenu comme le droit patrimonial perdu par l'agent, dont la compensation constituerait l'objet de l'indemnité de rupture. Néanmoins, l'examen de cette théorie nous fournit quelques indices supplémentaires sur la teneur de ce droit patrimonial : il s'agit d'un droit patrimonial créé par l'exécution du contrat d'agence commerciale, qui se transfère ou s'éteint en même temps que ledit contrat. À partir des indices déduits de l'évaluation de l'indemnité de rupture, il convient de dessiner le droit patrimonial perdu par l'agent commercial lors de la fin de la relation contractuelle.

Section II. Un droit patrimonial de l'agent portant sur un fonds de commerce

Si le droit patrimonial perdu par l'agent commercial lors de la cessation du contrat n'est pas le contrat lui-même, de quel droit s'agit-il ? En effet, compte tenu des indices rassemblés autour de l'objet de l'indemnité de rupture, le droit patrimonial perdu par l'agent peut être identifié comme un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce (§I). Néanmoins, l'idée d'un droit de propriété de l'agent commercial sur un fonds de commerce est rejetée par le droit positif. Toutefois, un examen des raisons de ce rejet permet de relever quelques ambiguïtés (§II).

§ I. La proposition d'identifier le droit patrimonial perdu en un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce

Le droit patrimonial perdu par l'agent doit présenter certains caractères dégagés dans la section précédente : il porte sur l'ensemble de la clientèle déterminée par le

dispositions sont d'ordre public (C. com., art. L. 134-16), suppose qu'elle ait été soumise à l'agrément du mandant » [nous soulignons].

contrat ; il est généré par l'activité de l'agent et par le résultat de son travail tout au long de la relation contractuelle. À cet égard, les notions de « carte »⁸²³, de « part de marché »⁸²⁴ ou encore de « portefeuille »⁸²⁵ de l'agent peuvent constituer une piste intéressante. En effet, ces trois expressions qui sont fréquemment employées par la pratique, font référence à un droit patrimonial de l'agent en lien avec la clientèle déterminée par le contrat. Reste encore à traduire en termes juridiques ces formulations issues du langage courant. D'abord, vient à l'esprit un droit portant sur la clientèle déterminée par le contrat d'agence commerciale (A) ; cependant, en raison du rapport fusionnel entre la clientèle et le fonds de commerce, il semble plus approprié de le remplacer par un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce (B).

A. L'hypothèse d'identifier le droit patrimonial perdu en droit de l'agent commercial sur la clientèle déterminée par le contrat

Ainsi que cela a été démontré précédemment, la notion de clientèle est régulièrement évoquée par la jurisprudence en matière d'indemnité de rupture. D'abord, la jurisprudence en matière fiscale⁸²⁶ a déjà qualifié l'indemnité de rupture de prix de la cession de la clientèle, et considère que cette cession de « propriété commerciale »⁸²⁷ doit

⁸²³ L'alinéa 2 de l'article 39 de l'arrêté du 5 novembre 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel aux auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie), JORF du 13 novembre 1946, p. 9576 ; Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 156, p. 148,

⁸²⁴ CA Grenoble, 14 mars 2005, Société Bourgeat c/M. Nigel X, préc. : l'indemnité de rupture est « destinée à compenser le préjudice lié à la perte de la part commune de marché et de la possibilité de céder la carte à un successeur ainsi qu'à la privation du potentiel des commissions générées par l'activité d'agent commercial ».

⁸²⁵ Rapport fait au nom de la Commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur la proposition de loi de MM. Edmond Michelet, Abel Durand, Gaston Charlet, Michel Debré, Marcel Lemaire, Joseph Raybaud et Rochereau, tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, Conseil de la République, session ordinaire de 1957-1958, n° 238, annexe au procès-verbal de la séance du 11 février 1958, p. 10.

⁸²⁶ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 512, p. 397-398 : « Le droit fiscal ne s'y trompe pas. Alors que le statut de 1958 organise l'indemnité sur l'idée de dommages-intérêts et devait la faire échapper à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, la pratique administrative la tient pour "une indemnité reçue en contrepartie de la cessation de l'exercice de la profession ou du transfert d'une clientèle" (article 93 du C.G.I.). Elle est, en conséquence, imposée chez les personnes physiques selon le régime des articles 152 et 200 du C.G.I. et chez les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés selon l'article 39 duodecimes ».

⁸²⁷ Cass. com., 24 mars 1998, n° 96-12990.

être soumise aux droits d'enregistrement. De même, un rapport est souvent établi entre l'indemnité de rupture et la compensation du temps nécessaire à l'agent pour reconstituer une clientèle postérieurement à la fin de la relation contractuelle⁸²⁸. Plus précisément, il est d'usage de fixer l'indemnité de rupture à deux années de commissions car « cette période est considérée comme le temps nécessaire permettant à l'agent de reconstituer une clientèle après la cessation du contrat et, dans ces conditions, de l'indemniser de son préjudice dû à la rupture »⁸²⁹. Au vu de ces jurisprudences et des indices relatifs à l'indemnité de rupture, il semble que la perte d'un droit de l'agent sur la clientèle déterminée par le contrat constitue une proposition fort séduisante au regard de

⁸²⁸ CA Bordeaux, 2^e chambre, 17 septembre 2007, Société Cabinet Bedin c/ M. Olivier X. Suite à la rupture du contrat d'agence commerciale, la réclamation de l'indemnité contractuelle de rupture de la part de l'agent a été refusée par la société. L'agent a demandé le paiement de l'indemnité devant la justice, ce à quoi le Tribunal de commerce de Bordeaux a fait droit. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation le 10 février 2009 (n° 07- 21058) : l'indemnité attribuée à l'agent commercial « tend à compenser » la « perte résultant du temps nécessaire pour retrouver un travail, temps qui peut être insuffisant et du temps lui aussi nécessaire pour, après avoir retrouvé un travail, créer une nouvelle "clientèle" » ; CA Lyon, 10 juin 2004, M. Pierre X c/ Société Verjame.

⁸²⁹ CA Lyon, 18 septembre 2003, n° RG 2001/07218, Société Rochette Bois Industrie c/ M. Fabrice X : « Attendu que l'indemnité s'analyse comme le rachat par le mandant qui a pris l'initiative de la rupture de la valeur du mandat qui constitue l'élément incorporel essentiel de l'activité de l'agent ; Attendu que si les juges du fond ont un pouvoir souverain de fixation du montant de l'indemnité, il est d'un usage constant de la chiffrer à la valeur de deux années de commissions brutes et de la calculer soit en additionnant les recettes des deux dernières années d'exercice du contrat, soit en faisant la moyenne des recettes des trois dernières années et en multipliant le résultat obtenu par deux ; Attendu que cette période est considérée comme le temps nécessaire permettant à l'agent de reconstituer une clientèle après la cessation du contrat et, dans ces conditions, de l'indemniser de son préjudice dû à la rupture » ; CA Bordeaux, 17 septembre 2007, n° dRG 06/05121, Société Cabinet Dedin c/ M. Olivier X, préc. : « Attendu que la somme qui lui est allouée tend à compenser cette perte résultant du temps nécessaire pour retrouver un travail, temps qui peut être important alors que la lettre de rupture porte que celle-ci est due à des résultats insuffisants, et du temps lui aussi nécessaire pour, après avoir retrouvé un travail, créer une nouvelle "clientèle" ; Attendu qu'en l'absence de toute démonstration que M. X ait pu retrouver à bref délai un emploi, c'est une somme correspondant à deux ans de commissions calculées sur la moyenne du chiffre d'affaires réalisé durant les trois dernières années, soit 30 000 €, indemnité dont le montant est sans aucune relation avec le prix de cession d'une agence immobilière » ; Dans le même sens, V. Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996, COM (96) 364 final, p. 6 : « De même que pour le système de l'indemnité en Allemagne, il existe en France une abondante jurisprudence concernant le droit à réparation et le niveau de l'indemnisation. Dans leurs jugements, plusieurs tribunaux français ont justifié la réparation en faisant valoir qu'elle représentait soit le coût de l'achat de l'agence pour le successeur de l'agent, soit le temps nécessaire à l'agent pour reconstituer la clientèle qui lui a été retirée » ; dans le même sens, Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, op. cit., 999, p. 300 : « La pratique attribue 2 ans de commissions brutes calculées sur les 2 ou 3 dernières années, car on considère que c'est le temps nécessaire pour reconstituer la clientèle ».

l'indemnité de rupture : il s'agit d'un droit généré par l'activité de l'agent commercial, portant sur l'ensemble de la clientèle déterminée par le contrat.

Cette clientèle développée, entretenue ou créée par l'agent commercial pendant la durée contractuelle appartient, tout comme le fonds de commerce, au commettant. Ceci permet d'expliquer le caractère indéterminé du droit patrimonial perdu de l'agent commercial : étant donné que la clientèle appartient officiellement au commettant, l'agent commercial ne peut perdre un droit sur cette clientèle, car il ne peut pas perdre une chose dont il ne dispose pas. Corrélativement, la reconnaissance de l'indemnité de rupture – ayant pour objet de réparer un droit de l'agent commercial sur cette clientèle – revient à remettre en cause la légitimité de la propriété du commettant sur la clientèle entretenue et développée grâce aux efforts de l'agent commercial. Néanmoins, avant de déterminer l'appartenance de la clientèle, il faut d'abord comprendre ce qu'est une clientèle.

En admettant l'existence d'un droit sur la clientèle, la clientèle est perçue comme étant une chose, un bien susceptible de faire l'objet d'un droit subjectif. Autrement dit, seule est envisageable une définition « objective » de la clientèle⁸³⁰ : doit donc être exclue toute définition « subjective » de la clientèle qui présenterait cette dernière comme étant une simple « addition de clients »⁸³¹, une « somme d'individus »⁸³². En effet, dès son introduction en droit positif, la notion de clientèle est apparue sous une forme objective : il s'agit d'un des éléments composant le fonds de commerce⁸³³.

⁸³⁰ François Vialla, « Clientèle », Répertoire de droit civil, Dalloz, 36 : « L'objectivation de la définition juridique de la clientèle permet de passer outre les réticences rencontrées à l'idée d'une réification de la clientèle. Assurément, une clientèle, dans son acceptation subjective, n'est pas une *res* ; en revanche, objectivement entendue comme les facteurs d'attraction des clients, elle atteint cette qualification de chose. Dès lors, se pose la question des droits pouvant être reconnus sur cette chose » ; 12.11, p. 60 : « La clientèle peut se définir comme l'ensemble des personnes qui se fournissent habituellement chez un commerçant ou ont recours à ses services. Mais à proprement parler, la clientèle ainsi définie n'est pas un élément du fonds dont le titulaire du fonds pourrait être propriétaire, de la même façon qu'il est propriétaire (ou titulaire) des autres éléments figurant dans le périmètre du fonds ».

⁸³¹ Yves Chaput, Claudine Alexandre-Caselli, Alain Couret, et alii, *La clientèle appropriée*, Litec, 2004, 2, p. 1.

⁸³² François Vialla, « Clientèle », Répertoire de droit civil, Dalloz, préc., 15.

⁸³³ La loi du 28 février 1872 concernant les droits d'enregistrement, JO 23 février 1872, p. 84 ; la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, JO 19 mars 1909, p. 2809 ; R. Savatier, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, tome 2, p. 559, n° 1.

Cependant, en raison de la relation « fusionnelle » qui unit la clientèle au fonds de commerce, un droit de l'agent portant sur la première implique nécessairement un droit portant sur le second.

B. La proposition d'un droit de l'agent portant sur un fonds de commerce

Le fonds de commerce est une notion issue de la pratique, appréhendée par la jurisprudence et consacrée par une intervention ultérieure du législateur⁸³⁴. La loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce est généralement considérée comme le texte de base en la matière⁸³⁵, même si ce n'est pas la première fois que l'expression « fonds de commerce » apparaissait dans un texte législatif⁸³⁶. Les multiples interventions législatives ultérieures s'expliquent par l'importance économique cruciale de cette notion, qui était déjà surlignée par Cordelet,

⁸³⁴ Lise Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, Litec, 2006, 84, p. 50 : « La notion de fonds de commerce telle qu'elle est aujourd'hui appréhendée est le résultat d'efforts laborieux et conjugués de la pratique et de la jurisprudence, relayées plus tard par l'œuvre du législateur » ; Arnaud Reygrobellet, Christophe Denizot, *Fonds de commerce*, Dalloz Action, 2^e éd., 2012, Chapitre 4, Section I : un concept forgé par la pratique des affaires ; Frédéric Phan Thanh, « Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification », in *Propriétés incorporelles*, 105^e congrès des notaires de France, 17-20 mai 2009, Lille, éd. Crédit Agricole, 1006, p. 29 : « Le fonds de commerce a longtemps été délaissé par la loi, malgré son importance économique. Sa lente construction s'est faite par la pratique. Le législateur a tardivement pris son relais, par nécessité économique et dans le but de sécuriser l'activité commerciale, sans pour autant asseoir juridiquement la notion » ; p. 31 : « Dans le silence de la loi, rédacteurs d'actes et magistrats modèlent pendant plusieurs décennies le fonds de commerce » ; J. Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », AJDI décembre 2001, p. 1044 : « Le législateur va quasiment ignorer le fonds de commerce jusqu'à la fin du XIX^e siècle et ce n'est que sous la pression des commerçants et des praticiens du droit qu'il se saisira de la question ».

⁸³⁵ Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2015, 252, p. 222 : « Le texte fondamental en la matière est la loi « Cordelet » du 17 mars 1909 » ; Nicolas Dissaux, « Fonds de commerce », Jurisclasseur Commercial, 2 : « Seule la loi « Cordelet » du 17 mars 1909 peut en réalité être tenue pour l'acte de naissance législative du fonds de commerce » ; Jean Derrupé, « Fonds de commerce », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 8 : « Le texte important et substantiel qui est d'ailleurs resté le texte de base, a été la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce » ; Xavier Delpech, *Fonds de commerce*, édition Delmas, 18^e éd., 2011, 01.12, p. 12 : « C'est essentiellement la loi du 17 mars 1909, aujourd'hui codifiée au code de commerce, qui a reconnu l'importance du fonds de commerce » ; Arnaud Reygrobellet, Christophe Denizot, *Fonds de commerce, op. cit.*, 01.11, p. 3.

⁸³⁶ L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, p. 52 : même si l'expression de « fonds de commerce » est déjà apparue dans la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et les banqueroutes, l'auteur considère que la loi du 1^{er} mars 1898 est « la première intervention législative attaquant de front la question de la notion de fonds de commerce » ; Joël Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 1042 : « La première intervention législative date de la loi du 28 mai 1838 qui modifia le livre III du Code de commerce relatif aux faillites et aux banqueroutes. Le fonds de commerce apparaît dans les articles 469 et 470 de ce code, mais de manière tout à fait incidente ».

rapporteur de la loi du 17 mars 1909, lors de sa proposition de loi au Sénat quatre ans plus tôt, le 21 mars 1905⁸³⁷ : « Les fonds de commerce, dont le nombre s'est multiplié et dont l'importance a grandi avec le développement du commerce et de l'industrie, représentent aujourd'hui une part importante de la fortune publique ». Cependant, pas plus que les textes précédents, la loi de 1909 ne définit la notion de fonds de commerce ; elle se contente de donner quelques exemples d'éléments composant le fonds lorsqu'elle traite de l'étendue du privilège du vendeur⁸³⁸, parmi lesquels se trouve notamment la clientèle. À la lecture des documents parlementaires⁸³⁹, cette absence de définition semble être volontaire en raison des différentes versions de définitions proposées et du contenu variable du fonds en fonction de la volonté des parties⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Sénat, Session ordinaire du 21 mars 1905, annexe n° 73, Proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, présentée par M. Cordelet, sénateur, document reproduit par M. A. Bernus, commis-greffier au Tribunal de commerce de Marseille, De la vente et du nantissement des fonds de commerce, Documents et débats parlementaires, A. Rey et Cie, Imprimeurs-Éditeurs, 1909, p. 29.

⁸³⁸ La loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, JO 19 mars 1909, p. 2809, article 1^{er} : « Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises [...] » ; avec des modifications successives, ce texte est devenu aujourd'hui les articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce.

⁸³⁹ Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cordelet, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, Sénat, Session ordinaire du 25 janvier 1907, Annexe n° 14, reproduit par M. A. Bernus, *op. cit.*, 106, p. 81 : « Qu'est-ce qu'un fonds de commerce ? la loi ne l'a pas défini. Faut-il s'en plaindre ? une définition légale ne présenterait-elle pas plus d'inconvénients que d'avantages ? » ; Joël Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 1042 : « Comme le législateur a dû en convenir en 1909, le fonds de commerce est rétif à une définition précise » ; « sa démarche [celle du législateur] pragmatique le conduira à renoncer à toute définition du fonds de commerce ».

⁸⁴⁰ Proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, présentée par M. Cordelet, sénateur, document reproduit par M. A. Bernus, *op. cit.*, 47, p. 49 : après avoir exposé une définition du fonds de commerce en universalité juridique d'éléments divers et une autre en universalité de fait, l'auteur conclut que « sans prendre parti dans cette controverse, d'un caractère plus théorique que pratique, nous devons nous demander quels sont les éléments constitutifs d'un fonds de commerce, et si tous ces éléments sont susceptibles d'être l'objet d'un nantissement » ; 48, p. 50 : « Le législateur a sagement agi en ne définissant pas le fonds de commerce au point de vue d'une vente : la question de savoir ce qui s'y trouve compris n'est et ne peut être qu'une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties » ; de même, V. Première délibération sur la proposition de loi, Séance du 16 mai 1907, JO 17 mai 1907, p. 632 : « Il n'y a pas de définition légale des fonds de commerce et pour savoir ce que comprend la vente d'un fonds de commerce, faite sans autre désignation, il faut rechercher l'intention commune des parties et la déduire des termes employés et des circonstances de fait ; c'est une question d'appréciation » ;

Aujourd'hui, l'absence de définition légale du fonds de commerce subsiste, ce qui est considéré par certains comme un avantage en ce que cela permet à la notion de s'adapter aux « évolutions économiques »⁸⁴¹, tandis que d'autres voient cela comme une lacune. Néanmoins, au sein de cette notion, une place importante est toujours accordée par la jurisprudence à la clientèle, considérée comme un élément essentiel du fonds de commerce sans lequel celui-ci ne peut exister⁸⁴². Cependant, cette qualité de l'élément composant du fonds de commerce est remise en cause par la doctrine contemporaine⁸⁴³ qui présente la clientèle tantôt comme le but poursuivi par l'exploitation du fonds⁸⁴⁴,

dans le même sens, L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, 89, p. 52-53 : « Les élus, reprenant les débats des juristes, opposent une notion extensive du fonds de commerce comprenant des biens corporels ainsi que des biens incorporels à une version plus limitée réduisant le fonds de commerce à ses éléments incorporels. [...] Finalement, le législateur, renonçant à forger une véritable définition de la nouvelle institution, préfère proposer une simple énumération des composants du fonds de commerce. C'est ainsi que la loi du 17 mars 1909 régit la publicité de la vente du fonds, le privilège du vendeur, le nantissement du fonds et sa saisie » ; F. Phan Thanh, « Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification », *op. cit.*, 1019, p. 34 : « Bien sûr, les critiques n'ont pas manqué à l'encontre de la loi du 1^{er} mars 1898, comme de la loi du 17 mars 1909. Cette situation paradoxale ne satisfait pas les juristes généralement soucieux de définir une notion juridique, avant de la consacrer. Comment en est-on arrivé là ? D'une part, c'est sans doute la conséquence du pragmatisme du droit commercial cherchant toujours à s'adapter à l'évolution de l'économie. C'est, d'autre part, la difficulté à concilier les différentes thèses en présence sur le contenu de cette universalité : jurisprudence (avec ses courants contradictoires), praticiens et commerçants eux-mêmes ».

⁸⁴¹ J. Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 1042 : « Pour répondre aux exigences du commerce, le fonds de commerce est en mutation interne permanente, dans le temps et dans l'espace.[...] Son contenu varie : au fil du temps, en fonction des besoins, en raison des changements techniques et technologiques » ; L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, 101-104., p. 58-60 ; F. Phan Thanh, « Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification », *op. cit.*, 1019, p. 34.

⁸⁴² Cass.req., 15 février 1937, S. 1937, I, 169, note H. Rousseau ; DP 1938, I, 13, note P. Cordonnier : « Aucun texte, dit la Cour, ne définit la composition du fonds de commerce ; la loi du 17 mars 1909 énumère seulement les divers éléments qui peuvent servir à le constituer en laissant les parties maîtresses de leurs opérations ; de ces éléments, la clientèle représente le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister ».

⁸⁴³ Arnaud Reygrobellet, Christophe Denizot, *Fonds de commerce*, *op. cit.*, 12.13, p. 61 : « la majorité de la doctrine contemporaine s'accorde pour considérer que la clientèle n'est pas un élément du fonds : elle n'en serait qu'une qualité. Pour certains, c'est la résultante de l'ensemble des autres éléments ou encore, pour d'autres, le but poursuivi par le commerçant, tous les autres éléments étant des moyens de parvenir à cette fin en attirant ou en développant la clientèle » ; P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTD civ. 1996, p. 206 : « C'est par un artifice qu'on la considère comme un élément de cet ensemble patrimonial qu'est le fonds de commerce ».

⁸⁴⁴ Yves Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, T. 1, Economica, 12^e édition, 2003, 691, p. 743 : « Finalement plus qu'un élément du fonds, la clientèle est le but poursuivi par le commerçant. Tous les autres éléments sont des moyens de parvenir à cette fin, en attirant, en retenant ou en développant la clientèle » ; B. Boccara, « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », Gaz. Pal. 1994, 2. Doctr. 1025 ; Y. Serra, « La clientèle », *Droit & patrimoine*, juillet 1996, 67-68.

tantôt comme le fruit de l'ensemble des autres éléments⁸⁴⁵. Dans ce sens, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que le fonds de commerce est en réalité « un droit à la clientèle »⁸⁴⁶. Ainsi, malgré l'absence d'une définition uniforme, une forme de consensus s'est dégagée au sein de la doctrine majoritaire⁸⁴⁷ quant aux caractères du fonds de commerce : il s'agit d'un meuble incorporel unitaire⁸⁴⁸ constitué par « un ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice de l'activité commerciale », qui servent à « retenir et développer une clientèle »⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ C. Thibierge, « Rapport de clôture du 60^e congrès des notaires de France », RTD com. 1962, p. 605 ; Yves Chaput, Claudine Alexandre-Caselli, et alii, *La clientèle appropriée*, op. cit., 53 : « La clientèle est donc perçue et présentée comme une notion autonome par rapport aux éléments qui composent le fonds. Elle n'est pas un élément privilégié parmi les autres. Elle est le fruit de l'ensemble de ces éléments et de leur organisation. Elle s'identifie avec le fonds qu'elle caractérise ».

⁸⁴⁶ Louis Vogel, *Traité de droit des affaires de G. Ripert et G. Roblot*, sous la direction de M. Germain, t. I, vol. 1, 19^e édition, LGDJ, 2010, n° 439 : « Une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation » ; n° 547, « Le commerçant n'a pas le droit exclusif d'exploiter une clientèle puisqu'il n'a pas de monopole et qu'il est toujours exposé à voir la clientèle se détourner de lui. Mais en fait, il détient des éléments qui lui permettent de compter sur le maintien d'une clientèle et éventuellement sur son développement. Il lui suffit de conserver ces éléments ou de les transmettre pour maintenir ou céder la clientèle » ; Dans le même sens, Stéphane Piedelièvre, *Droit commercial*, Dalloz, 10^e édition, 2015, 201, p. 196 : « Aucune définition précise du fonds de commerce ne peut être donnée. [...] Peut-être la meilleure approche, encore sans doute que trop réductrice, est-elle celle donnée par Ripert et Roblot qui affirment que le fonds de commerce n'est autre chose que le droit à une clientèle » ; P. Roubier, « Droits intellectuels et droits de clientèle », RTD civ. 1935, p. 251 ; Jacques Mestre, Marie-Ève Pancrazi, Isabelle Arnaud-Grossi et Alii, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29^e éd., 2012, 839, p. 653.

⁸⁴⁷ En ce qui concerne le constat d'un « consensus » de la doctrine majoritaire : Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial*, op. cit., 279, p. 241 : « Le rattachement à une catégorie juridique connue a donné lieu à une querelle célèbre puisque trois qualifications ont été successivement proposées : celles d'universalité de droit, d'universalité de fait, de propriété incorporelle. Mais aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur les caractères juridiques qu'il y a lieu de reconnaître au fonds de commerce » ; Dominique Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^e éd., 2015, 149, p. 69 : « En absence de définition, le fonds de commerce a toujours nourri la controverse. [...] La doctrine dominante considère que le fonds regroupe l'ensemble des éléments permettant d'attirer la clientèle. Mais c'est la place de cette dernière dans la définition du fonds qui divise la doctrine » ; Georges Decocq, Aurélie Ballot-Léna, *Droit commercial*, Dalloz, 7^e édition, 2015, p. 253, 441 : « Il résulte de ces tentatives de qualification que la nature du fonds de commerce est fuyante, mais aussi sujette à discussion. De fait, l'unanimité ne se fait pas sur ce point. En revanche, chacun s'accorde à reconnaître au fonds de commerce la nature de bien, dont il convient à présent de déterminer les caractères » ; 442 : « Outrepassant les différentes théories proposées, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que le fonds de commerce est un bien autonome, de nature incorporelle et mobilière ».

⁸⁴⁸ J. Mestre, M.-È. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi et Alii, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, op. cit., 848, 849, p. 658-659.

⁸⁴⁹ Dans ce sens : Y. Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op. cit., n° 643, p. 704 : « Le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Il permet essentiellement de retenir et de développer une clientèle attirée par le

La clientèle est ainsi présentée par la doctrine comme la finalité du fonds de commerce. Cependant, la clientèle n'est pas non plus définie par la loi. Elle ne peut pas être entendue dans un sens littéral qui signifierait « l'ensemble des clients »⁸⁵⁰, mais elle est souvent décrite par les auteurs comme l'« ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués »⁸⁵¹. Néanmoins, la clientèle peut difficilement être considérée comme un bien autonome, susceptible d'être approprié distinctement du fonds de commerce, cela en raison du lien intime existant entre ces deux notions depuis leur introduction en droit positif. En effet, l'existence d'un fonds de commerce suppose forcément l'existence d'une clientèle en raison du caractère essentiel de cette dernière au sein du premier. Mais l'inverse est-il vrai ? L'existence d'une clientèle suppose-t-elle forcément l'existence d'un fonds ? Ou, bien au contraire, est-ce qu'une clientèle peut exister toute seule, sans d'autres éléments du fonds ? Ainsi que le rappelle un auteur, il est difficile de concevoir une clientèle sans aucun support « matériel ou intellectuel » : « il n'y a pas de clientèle en soi mais par

savoir-faire du commerçant, la qualité des marchandises vendues, l'emplacement de l'établissement, l'enseigne, etc. Ses divers éléments présentent une certaine stabilité, une certaine unité et peuvent se transmettre globalement » ; François Terré, Philippe Simler, *Les biens*, *op. cit.*, 58, p. 71 : « En droit commercial, les divers éléments d'un fonds de commerce forment un ensemble considéré comme un bien incorporel distinct de ses éléments constitutifs (clientèle, droit au bail, enseigne, marques, marchandises). Cet assemblage ne suffit pas à conférer la qualité d'universalité juridique » ; Nicolas Dissaux, « Fonds de commerce », *Jurisclasseur Commercial*, 3 ; Xavier Delpech, *Fonds de commerce*, éd. Delmas, 18^e édition, 2011, 01.13 et s., p. 13 et s. ; Jean Derrupé, *op. cit.*, 22 ; Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial*, *op. cit.*, 279 et s., p. 241 et s. ; Arnaud Reygrobellet, Christophe Denizot, *op. cit.*, 07. 11 et s., p. 41 et s. ; François-Xavier Luca, *Le droit des affaires*, Puf, 2005, p. 47 : « Il s'agit d'une notion délicate à appréhender. En simplifiant, on peut [définir le fonds] comme un ensemble de biens réunis pour attirer une clientèle. Autrement dit, des moyens articulés autour d'un but ».

⁸⁵⁰Jean-Bernard Blaise, Richard Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, *op. cit.*, 457, p. 266 : « Si l'on définit la clientèle comme étant, dans son sens propre, l'ensemble des clients, actuels ou même potentiels d'un commerçant, il est impossible d'en faire un élément du fonds de commerce. Les clients ne sauraient être un objet de propriété et le commerçant n'a aucun droit sur eux. Il ne peut leur interdire de le quitter et de s'adresser à la concurrence. L'idée de clients qui feraient durablement partie du fonds de commerce est proprement insoutenable ».

⁸⁵¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, 162 ; Y. Chaput, C. Alexandre-Caselli, A. Couret, et alii, *La clientèle appropriée*, *op. cit.*, 2, p. 1 ; A. Reygrobellet, Ch. Denizot, *Fonds de commerce*, Dalloz Action, 2^e édition, 2011, 12.13, p. 60-61 : « L'analyse doctrinale classique et la jurisprudence dominante voient, dans la clientèle, l'élément essentiel du fonds de commerce ».

rapport à un objet fourni ou un service rendu en un lieu déterminé »⁸⁵². Dans le même sens, certains auteurs affirment que « dès lors qu'il a une clientèle, tout commerçant possède un fonds de commerce »⁸⁵³. En réalité, la clientèle « fusionne » avec le fonds de commerce⁸⁵⁴ : la cession de l'une emporte la cession de l'autre⁸⁵⁵ ; l'existence de l'une s'accompagne également de l'existence de l'autre. La présentation de la clientèle alternativement comme le fruit ou le but du fonds de commerce témoigne de cette confusion. Par conséquent, plutôt que d'envisager un droit portant sur la clientèle, dont la nature de bien reste controversée, il serait plus approprié d'envisager un droit de l'agent portant sur un fonds de commerce. Cependant, de quel fonds de commerce s'agit-il ?

Se pose en réalité plusieurs questions : en théorie, il faut d'abord déterminer l'existence de ce fonds de commerce, ensuite il faut identifier son appartenance, et enfin il faut envisager la nature du droit de l'agent portant sur ce fonds. Officiellement, la clientèle déterminée par le contrat appartient au commettant. Par conséquent, deux hypothèses sont envisageables : soit la clientèle est attachée uniquement au commettant, et dans ce cas, le droit patrimonial perdu est un droit de l'agent portant sur le fonds de commerce du commettant ; soit la clientèle est attachée à la fois au commettant et à l'agent commercial, et dans ce cas, il s'agit d'un droit de l'agent portant sur son propre fonds de commerce, distinct de celui du commettant. Dans la première hypothèse, la nature du droit reste à examiner. Dans la seconde, il s'agit d'un droit de propriété. Pourtant, cette seconde hypothèse est rejetée par le droit positif.

⁸⁵² J. Derrupé, « Fonds de commerce et clientèle », in *Études offertes à A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 231, n° 16.

⁸⁵³ Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial, op. cit.*, 270, p. 218.

⁸⁵⁴ Françoise Auque, Bail commercial et commerces intégrés, in *Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, sous la direction de Hallouin J.-C., et Causse H., LGDJ, 2005, p. 169 : « D'innombrables travaux ont été consacrés à la question, le fonds de commerce donnant lieu à autant de définitions que de thèses ou d'articles. La jurisprudence a été longtemps indécise, depuis un arrêt du 15 février 1937 qui pouvait être analysé comme assimilant le fonds de commerce à la clientèle »

⁸⁵⁵ La cession de la clientèle emporte celle du fonds : V. Cass.req., 15 février 1937, S. 1937, 1. 169, note Rousseau ; DP 1938, 1.13, note Cordonnier ; Cass. com., 26 janvier 1976, n° 74-13933, Bull. civ. IV, n° 33 ; une cession ne portant pas sur la clientèle ne peut être qualifiée de cession de fonds de commerce, V. Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-13486, Bull. civ. IV, n° 180 ; RTD com. 1988, p. 609, obs. Derrupé ; Cass., 1^e civ., 11 décembre 2001, n° 99-15194, Bull. civ. I, n° 311 ; D. 2002, AJ 488, obs. Rouquet.

§ II. Les ambiguïtés du refus de reconnaître un fonds de commerce à l'agent commercial

Le droit positif refuse de reconnaître la possibilité pour un agent commercial de disposer d'un fonds de commerce (A). Néanmoins, un tel refus est justifié par la qualité de mandataire inhérente à l'agent commercial (B), une qualité qui est cependant parfois remise en cause. Toutefois, cette remise en question de la qualification de mandataire de l'agent commercial peut être contournée par le recours à une notion élargie du mandataire. En effet, en retenant une notion large du mandataire, l'agent commercial entre à coup sûr dans cette catégorie juridique. Cependant, cette notion large du mandataire a également pour effet de faire entrer le courtier dans la même catégorie juridique. Or le courtier peut, lui, disposer d'un fonds de commerce. Par conséquent, cette nouvelle définition du mandataire ne semble pas pouvoir justifier le refus de reconnaître un fonds de commerce à l'agent commercial (C).

A. Un rejet d'un fonds de commerce propre à l'agent commercial par le droit positif, fondé sur la notion de mandat

Pour perdre un fonds de commerce, il faut d'abord en disposer. Ainsi, pour pouvoir disposer d'un fonds de commerce à l'occasion de l'activité d'agence commerciale, il faut que cette activité soit de nature commerciale et que l'agent soit un commerçant. Néanmoins, l'examen de la nature de l'activité de l'agent commercial n'est pas aisé, car il n'existe pas de définition légale de l'acte de commerce : seule existe une énumération des différents actes de commerce par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce⁸⁵⁶, expliquée historiquement par le caractère dérogatoire et le caractère pragmatique du droit commercial⁸⁵⁷. Aujourd'hui, ces listes sont considérées

⁸⁵⁷ Dimitri Houtcieff, « Actes de commerce », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 4 : « Il reste que la démarche consistant à énumérer les actes de commerce plutôt qu'à en poser une définition générale n'est pas inopinée : il s'est agi d'éviter toute *clausula generalis* qui eût conduit à un débordement de la notion d'acte de commerce. En effet, l'acte de commerce débouchant sur l'application de règles dérogatoires, il a paru nécessaire d'en cantonner le champ, le droit commun demeurant celui de "l'acte civil" » ; 12 : « Cette conclusion décevante n'étonne finalement pas. La volonté des codificateurs n'a en effet pas été doctrinale : les actes de commerce sont seulement soustraits ponctuellement au droit commun pour des raisons pratiques

comme non exhaustives⁸⁵⁸. Ainsi, en cas de litige, la détermination de la commercialité dépend finalement de l'appréciation du juge⁸⁵⁹. Face aux « effets pervers »⁸⁶⁰ de cette absence de définition légale de l'acte de commerce, la doctrine a tenté de proposer un critère général de la commercialité. Par exemple, a été proposée la notion de « spéculation », qui a cependant été rapidement considérée comme trop large pour décrire la commercialité⁸⁶¹. La même critique a été formulée à l'encontre de la notion de

qu'il est vain de tenter d'embrasser par une définition générale (C. Lyon-Caen et L. Renault, *op. cit.*, n° 103) ».

⁸⁵⁸ D. Houtcieff, « Acte de commerce », Répertoire de droit commercial, *op. cit.*, 6 : « La recherche d'un critère général de la commercialité qui permettrait de dépasser l'énumération des articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de commerce pose une question préalable : celle de savoir si la liste des actes posée par le code est ou non limitative. La qualification d'acte de commerce étant une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation, celle-ci s'est rapidement prononcée sur la question. Originellement, la réponse n'a pas fait de doute. Puisqu'il s'agissait de soumettre les actes considérés à un régime dérogatoire, la liste ne pouvait que s'interpréter strictement [...] Cette position s'est aujourd'hui nettement assouplie. Force est d'abord d'admettre que, si tant est que les articles L. 110-1 et L. 110-2 énoncent des cas limitatifs, ces articles font aujourd'hui l'objet d'une interprétation parfois libérale » [nous soulignons] ; Armelle Gosselin-Gorant, « Commerçants », Jurisclasseur Commercial, Fasc. 42, 12 : « La doctrine a essayé de proposer des critères généraux telles l'entremise, la circulation, l'entreprise ou encore la spéculation pour définir l'activité commerciale. Ces critères ne sont pas retenus par la jurisprudence qui s'appuie sur la liste des actes de commerce de l'article L. 110-1 du Code de commerce en y ajoutant si nécessaire puisque les juges y ont vu une liste non exhaustive ».

⁸⁵⁹ Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial, op. cit.*, 89, p. 94 : « Il n'est d'ailleurs pas possible de s'adresser aux tribunaux pour faire juger à titre principal qu'une personne est commerçante ou ne l'est pas ; cette question ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'un litige dont la solution dépend de la qualité de commerçant (compétence, preuve, procédures collectives de redressement ou de liquidation judiciaires...). La notion de commerçant est une notion juridique soumise au contrôle de la Cour de cassation ».

⁸⁶⁰ D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 4 : « Cette méthode a cependant eu pour conséquence d'empêcher l'élaboration d'une "théorie générale" des actes de commerce, ce qui ne manque pas de poser certaines difficultés, considérant les conséquences de cette qualification » ; 5 : « ces dispositions ne permettent pas de saisir toutes les situations où la qualification d'acte de commerce serait utile. Aussi la doctrine a-t-elle tenté de dégager des critères permettant de qualifier, par les textes mais au-delà des textes, les actes de commerce » ; 12 : « Reste qu'il y a là le germe d'un contentieux inextinguible, un encouragement donné aux plaideurs de mauvaise foi à jouer des incertitudes notionnelles. La méthode de l'énumération risque par ailleurs de déboucher sur des conflits de lois, quand l'adoption d'un critère général – signe d'une législation moderne – eût facilité le règlement de pareilles situations ».

⁸⁶¹ Sur la notion de la spéculation, V. A.-D. Merville, *Les aspects juridiques de la spéculation en droit privé*, thèse, Paris I, 2001 ; sur les critiques sur ce critère, V. Stéphane Piedelièvre, *Droit commercial*, Dalloz, 10^e éd., 2015, 54, p. 53 : « Traditionnellement, on considère que la recherche d'un bénéfice est le critère classique de la commercialité. Il est vrai que les opérations désintéressées ne sont pas du domaine du droit commercial, ce qui est souvent le cas des actes passés par des associations. Mais cette recherche du profit anime également quelques professions civiles, comme l'agriculture et, sous des formes plus ou moins voilées, certaines professions libérales » [nous soulignons] ; Dominique Legeais, *Droit commercial et des affaires, op. cit.*, 57, p. 29 : « Celui qui exerce une activité commerciale cherche à faire des profits. C'est à partir de cette idée simple que la doctrine du XIX^e siècle a construit la théorie de la commercialité. Les opérations désintéressées n'ont pas leur place en droit commercial. Ce critère permet de justifier beaucoup

« circulation des biens », qui présente en plus un autre travers : elle ne permet pas d'inclure l'industrie dans la commercialité⁸⁶². Certains se sont tournés vers la notion d' « entreprise », mais elle a elle aussi fait l'objet de critiques : se présentant comme une

de solution (par exemple le caractère en principe civil des associations). Il n'est cependant pas totalement fiable. Des activités visant la recherche du profit ne sont pas commerciales. On peut citer la promotion immobilière. Aujourd'hui encore, les agriculteurs et ceux qui exercent une profession libérale ne font pas d'acte de commerce alors que pourtant ils recherchent le profit » [nous soulignons] ; A. Gosselin-Gorant, « Commerçants », *Jurisclasseur Commercial*, préc., 12 : « La doctrine a essayé de proposer des critères généraux telles l'entremise, la circulation, l'entreprise ou encore la spéculation pour définir l'activité commerciale. [...] Ceci étant, la spéculation apparaît parfois comme critère de qualification de la profession commerciale dans la jurisprudence. Elle est jugée comme une condition nécessaire pour caractériser une activité commerciale ou inversement, l'absence d'intention spéculative permet d'exclure du droit commercial les activités désintéressées. Ainsi est-ce le critère de la spéculation sur le travail d'autrui ou sur la valeur des marchandises qui permet de disqualifier un artisan en commerçant. [...] Ce n'est toutefois qu'un critère parmi d'autres car le critère de la spéculation est trop large pour caractériser à lui seul une profession commerciale. La recherche du profit se retrouve également dans de nombreuses activités civiles. La promotion immobilière en est un exemple symptomatique » [nous soulignons] ; D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 7 : « La spéculation, entendue comme la recherche d'un profit au risque d'essuyer des pertes, a été proposée en tant que critère fédérateur de la notion d'acte de commerce. L'activité du commerçant n'est-elle pas essentiellement mue par la recherche d'un profit ? Aussi a-t-il pu être jugé qu'un acte relevant de la liste des articles L. 110-1 et L. 110-2 n'était pas commercial en l'absence d'intention spéculative (CA Paris, 7 avr. 1887, DP 1888. 2. 119). Le critère de la spéculation se révèle cependant rapidement décevant dès l'instant qu'on tente de lui conférer un rôle fédérateur plutôt que soustracteur. La spéculation est en effet insuffisante à elle seule pour différencier l'activité commerciale d'une autre activité : d'autres professions ne sont pas insensibles au profit. Les agriculteurs et les personnes exerçant une profession libérale ne pratiquent pas leurs activités par intention libérale ; or, ils ne relèvent traditionnellement pas du droit commercial. Les articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de commerce ne font d'ailleurs point expressément allusion au critère de la spéculation. [...] Sur un plan pratique, du reste, elle présente cet inconvénient supplémentaire de reposer sur un critère psychologique, peu propice à assurer la sécurité nécessaire au droit commercial... Somme toute, la spéculation est donc moins un critère qu'une condition de l'acte de commerce : si aucun acte de commerce n'existe sans spéculation, la spéculation n'implique pas l'existence d'un acte de commerce » [nous soulignons].

⁸⁶² D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, 58, p. 29 : « Pour Thaller, qui est l'auteur de cette analyse, l'acte de commerce est un acte d'entremise dans la circulation des marchandises, depuis la production jusqu'à la consommation. Ainsi énoncé, ce critère est devenu inopérant. L'activité industrielle est plus une activité de transformation que de distribution. Est-il possible de renouveler le critère en considérant que sont commerçants tous ceux qui interviennent sur un marché ? Le critère devient alors trop large. Les activités agricoles, les activités de mutuelles seraient alors à tort englobées » ; S. Piedelièvre, *Droit commercial*, *op. cit.*, 54, p. 53 : « On a aussi avancé l'idée de circulation des richesses. L'acte de commerce se situerait entre la production et la consommation. Il permet d'inclure dans le domaine de la commercialité les différents actes se situant dans la chaîne allant de la production à la consommation. Mais plusieurs actes d'intermédiaire ont un caractère civil, comme les actes effectués par les agents commerciaux » ; D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 8 : « La circulation des biens a été érigée en critère de la commercialité par certains auteurs. Pour E. Thaller, les actes de commerce sont ceux qui ont pour but de faire circuler les biens mobiliers, d'en accélérer la circulation et de procurer du crédit à ceux qui font des actes. Le commerce résiderait "dans l'ensemble des actes qui, depuis son lieu d'origine, font avancer le produit jusqu'à ce qu'il soit arrivé au consommateur". Cette explication a aujourd'hui vieilli : elle ne permet pas d'expliquer les dispositions qui admettent la commercialité d'actes portant sur les immeubles. Plus encore, la thèse ne rend pas véritablement compte de l'englobement de l'industrie par le droit commercial » [nous soulignons].

notion au contenu variable selon les matières, de nombreux auteurs ont considéré qu'elle ne pouvait être retenue comme un critère de qualification de la commercialité⁸⁶³. Finalement, la doctrine constate souvent l'absence de critère général de la commercialité⁸⁶⁴, en déplorant parfois une « renonciation » de la part de la jurisprudence à rechercher un critère déterminant⁸⁶⁵.

⁸⁶³ S. Piedelièvre, *Droit commercial, op. cit.*, 54, p. 53 : « L'entreprise permettrait une organisation professionnelle des actes débouchant sur une répétition d'actes identiques vers une clientèle. L'acte est entrepris par une structure organisée. Mais la trop grande imprécision de cette notion, le fait qu'il existe des entreprises civiles, et l'existence d'actes de commerce à l'état isolé empêchent toute possibilité de généralisation » ; D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 11 : « Le critère de l'activité commerciale, entendue comme l'activité résultant de la passation habituelle d'actes de commerce par des commerçants, a lui aussi été suggéré. Si ce critère dépasse le clivage entre commerçants et actes de commerce, il présente l'inconvénient de lier indissociablement la passation d'actes de commerce à la qualité de commerçant. Or, il arrive qu'un acte de commerce soit passé isolément par un non-commerçant tout en demeurant dans le giron du droit commercial (M. de Juglart, *op. cit.*, par E. du Pontavice et J. Dupichot, n° 78-4 ; F. Dekeuwer-Défossez et É. Blary-Clément, *Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9^e éd., 2007, Montchrestien, n° 2) » ; D. Legeais, *Droit commercial et des affaires, op. cit.*, 59, p. 29 : « L'assimilation entre le droit commercial et le droit de l'entreprise n'est pas nouvelle, l'article L. 110-1 du Code de commerce lui-même visant les actes accomplis en entreprise. Cependant, en l'état de notre droit, le critère de l'entreprise demeure inadapté. Tout d'abord, l'entreprise n'est pas définie. Le terme est à la fois trop général ou trop restreint pour désigner l'ensemble des activités soumises à des règles spécifiques : le droit du travail est une branche du droit de l'entreprise. Inversement, il existe des entreprises ayant des activités purement civiles. Ensuite, l'entreprise désigne plus facilement une activité regroupant plusieurs personnes. Enfin, le terme d'entreprise peut difficilement désigner les professionnels, personnes physiques ou personnes morales, qui seuls ont la capacité de contracter » [nous soulignons] ; D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 9 : « La notion d'entreprise a paru, elle aussi, à même de fédérer les dispositions éparses des articles L. 110-1 et L. 110-2 du code de commerce, qui y font allusion à plusieurs reprises » ; 10 : « Ces deux conceptions présentent surtout l'inconvénient majeur de s'appuyer sur une notion introuvable : l'entreprise. Si la notion renvoie le plus souvent à l'exercice d'une activité économique, sa définition varie suivant les matières ou les branches du droit considérées. Elle diffère parfois au sein d'une même loi [...] Même dans son acception la plus courante, la notion d'entreprise déborde le cadre de la commercialité. À la vérité, ces constructions doctrinales sont d'autant plus artificielles qu'elles reposent sur une conception de l'entreprise fort éloignée de celle qu'ont consacrée les rédacteurs du code de commerce, qui renvoie davantage à l'idée d'une prestation accomplie à titre habituel par le commerçant, du moins dans le cadre d'un dessein plus vaste, plutôt qu'à son activité économique » [nous soulignons].

⁸⁶⁴ D. Houtcieff, « Acte de commerce », *op. cit.*, 12 : « Il faut s'y résoudre : aucun des critères généraux proposés n'est pleinement satisfaisant » ; Stéphane Piedelièvre, *Droit commercial, op. cit.*, 54, p. 53 : « Les actes de commerce par nature sont énumérés à l'article L. 110-1 du Code de commerce ; il n'existe pas véritablement de cohérence en ce domaine. Comme la liste donnée n'a pas un caractère limitatif, il faut se demander s'il existe un critère de l'acte de commerce par nature. Divers critères ont été proposés par la doctrine. Mais la jurisprudence a refusé de se laisser enfermer dans un système rigide. Elle préfère combiner les différents critères, ce qui apparaît comme la meilleure solution, car aucun d'entre eux n'est en soit déterminant ».

⁸⁶⁵ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires, op. cit.*, 56, p. 28-29 : « Il est essentiel de pouvoir déterminer précisément le domaine du droit commercial. Or les articles du Code de commerce n'y suffisent pas. Au cas par cas, la jurisprudence a donc dû énoncer des solutions. Il serait cependant souhaitable qu'un

Cependant, si un examen de l'activité de l'agent par rapport à un critère général de commercialité n'est pas aisé, la nature de cette activité a néanmoins été clairement identifiée par la jurisprudence : « l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas la qualité de commerçant »⁸⁶⁶. Autrement dit, en raison de sa qualité de mandataire, l'agent commercial ne peut exercer à ce titre une activité commerciale ni disposer d'une clientèle propre. Par conséquent, le défaut de cet élément lui empêche de devenir titulaire d'un fonds de commerce. Le refus de voir l'agent commercial bénéficier d'un fonds de commerce est donc fondé avant tout sur sa qualité de mandataire. En effet, malgré les controverses doctrinales⁸⁶⁷ sur la nature de l'activité de l'agent commercial, aggravées par le silence du statut, la jurisprudence l'a déjà qualifiée d'activité civile⁸⁶⁸ sous le régime

critère général de la commercialité soit retenu. Aucune des tentatives doctrinales menées n'est totalement convaincante et permet d'éclairer le droit positif. Les évolutions récentes du droit commercial ne peuvent faciliter la recherche. D'une part, il est de moins en moins important de déterminer quels sont les commerçants et les opérations purement commerciales. D'autre part, pour la mise en œuvre de beaucoup de règles, il est devenu essentiel de définir le professionnel ou l'entreprise. Les critères classiques de la commercialité ne pourront donc être utilisés que s'ils sont renouvelés ou enrichis ».

⁸⁶⁶ Cass. com., 26 février 2008, n° 06-20772, Société Chattawak c/ Société Chantal Pieri. Cependant, bien entendu, si l'agent revêt la forme d'une société commerciale, l'activité exercée par l'agent devient commerciale.

⁸⁶⁷ Les auteurs défendant la nature commerciale de l'activité de l'agent commercial : J. Hémar, « Les agents commerciaux », RTD com., 1959, p. 586, n° 20 ; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 146 ; M. Pédamon, H. Kenfack, *op. cit.*, n° 762, p. 726 ; Dans le même sens, Serge Méglin, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Litec, 2003, n° 43, p. 45 ; Christel Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ, 2000, n° 63, p. 59 – Les auteurs défendant la nature civile de l'activité de l'agent commercial : M. El Hage, « La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale », RTD com. 1994, p. 196 et spéc. p. 203 et 204, où l'auteur reprend les arguments de textes avancés par M. Leloup ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 921, p. 281 : « La question est controversée en doctrine. La jurisprudence affirme que l'agent commercial est un mandataire civil. Il n'a pas la qualité de commerçant dès lors qu'il est une personne physique, à la différence du courtier ou du distributeur intégré, même s'il peut exercer une activité commerciale à titre accessoire. Car l'agent n'effectue pas lui-même des actes de commerce. Il ne fait que représenter son mandant. Il importe peu que l'agent ait par ailleurs la qualité de commerçant, car les actes civils de représentation ne sont pas accessoires à une activité commerciale. La nature civile du contrat d'agent commercial se fonde sur le fait que l'agent n'est que le mandataire de son client. Il n'exerce donc pas d'activité commerciale ».

⁸⁶⁸ Cass. com., 29 octobre 1979, n° 78-14226, SA Law c/ Donat de X : « l'arrêt a relevé que si Donat de X [l'agent commercial] exerçait simultanément les activités de mandataire pour le compte de la société Law [le commettant] et de revendeur pour son propre compte des produits fabriqués par celle-ci, son mandat, totalement étranger à son activité commerciale, n'en était pas l'accessoire ; qu'en l'état de ces constatations, non contradictoires avec celle selon laquelle la société Law était le seul mandant de Donat de X et lui procurait tous ses revenus, la cour d'appel, qui déclare exactement que le mandat d'agent commercial a par lui-même un caractère civil pour le mandataire, celui-ci agissant au nom et pour le compte du mandant, a pu décider que la juridiction civile était compétente pour connaître de la demande fondée par Donat de X,

du décret de 1958. Cette question n'est pas anodine et avait suscité de vives discussions lors des débats parlementaires sur la loi du 25 juin 1991 transposant en droit français la directive européenne sur l'agence commerciale.

Dès la première lecture du projet de loi devant l'Assemblée nationale, Jean-Paul Charié avait évoqué cette problématique⁸⁶⁹ et avait même proposé un amendement au projet en ajoutant à l'article 1^{er} une phrase supplémentaire : « l'agent commercial est un commerçant »⁸⁷⁰. Il contestait alors la solution donnée par la Cour de cassation car « l'agence commerciale ne correspond plus guère aujourd'hui à la définition du mandat civil, dont les traits fondamentaux sont la représentation et la gratuité »⁸⁷¹, cela d'autant que « l'article 632 du Code du commerce⁸⁷² répute acte de commerce “toute entreprise d'agence” »⁸⁷³. De surcroît, reconnaître la commercialité de l'agence commerciale permettrait, toujours selon Charié, « d'harmoniser les situations des intermédiaires du commerce »⁸⁷⁴. Cependant, ces arguments n'ont pas convaincu le rapporteur du projet de

non sur ses rapports d'acheteur revendeur avec la société, mais exclusivement sur la résiliation de son mandat » [nous soulignons].

⁸⁶⁹ Assemblée Nationale, Séance du 23 mai 1991, JOAN, p. 2236 : « un troisième sujet [...] n'a encore été abordé ni au Sénat ni par vous à l'Assemblée : la commercialité de l'agent commercial, c'est-à-dire le point de savoir s'il a une nature civile ou commerciale. [...] S'agissant de la commercialité de l'agent commercial, il faudrait saisir l'opportunité de ce projet de loi pour le définir, d'autant que la directive ne se prononce pas sur le caractère civil ou commercial du contrat d'agence, laissant toute latitude aux États. La qualification civiliste que retient le droit français, fondée sur la nature civile du mandat, ne correspond plus guère aux traits fondamentaux de l'agent commercial. Reconnaître la commercialité de l'agent aboutirait à un système plus cohérent et plus équilibré. En effet, du point de vue juridique, la commercialité supprimerait la dualité de régime des agents et unifierait les règles de compétences juridictionnelles qui seraient soumises au droit commercial. Du point de vue économique, elle permettrait d'aligner le statut des agents sur celui des autres intermédiaires du commerce, c'est-à-dire de tous les commerçants ». Dans le même sens, M. Francis Geng avait repris les mêmes arguments (p. 2237), en ajoutant que « enfin, la commercialité leur permettrait de bénéficier de la procédure de redressement judiciaire et de l'arbitrage et d'être dotés du même statut que celui octroyé dans les autres pays de la Communauté, à l'exception de l'Italie ».

⁸⁷⁰ L'amendement n° 23, JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2239.

⁸⁷¹ JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240.

⁸⁷² Devenu l'article L. 110-1,6° du Code de commerce.

⁸⁷³ JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240 : « Ces arguments ont convaincu la majorité de la doctrine commercialiste de se prononcer en faveur du caractère commercial du contrat d'agence ».

⁸⁷⁴ JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240 : « J'ajoute que reconnaître la commercialité de l'agent mettrait fin à une dichotomie regrettable entre celui qui, établi à titre individuel ou en société civile, est régi par le droit civil et celui qui, exerçant sous forme de société commerciale, relève du droit commercial car cette dualité n'est pas sans entraîner certaines difficultés pour les entreprises mandantes dont les agents commerciaux sont susceptibles d'être soumis à des droits différents, étant précisé que chacun de ces agents peut, de surcroît, changer de statut au cours de sa vie professionnelle. Cette reconnaissance permettrait

loi ni le ministre délégué au Commerce et à l'Artisanat⁸⁷⁵, qui ont proposé le rejet de l'amendement : « l'agent commercial n'a pas, dans notre droit, la qualité de commerçant » et « se distingue en cela des courtiers et autres commissionnaires ». D'une part, « c'est un fait établi », car « la jurisprudence a [...] constamment consacré le caractère civil du mandat qui lie l'agent commercial à son mandant » ; d'autre part, « les agents commerciaux sont inscrits à un registre spécial, distinct du registre du commerce », ce qui constitue « une tradition juridique »⁸⁷⁶. En outre, il existe de nombreux agents commerciaux regroupés sous forme de sociétés civiles, pour lesquels un changement de forme serait délicat⁸⁷⁷. Finalement, l'amendement proposé n'a pas été adopté. Par conséquent, le silence sur la nature de l'activité de l'agent commercial est maintenu dans le statut, et la jurisprudence continue d'attribuer une nature civile à l'activité de l'agent commercial⁸⁷⁸.

B. L'ambiguïté du refus de reconnaître un fonds de commerce à l'agent commercial par rapport à la notion de mandat

La solution du droit positif se fonde principalement sur la qualité de mandataire de l'agent commercial⁸⁷⁹, qui lui empêche d'être un commerçant et de revendiquer une

également d'harmoniser la situation de l'agent commercial vis-à-vis des autres intermédiaires du commerce. En effet, tous, courtiers, commissionnaires, agents d'affaires sont commerçants. Or, comme eux, l'agent commercial exerce une activité d'intermédiaire pour le compte d'autrui à titre indépendant ».

⁸⁷⁵ JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240 : « Je fais miens les arguments qui viennent d'être développés par le rapporteur ».

⁸⁷⁶ M. Jean-Pierre Bouquet, JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240.

⁸⁷⁷ JOAN, Séance du 23 mai 1991, p. 2240, « J'y ajoute un argument qui n'a certainement pas échappé à la sagacité bien connue de M. Charié. De nombreuses agences sont constituées en sociétés civiles ; les obliger à un changement de forme me paraît difficilement concevable. Pour les raisons précédemment invoquées et pour cette raison supplémentaire, M. Charié comprendra que je sois défavorable à l'amendement qu'il propose ».

⁸⁷⁸ Cass. com., 24 octobre 1995, n° 93-21866, M^{me} X et M. Y c/ Société Thermalium : « qu'en statuant ainsi, alors que le contrat d'agent commercial est de nature civile et qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, la cour d'appel a violé [l'article 1341 du Code civil] » ; égal. Cass. com., 24 octobre 1995, n° 94-10661, Société cabinet Bedin c/ M^{me} X : « attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que l'action avait été introduite par le mandant contre le mandataire, agent commercial, qui n'avait pas la qualité de commerçant, c'est à bon droit que la cour d'appel a déduit de ces seules constatations que l'exception d'incompétence soulevée devait être accueillie » ; Cass. com., 26 février 2008, n° 06-20772, Société Chattawak c/ Société Chantal Pieri, préc.

⁸⁷⁹ Dans le même sens, Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, op. cit., 13.17, p. 48 : « C'est sa qualité de mandataire qui fait de l'agent commercial un

propriété commerciale à ce titre, car il n'exerce pas d'activité commerciale pour son propre compte. Cependant, l'agent commercial est-il un véritable mandataire ? Cette interrogation peut surprendre dans la mesure où le Code de commerce l'a qualifié expressément de « mandataire »⁸⁸⁰. À première vue, la réponse pourrait être négative si l'on se réfère à la notion de mandat telle qu'elle était appréhendée sous l'Ancien Régime : dans la mesure où le mandat est un contrat de bienfaisance, le contrat d'agence commerciale ne peut plus être qualifié de mandat car c'est un contrat à titre onéreux. Néanmoins, ainsi que cela a été examiné dans la partie précédente, la doctrine et la jurisprudence ont retenu un critère moderne pour le mandat, qui se substitue à la bienfaisance : il s'agit de la représentation juridique. La représentation juridique est caractérisée par la passation d'un *acte juridique* au nom et pour le compte du mandant. Autrement dit, il ne suffit pas d'accomplir des *actes matériels* pour le compte d'autrui pour obtenir la qualité de mandataire, car l'accomplissement de l'acte juridique reste un élément nécessaire⁸⁸¹. Cependant, la mission d'accomplir l'acte juridique au nom et pour le compte du mandant n'est pas forcément présente au sein du contrat d'agence commerciale⁸⁸² : « l'agent commercial est un mandataire qui [...] est chargé [...] de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de

professionnel civil. Cela n'est pas en contradiction avec l'article 110-1 du Code de commerce : ce sont bien des actes de commerce qui sont accomplis par l'agent commercial, mais il ne les fait pas pour son compte. Il les fait pour ses mandants. Les effets de ses actes se produisent non pas dans son patrimoine, mais dans le patrimoine de ses mandants. Cette analyse a recueilli l'assentiment de la jurisprudence ».

⁸⁸⁰ L'article 134-1 du Code de commerce : « L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ».

⁸⁸¹ Cass. com. 8 janv. 2002, n° 98-13142 : Bull. civ., 2002, IV, n° 1 p. 1 : « en retenant, par une appréciation souveraine des éléments de fait, que les clients n'ont manifesté leur volonté d'acquérir les objets qui leur ont été présentés que lors de leur passage aux caisses, l'arrêt, qui a ainsi fait ressortir que la rencontre des volontés entre les acheteurs et le vendeur ne s'est réalisée qu'à cet instant, a pu retenir que les préposés de M. X n'ont effectué que des actes matériels de présentation de produits à l'exclusion d'actes juridiques pour le compte de la société ».

⁸⁸² L'article L. 134-1 du Code de commerce : « l'agent commercial est un mandataire qui [...] est chargé [...] de négocier et éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ».

prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux »⁸⁸³.

Cette éventualité de la passation d'un acte juridique au nom et pour le compte du mandant n'est pas une nouveauté introduite par la loi de 1991⁸⁸⁴, mais un critère déjà présent dans de nombreux textes concernant le statut de l'agence commerciale : le projet de loi relatif aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants du 21 février 1957⁸⁸⁵ (abandonné), le décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux⁸⁸⁶, la directive européenne relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants du 18 décembre 1986⁸⁸⁷, la loi belge du 13 avril 1995⁸⁸⁸, etc. En conséquence, l'agence commerciale ne comporte pas forcément les critères essentiels du mandat : ni son critère ancien (la bienfaisance), ni son critère moderne (la représentation juridique)⁸⁸⁹. De surcroît, les régimes applicables à ces

⁸⁸³ L'article L. 134-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

⁸⁸⁴ Loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants.

⁸⁸⁵ Proposition de loi de M. Michelet et plusieurs de ses collègues tendant à l'établissement d'un statut des agents commerciaux, présentée au Conseil de la République le 21 février 1957, n° 422 (année 1956-1957), article 1^{er} : « Est réputée agent commercial toute personne qui, sans lien de subordination et en toute indépendance, fait profession de *négociier* habituellement des achats, des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte d'autres personnes avec lesquelles elle a conclu un contrat de mandat de caractère permanent. »

⁸⁸⁶ Décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux, article 1^{er} : « Est agent commercial le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante, sans être lié par un contrat de louages de services, *négocie* et, éventuellement, conclut des achats, des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels ou de commerçants ».

⁸⁸⁷ Directive européenne n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, article 1^{er}, al. 2 : « Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de *négocier* la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée « commettant », soit de *négocier* et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant ».

⁸⁸⁸ Loi belge du 13 avril 1995, article 1 : « Le contrat d'agence commerciale est le contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant, sans être soumis à l'autorité de ce dernier, de la *négociation* et éventuellement de la conclusion d'affaires au nom et pour le compte du commettant ».

⁸⁸⁹ Dans ce sens, Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 72, p. 63 : « L'article 1^{er} du décret de 1958 admet qu'il peut y avoir des contrats d'agence avec ou sans pouvoir de représentation. On peut donc affirmer que l'existence d'un mandat véritable n'est pas essentielle pour qu'il y ait contrat d'agence ». De surcroît, en pratique, il y a peu d'agents commerciaux qui disposent à la fois d'un pouvoir de *négocier* et d'un pouvoir de conclure des contrats au nom et pour le compte du commettant. V. Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 185, p. 85 : «

deux contrats diffèrent radicalement : à titre d'illustration, la cessation de l'agence commerciale non imputable à l'agent va lui donner droit à une indemnité de rupture, tandis que le mandat est librement révocable par le mandant ; par ailleurs, la résiliation de l'agence commerciale par le commettant nécessite le respect d'un préavis, ce qui n'est pas le cas pour le mandat. Face à ces différences indéniables tant au niveau de la notion qu'au niveau du régime, peut-on encore considérer que l'agence commerciale n'est qu'un type particulier de mandat ?

En vérité, la doctrine a pris conscience que l'agence commerciale dépassait la notion de représentation juridique⁸⁹⁰ : elle propose parfois une définition large du

En effet, peu de mandants prennent le risque, en permettant à l'agent de négocier librement (solution première), de se retrouver engagés envers les clients (solution seconde). La pratique contractuelle montre que soit l'agent ne négocie pas et le mandant se trouve lié (encore qu'il se réserve souvent la faculté d'agréer le cocontractant proposé), soit l'agent négocie mais le contrat n'est alors conclu qu'avec l'accord du mandant ».

⁸⁹⁰ L'intervention de M. Jean-Paul Charié lors de la première lecture de la Loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, compte-rendu des débats parlementaires, le 23 mai 1991 devant l'Assemblée Nationale : « Pourtant, l'agence commerciale ne correspond plus guère aujourd'hui à la définition du mandat civil, dont les traits fondamentaux sont la représentation et la gratuité ». « La représentation suppose, en effet, l'exercice par le mandataire d'actes juridiques pour le compte du représenté. Or, l'agent commercial est plus souvent amené, dans l'accomplissement de sa mission, à discuter les modalités des opérations qu'à conclure des actes juridiques qui sont directement accomplis par le mandant. D'ailleurs, le décret de 1958 définit l'agent comme celui qui « négocie, voire conclut des opérations pour le compte du commettant », plaçant ainsi la passation d'actes juridiques au second plan. La gratuité paraît quant à elle surannée en matière de contrat d'agence, l'agent commercial étant rémunéré par un système de commissions » ; dans le même sens, N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., 254, p. 114 : « Pour traditionnel qu'il soit, le recours à la qualification de mandat pour définir l'agent commercial a suscité des commentaires critiques. Comme le précise la définition légale, ce n'est en effet que de manière exceptionnelle que l'agent commercial est tenu de conclure un contrat, sa mission se cantonnant le plus souvent à la négociation des stipulations d'un contrat que son « mandant » conclura lui-même par la suite. Appréhendée à la lumière de l'approche classique opposant les actes juridiques aux actes matériels, la négociation relève pourtant davantage de cette dernière catégorie. La conclusion du raisonnement se déduit alors facilement : la simple négociation éloigne l'agence commerciale du contrat de mandat au sens classique du terme » ; De même, Jean Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, op. cit., 72, p. 63 : « Il existe une certaine contradiction dans le premier alinéa de l'article 1 du décret car si le mandat de conclure est effectivement un mandat, le mandat de négocier ne peut pas s'analyser en un mandat proprement dit car la négociation n'est pas un acte juridique. Elle reflète simplement les tractations commerciales nécessaires pour recueillir une commande, établir un devis, préparer un marché. Elle consiste donc en un certain nombre d'actes préparatoires qui devront être complétés par l'accord des parties pour devenir des actes juridiques (...) » ; Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., 185, p. 84 : « La qualification de mandat est discutée au profit de celle de contrat d'entreprise car dans le mandat (civil), le mandant donne au mandataire pouvoir de l'engager par la conclusion d'actes juridiques alors que dans l'agence commerciale le mandant demande à l'agent de prospecter c'est-à-dire de rechercher activement des clients, de négocier des ventes ou des prestations de services et « éventuellement » de l'engager. On a vu que dans la théorie contractuelle comme d'ailleurs dans la théorie du mandat d'intérêt

mandat⁸⁹¹. À cet égard, M. Dissaux⁸⁹² a bien insisté sur la nécessité de laisser de côté le critère « moderne » du mandat – la représentation juridique – qui a été construit historiquement sur « la notion d'intermédiaire »⁸⁹³, laquelle a ensuite été absorbée, notamment en raison de « l'attention portée à la représentation et, plus généralement, au rôle de la volonté dans la création des actes juridiques »⁸⁹⁴. À la place de la représentation juridique, cet auteur propose un nouveau critère – la « participation » – pour définir le mandat, qui serait selon lui un contrat « par lequel une personne, appelée mandant, donne le pouvoir à une autre, appelée mandataire, de participer à la procédure de conclusion d'un acte juridique en son nom et pour son compte »⁸⁹⁵. Cette notion de « participation » permet d'englober à la fois l'accomplissement de l'acte juridique et tout acte matériel préparatoire à celui-ci. Autrement dit, l'activité de l'agent commercial, qui consiste à négocier les affaires au nom et pour le compte du commettant, entrerait dans cette notion

commun, le mandat n'apparaissait que comme l'accessoire d'une autre convention concernant la recherche et la prospection de la clientèle » ; Frédéric Fournier, *L'agence commerciale. Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, Paris, Litec, coll. BDE, t. 37, 2^e éd., 2005, n° 197, p. 112.

⁸⁹¹ À titre d'illustration, D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 185, p. 85 : « L'absence de pouvoir de conclure des contrats ne devrait pas faire obstacle à la qualification dès lors que la notion de mandat est souvent entendue de manière large par la doctrine, la jurisprudence et le législateur lui-même » ; J. Catoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, *op. cit.*, 72, p. 63 : « Il faudrait donner du mandat commercial une définition qui serait plus large que celle du mandat civil et n'impliquerait pas nécessairement l'existence d'un pouvoir de représentation ».

⁸⁹² Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*.

⁸⁹³ *Ibid.*, 229, p. 100 : « En dernière analyse, toute la thèse de Valéry est donc fondée sur l'opposition entre la nature « ouverte » du mandat et la nature « fermée » du louage d'ouvrage. Le mandataire a ceci de spécifique par rapport au locataire d'ouvrage qu'il a vocation à créer un lien avec un tiers. Par où l'on rejoint le sens vulgaire du terme « intermédiaire ». Dans le même sens, d'autres études tendant à promouvoir le critère moderne suggèrent que la thèse de la nature essentiellement représentative du mandat n'a été que la formulation de cette idée d'un contrat à structure ouverte. La distinction présidant à la construction du critère moderne de la qualification de mandat est donc bien fondée sur la notion d'intermédiaire ».

⁸⁹⁴ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, 237, p. 103 : « Le critère moderne de la qualification de mandat doit en réalité être mis au rang des victoires du volontarisme juridique de la seconde moitié du XIX^e siècle » ; 238, p. 103 : « L'étude des soubassements idéologiques de la construction de la représentation conforte d'ailleurs clairement cette interprétation. Après avoir montré que ce n'est pas « dans la technique juridique ni dans l'utilité intrinsèque de la notion qu'il y a lieu de rechercher le fondement de la théorie de la représentation mais bien dans les valeurs auxquelles, plus profondément, la représentation a servi de support », M. Gaillard a établi que ce mécanisme avait d'abord servi l'idéologie individualiste du XIX^e : « tout entière construite sur le modèle du mandat et de la représentation volontaire, la représentation efface la volonté du représentant, conçu comme un simple exécutant, et magnifie la volonté, réelle ou supposée, du représenté, seul sujet de droits subjectifs et seul personnage conçu dans la permanence par le droit privé français classique » ».

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 133.

de mandat nouvellement définie, de même que l'activité du courtier⁸⁹⁶. Corrélativement, « agissant pour leur propre compte »⁸⁹⁷, le franchisé, le concessionnaire et le distributeur sélectif ne relèveraient pas du mandat.

Finalement, par le biais de ce critère élargi pour caractériser le mandat, l'agence commerciale entre bel et bien dans cette catégorie de contrat. Cependant, en retenant ce critère élargi, le courtier entre lui aussi dans la catégorie du mandat. Or bien qu'étant un mandataire, il peut disposer d'un fonds de commerce. Par analogie, il semble donc que la nouvelle définition du mandataire ne soit pas incompatible avec la qualité de titulaire d'un fonds de commerce. De sorte que ressurgit ici le caractère ambigu du refus de reconnaître la possibilité pour l'agent commercial de disposer d'un fonds de commerce.

C. L'ambiguïté du refus de reconnaître un fonds de commerce propre à l'agent commercial par rapport au courtier

En l'absence de définition légale, le courtier est défini par la doctrine comme un « intermédiaire qui effectue le courtage », c'est-à-dire l'opération par laquelle il « met en relations deux personnes en vue de la conclusion d'un contrat »⁸⁹⁸. Plus précisément, son rôle « consiste [...] à faire connaître à chaque partie les conditions de l'autre, à les conseiller et à tenter de concilier leurs intérêts divergents »⁸⁹⁹. Le courtier est qualifié de commerçant car l'opération de courtage constitue un acte de commerce par nature⁹⁰⁰, dont l'exercice à titre habituel et professionnel permet de conférer la qualité de commerçant

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 112 : « En revanche, la qualification de mandat sans représentation sied parfaitement au courtier. De ce fait, celui-ci négocie un acte juridique au nom de son client sans pouvoir le conclure. Cette présentation est certes peu orthodoxe. Dans la mesure où nous verrons qu'elle correspond à l'évolution actuelle de la qualification de mandat, elle n'est pourtant pas non plus hérétique » ; note en bas de page 1154, p. 317, « Pour le courtier qui, selon nous, n'est qu'une espèce de mandataire [...] ».

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 319.

⁸⁹⁸ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, 250 ; Guy Duranton, « Courtier », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 17.

⁸⁹⁹ Guy Duranton, « Courtier », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 17 ; dans le même sens, Philippe Delebecque, François Collart Dutilleul, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2015, 671, p. 588-589.

⁹⁰⁰ L'article L. 110-1, 7^o du Code de commerce.

à son auteur⁹⁰¹. Dans le même sens, malgré une absence de reconnaissance expresse de la part de la jurisprudence⁹⁰², la doctrine admet majoritairement que le courtier dispose d'un fonds de commerce⁹⁰³.

Traditionnellement, la doctrine distingue clairement le courtier de l'agent commercial en s'appuyant principalement sur deux éléments : la représentation juridique et le caractère permanent de la mission. Il s'agit de deux éléments qui se trouvent au sein de l'agence commerciale mais qui sont absents du courtage⁹⁰⁴. En ce qui concerne le caractère ponctuel de la mission du courtier, il est vrai qu'un courtier est « généralement

⁹⁰¹ L'article L. 121-1 du Code de commerce.

⁹⁰² À titre d'illustration : Cass. soc., 7 juin 1961 : la cour d'appel considère que le courtier « pratique une activité non seulement accessoire mais complémentaire de cette profession [la profession d'agent général de la compagnie La Paternelle] », par conséquent, « il ne saurait donc être considéré comme un commerçant exploitant un fonds et [...] le changement de destination des lieux n'est donc pas caractérisé ». Cependant, la Cour de cassation censure l'arrêt et refuse le bénéfice du régime de bail d'habitation au locataire courtier, car « la loi du 1^{er} septembre 1948 ne régit que les locations de locaux d'habitation ou à usage professionnel sans caractère commercial », et « l'utilisation à des fins commerciales de locaux loués suivant cette législation constitue un changement de la destination des lieux entraînant déchéance du droit au maintien du locataire » ; Cass. com., 11 octobre 1982, n° 80-14900 : le demandeur au pourvoi considère que la cession d'une agence matrimoniale ne peut constituer la cession d'un fonds de commerce, car l'activité de cette agence n'est pas commerciale. Cependant, la Cour de cassation a répondu que « l'agent ou courtier matrimonial, tirant habituellement profit de son entremise, exerce, aux termes de l'article 632 du Code de commerce, une profession commerciale » ; « c'est à bon droit que la cour d'appel [...] a retenu le caractère commercial de l'exploitation cédée ». Par conséquent, s'applique à la cession l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce (devenu aujourd'hui l'article L. 141-1 du Code de commerce) ; dans le même sens, Nicolas Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., 658-659, p. 303 : « Parce qu'il est commerçant, le courtier exploite donc un véritable fonds de commerce et bénéficie le cas échéant de la propriété commerciale. À notre connaissance, aucune décision de justice n'a directement consacré une telle solution. Cela étant, la Cour de cassation a déjà jugé à deux reprises que l'activité du courtier, commerciale par nature, pouvait s'avérer incompatible avec la destination des lieux loués en vertu d'un bail à usage d'habitation et professionnel, ce qui ne laisse d'autres possibilités de réglementation que celle prévue pour les baux commerciaux. De nombreux arrêts appliquent d'ailleurs au courtier les dispositions du décret du 30 septembre 1953 ».

⁹⁰³ Philippe Devésa, Sylvie Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier-Courtage- Régime général*, Fasc. 326, 17 : « De par sa qualité de commerçant, le courtier développe un fonds de commerce, indépendamment de la nature civile ou commerciale des opérations effectuées » ; Guy Duranton, *Répertoire de droit commercial*, « Courtier », Dalloz, 35 : « De nature commerciale, l'entreprise exploitée par un courtier recouvre un fonds de commerce. Le courant d'affaires généré par son activité professionnelle suffit à lui attacher une clientèle qui peut se révéler fidèle même si ses interventions se révèlent ponctuelles ».

⁹⁰⁴ À titre d'illustration : G. Duranton, *Répertoire de droit commercial*, « Courtier », Dalloz, 17 : « Contrairement à l'agent commercial qui représente de manière permanente une ou plusieurs personnes et fait à ce titre des actes juridiques au nom et pour le compte de ses mandants qui se trouvent ainsi engagés, le courtier se borne à mettre en rapport les parties, afin de faciliter leurs transactions, n'intervenant pas directement, lors de la conclusion stricto sensu du contrat ».

considéré comme un intermédiaire occasionnel »⁹⁰⁵, ce qui est en lien étroit avec son « origine historique »⁹⁰⁶. Cependant, rien n'empêche un courtier de travailler de manière permanente avec des donneurs d'ordre déterminés⁹⁰⁷. À ce propos, un auteur n'a pas hésité à affirmer que généraliser le caractère ponctuel « en tant que critère caractéristique du courtage serait [...] erroné »⁹⁰⁸. Par conséquent, il s'avère peu pertinent de distinguer le courtier de l'agent commercial à partir du critère de l'irrégularité. Une décision illustre très bien cette position en précisant la qualification légale de l'agent commercial : « la loi ne fait pas de la durée du mandat – limitée ou indéterminée ; avec ou sans préavis de cessation du contrat –, non plus que du mode de rémunération du mandataire – forfaitaire ou proportionnel –, le critère premier de la distinction entre le contrat d'agent commercial et des contrats voisins, notamment de commissionnaire ou de courtier ou de loueur ou prestataire de services ; que ces aspects de durée et de rémunération sont davantage des effets du statut d'agent que des éléments constitutifs dudit statut ; que c'est d'abord la nature des missions qui doit, selon l'article L. 134-1 du Code de commerce, emporter la

⁹⁰⁵ Ph. Devésa, S. Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier, -Courtage-Régime général*, Fasc. 326, 18 : « Le courtier est parfois un intermédiaire occasionnel, non pas qu'il exerce son activité à titre occasionnel, mais dans la mesure où le donneur d'ordres qui recourt à ses services le fait de manière occasionnelle, au coup par coup, ponctuellement dans le temps. On constate souvent, en effet, une absence de lien de durée dans la relation donneur d'ordres-intermédiaire dans le cadre d'une activité de courtage. Ainsi, un donneur d'ordres fera momentanément appel à un courtier pour éviter de recourir à un personnel permanent ayant pour mission la recherche d'une clientèle. On recourt donc dans de nombreux domaines d'activités aux services d'entremise d'un courtier occasionnellement, ponctuellement, pour une opération déterminée limitée dans le temps. Dans ce cadre d'intervention, le contrat de courtage n'est pas appelé à se stabiliser dans le temps et prend en principe fin avec l'opération sur laquelle il porte, le courtier n'en assurant pas le suivi ».

⁹⁰⁶ Ph. Devésa, S. Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier- Courtage-Régime général*, Fasc. 326, 19 : « Cet aspect ponctuel du courtage a selon toute logique une origine historique tenant à l'activité de courtage de marchandise : le courtier en marchandises était utilisé pour la conclusion d'une affaire isolée. La nature de l'activité de courtage allant vers une « démarchandisation », son champ d'application n'ayant pour limite que celle de l'imagination, cet aspect ne pouvait que s'effacer ».

⁹⁰⁷ Christel Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ, 2000, p. 1818 : « le critère pris du caractère occasionnel ou permanent respectivement de l'activité de courtage ou d'agence pour tenter de les distinguer, est en réalité sans grande portée pratique, car rien n'interdit à un donneur d'ordres de confier la réalisation successive de plusieurs affaires déterminées à un même courtier » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1077, p. 323 : « En pratique, on rencontre des courtiers qui exercent leur activité de façon permanente – ce qui n'empêche pas une libre révocabilité ».

⁹⁰⁸ Ph. Devésa, S. Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier, -ourtage-Régime général*, Fasc. 326, 19 : « Rien ne semble permettre d'exiger du courtage qu'il soit occasionnel ou ponctuel et celui-ci devrait pouvoir s'exercer de manière continue. Il en va ainsi par exemple du courtage-contrat de référencement ou de l'intermédiation en opération de banque ».

conviction »⁹⁰⁹. Ce raisonnement nous invite à examiner l'autre critère de distinction : la représentation juridique.

Concernant cet autre critère de distinction, en insistant sur le caractère matériel des actes accomplis par le courtier⁹¹⁰, les auteurs présentent souvent les agents commerciaux comme « des mandataires purs et simples »⁹¹¹. En effet, la plupart des décisions refusent la qualification d'agence commerciale au profit du contrat de courtage en raison de l'absence de pouvoir de conclure le contrat au nom et pour le compte du

⁹⁰⁹ CA Riom, 24 novembre 2004, n° 04/00804 TF, SARL Auvergne Limousin Export Alex c/ SA Vedreine. Après avoir rappelé que « la société Alex [l'intermédiaire] ne s'est pas présentée comme agent commercial mais comme consultant puis comme prestataire de services d'étude ; que ses missions ont nettement évolué, et ont été contractuellement affinées en fonction des besoins changeants de la société Vedreine et en fonction des contextes locaux qu'Alex devait affronter ; que les temps de mission ont d'ailleurs varié, allant de six mois à un an selon les cas ; que la rémunération a également été variable en son montant, selon d'identiques considérations », la cour d'appel a conclu qu'il résulte qu'Alex n'a ni véritablement négocié ni valablement conclu des contrats de fabrication et fournitures de biens ou de services qui auraient engagé Vedreine, et qu'Alex ne peut donc pas se prétendre agent commercial de Vedreine au sens de l'article L. 134-1 du Code de commerce ». Par conséquent, elle a refusé la demande de l'indemnité de rupture de la part de l'intermédiaire.

⁹¹⁰ Cela incite parfois les auteurs à affirmer une distinction peu facile entre le courtage et le contrat d'entreprise, tandis que d'autres qualifient même le courtage en contrat d'entreprise. V. Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 270, p. 116 : « La distinction est loin d'être évidente entre le contrat d'entreprise et le courtage, d'autant que dans les deux cas l'intervention porte sur l'accomplissement d'actes matériels et non d'actes juridiques » ; J. Huet et alii, « Les principaux contrats spéciaux », in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3^e édition, 2012, n° 31134 ; C. Grimaldi, « Mandat et courtage », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de N. Dissaux, Economica, 2011, n° 10, p. 83.

⁹¹¹ Michel Pédamon, Hugues Kenfack, *Droit commercial, op. cit.*, 742, p. 707 : « Les agents commerciaux sont des mandataires purs et simples, ils agissent au nom et pour le compte de leur mandant c'est-à-dire de l'entreprise qu'ils représentent, de sorte que les effets des contrats qu'ils concluent se produisent directement dans le patrimoine de cette entreprise. Les choses se passent comme si l'entreprise avait donné elle-même son consentement. C'est le mécanisme normal de la représentation ». « Quant aux courtiers, ils ne sont en rien mandataires. Ils ne passent pas d'actes juridiques au nom ou pour le compte d'autrui, ils se bornent à rapprocher des personnes, des entreprises qui veulent contracter entre elles » ; dans le même sens, D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 270 : « La distinction est tout aussi nette entre le mandat civil dont l'objet est la conclusion d'un contrat et le courtage dont l'objet est seulement de favoriser la conclusion du contrat projeté par le donneur d'ordre. Le courtier n'est donc pas assimilable à un mandataire d'intérêt commun ou à un agent commercial » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 1076, p. 323 : « Le courtier met en relations acheteur et vendeur. Il ne contracte pas pour le compte d'une personne, à la différence de l'agent commercial » ; Philippe Devésa, Sylvie Thomasset-Pierre, *Juriste Commercial, Courtier-Courtage-Régime général*, Fasc. 326, 8 : « Le courtier se distingue du mandataire. En effet, ce dernier agit au nom et pour le compte de son mandant, en effectuant des actes juridiques : il représente tant ses intérêts que sa personne et engage donc, par ses actes, son mandant. Le courtier, s'il agit dans l'intérêt de son donneur d'ordres, ne représente pas sa personne ; il ne saurait l'engager par ses actes. Il n'effectue pour son compte que des actes matériels ».

donneur d'ordre ⁹¹², et vice-versa ⁹¹³. Cependant, ainsi que cela a été rappelé précédemment, la représentation juridique n'est pas adaptée pour qualifier l'agent commercial. Bien au contraire, elle peut très bien être exclue de la mission de ce dernier, comme le rappelle sa définition légale. De surcroît, la représentation juridique n'est pas incompatible avec le courtage : un courtier peut tout à fait être investi d'un pouvoir

⁹¹² Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-12266, Société Elicis c/ M^{me} R., le deuxième moyen reproduit *in* JCP E, n° 46, 15 octobre 2001, p. 1818 : « Mais attendu que la cour d'appel, après avoir relevé que la société Elicis intervenait pour mettre les sociétés en contact avec des acheteurs potentiels, retient, par une décision motivée, que les factures, relevés de chiffre d'affaires, courriers et attestations versés aux débats sont de nature à établir non l'existence du mandat allégué, en l'absence notamment de production de toutes prises d'ordres ou de commandes ou de conclusion de contrats au nom et pour le compte des deux sociétés, mais celle d'opérations de courtage ; qu'ainsi, en l'état du litige qui lui était soumis, elle a légalement justifié sa décision d'écarter l'existence d'un contrat d'agence commerciale ou d'un mandat d'intérêt commun pour retenir l'existence d'un courtage (...) » ; Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15701, M. X c/ Société Immobilier commerce franchise : pour confirmer la décision de la cour d'appel refusant la qualité d'agent commercial, la Cour de cassation a répondu que « l'arrêt retient que si M. X [l'intermédiaire] avait fait signer des ordres d'insertion par les annonceurs au profit de la société, il ne justifiait pas que celle-ci le lui ait demandé, ni qu'il les aurait signés en son nom et qu'il n'engageait pas la société qui conservait la faculté de ne pas donner suite à la demande d'annonce ; qu'ayant ainsi fait ressortir que M. X n'avait pas pris les ordres d'insertion au nom et pour le compte de la société, la cour d'appel a fait l'exacte application du texte invoqué » ; CA Riom, 24 novembre 2004, n° 04/00804 TF, SARL Auvergne Limousin Export Alex c/ SA Vedreine ; Cass., 1^{er} civ., 19 février 2013, n° 11-23287, publié au Bulletin : « attendu d'une part, que par une interprétation souveraine des clauses du contrat, exclusive de dénaturation, que rendait nécessaire leur ambiguïté, la cour d'appel a retenu que la société Auto Contact Group était un intermédiaire qui mettait en relation vendeurs et acheteurs de véhicules d'occasion et définissait une procédure pour parvenir à la vente sans pour autant la conclure, et que son rôle restait celui d'un courtier ; que d'autre part, ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que si la vente était proposée au plus offrant, ce dernier devait, par la suite, procéder seul, sans l'intervention de la société Auto Contact Group, à une nouvelle manœuvre pour confirmer son accord, de sorte que le bien mis en vente n'était pas adjugé à l'issue des enchères et que le dernier enchérisseur restait libre de ne pas contracter, la cour d'appel en a exactement déduit que l'activité litigieuse n'était pas soumise à la réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques [qui est applicable uniquement aux ventes proposées par le mandataire du propriétaire] ».

⁹¹³ CA d'Orléans, n° 03-584, 22 janvier 2003, Société Evoc c/ Société CTP : Revue de jurisprudence de droit des affaires, 2004, n° 809 : « Que, cependant, en l'absence de tout contrat écrit entre les parties, les pièces versées aux débats, en particulier les multiples ordres de publicité annexés aux factures de commissions adressées à la société Evoc [le donneur d'ordre], suffisent à démontrer que l'intervention de la société Betanett [l'intermédiaire], mentionné sur certains ordres, sont les salariés, ne s'est pas bornée à un simple rapprochement de la société Evoc [le donneur d'ordre] avec les annonceurs démarchés, mais a consisté à prendre elle-même les commandes et ordres de publicité, sur un document à en-tête de la société Evoc [le donneur d'ordre], ce qui n'ôte en rien, bien au contraire, la qualité de mandataire à l'intermédiaire, dont il est ainsi établi qu'il concluait lui-même les contrats au nom et pour le compte de la société Evoc » ; Cass. com., 3 avril 2012, n° 11-13527, Société RFD c/ Société Boudier, Bulletin 2012, IV, n° 71 : « Mais attendu qu'ayant constaté que la société RFD avait conduit des réunions de négociation des prix avec des clients de la société Boudier et leur avait proposé à la vente des produits de cette société au nom et pour le compte de celle-ci, la cour d'appel a, de ces seuls motifs, exactement déduit que la société RFD avait la qualité d'agent commercial ; que le moyen non fondé en sa deuxième branche, ne peut être accueilli pour le surplus ».

représentatif de la part de son donneur d'ordre⁹¹⁴. Par conséquent, la distinction entre le courtier et l'agent commercial fondée sur la représentation juridique n'est pas non plus pertinente⁹¹⁵.

La difficulté à distinguer ces deux intermédiaires n'a pas échappé aux auteurs qui ne manquent pas de souligner la similitude entre leurs missions⁹¹⁶, et posent ensuite la question du bien-fondé de leur différence de traitement⁹¹⁷. Qualifié parfois de « porteur

⁹¹⁴ Les exemples de jurisprudences dans ce sens : CA Reims, 12 juin 1985, RTD com. 1986, p. 292, obs. B. Bouloc ; CA Aix 28 avril 1977, Bull. Aix, n° 186 ; Cass. com. 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 82 (courtier-mandataire, vin) – En ce qui concerne la doctrine, V. Philippe Delebecque, François Collart Dutilleul, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, note 4, p. 589 : « les parties peuvent toujours alourdir les obligations du courtier et en faire un mandataire » ; Philippe Guez, « Contrat de courtage », *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 850, 11 : « La jurisprudence admet depuis longtemps qu'aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que le courtier reçoive mandat de l'une des parties, voire des deux » ; Philippe Devésa, Sylvie Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier-Courtage-Régime général*, Fasc. 326, 4 : « le courtier peut, toutefois, être muni d'un mandat de conclure un acte juridique au nom et pour le compte de son donneur d'ordres moyennant un accord exprès. Afin de ne pas basculer, éventuellement, dans le domaine de l'agence commerciale, il semble souhaitable que le mandat ne soit pas donné dès l'origine et que les deux instrumentum contiennent une clause d'indépendance » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1077, p. 323, « Le courtier n'a pas un pouvoir de représentation, même si occasionnellement, il peut agir en qualité de mandataire ».

⁹¹⁵ Un auteur a déjà émis des doutes sur cette distinction : à titre d'illustration, Christel Diloy, « Distinction entre le contrat d'agence commerciale et le courtage », JCP E, n° 46, 15 octobre 2001, p. 1818 : « Or, on peut légitimement se demander si l'agent commercial est véritablement un mandataire. L'assimilation qui est faite du contrat d'agence au contrat de mandat est pour le moins discutable. Aux termes de [l'article L. 134-1 du Code de commerce], l'agent commercial est un intermédiaire investi d'une mission le plus souvent durable, le conduisant à négocier, et éventuellement à conclure des contrats au nom et pour le compte d'autrui. Il résulte de cette définition légale elle-même, que le mandat n'est que l'accessoire de l'activité principale et fondamentale de négociation dévolue à l'agent commercial. Il est en réalité malaisé d'établir une ligne de démarcation entre ces deux intermédiaires que sont le courtier et l'agent commercial ».

⁹¹⁶ C. Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, *op. cit.*, p. 1818 : « Il est en réalité malaisé d'établir une ligne de démarcation entre ces deux intermédiaires que sont le courtier et l'agent commercial. En effet, le rôle final du courtier n'est-il pas, comme celui de l'agent commercial, de mettre en présence deux contractants potentiels ? Tous deux s'assignent, en effet, pour objectif premier, de promouvoir les affaires de leur donneur d'ordres par la réalisation d'actes matériels. L'étendue de leurs missions dont le contenu n'a pas été spécifiquement élargi, est par conséquent similaire. [...] Courtier et agent commercial présentent donc de profondes similitudes dans la nature de leur activité ».

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 1818 : « Cette protection hors du commun de l'agent commercial peut prêter à discussion eu égard à la situation des courtiers et commissionnaires. Car nous l'avons démontré, au sein du contrat d'agence, le mandat n'est que l'accessoire de l'activité principale et fondamentale de négociation, de telle sorte que la qualification de mandataire nous apparaît "usurpée", et ne saurait donc légitimer le versement d'une indemnité compensatrice. Du reste, courtage, commission et agence commerciale présentent, à bien des égards, des similitudes frappantes. Comment expliquer alors, et par suite justifier, une telle différence de traitement entre ces intermédiaires, lors de la cessation du contrat à l'initiative du cocontractant ? » ; du même auteur, « L'opération de courtage : étendue des pouvoirs du courtier et incidences lors de l'extinction du contrat à l'initiative du donneur d'ordres » : *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 94 ; Philippe Devésa, Sylvie Thomasset-Pierre, *Jurisclasseur Commercial, Courtier-Courtage-Régime général*, Fasc. 326, 8 : « On peut

d'affaires »⁹¹⁸, le courtier se rapproche de l'agent commercial dont les « services fournis [...] ont pour objet une valeur commerciale : la relation de leurs mandants avec le marché »⁹¹⁹. Dans la mesure où l'opération de courtage constitue un acte de commerce par nature, il y a lieu de songer à attribuer la même qualification à l'activité de l'agent commercial, et d'envisager la possibilité de reconnaître à l'agent commercial une aptitude à la propriété commerciale, à l'instar du courtier. Il est dès lors difficile de comprendre pourquoi le droit positif réserve un traitement différent à ces deux intermédiaires.

enfin mentionner l'agent commercial qui, bien que qualifié de mandataire, se voit attribuer une mission de simple négociation relevant du courtage, et seulement éventuellement, la mission de conclure le contrat, relevant du mandat. Les juges participent parfois de cette confusion par l'emploi d'une terminologie imprécise. Ainsi la cour d'appel de Pau a-t-elle jugé que les demandeurs « sont liés à la SARL A en sa qualité d'intermédiaire en assurance, par un contrat de mandat, par lequel le courtier s'engage à rechercher pour le compte de ses mandataires, les produits financiers correspondant à leurs objectifs » (CA Pau, 9 avril 2013, n° 11/03849) » ; C. Grimaldi, « Mandat et courtage », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de N. Dissaux, préc., p. 87, n° 22.

⁹¹⁸ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, op. cit., 1075, p. 323.

⁹¹⁹ Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, op. cit., 21.15, p. 55.

Conclusion du Chapitre I

L'examen des règles d'évaluation de l'indemnité de rupture retenues par la jurisprudence a permis de dégager des indices concernant le droit patrimonial perdu par l'agent commercial, dont la compensation constitue l'objet de l'indemnité de rupture. Cette indemnité de rupture est souvent fixée à un montant équivalent à deux ans de rémunérations brutes perçues par l'agent pendant les dernières années du contrat, cela sans faire de distinction entre les rémunérations fixes et les commissions, ni entre la clientèle apportée et celle préexistante. Cependant, certains éléments peuvent être pris en compte pour fixer une indemnité ayant un montant différent : la durée de la relation contractuelle, l'existence ou non d'investissements particuliers de l'agent en vue du développement de la clientèle du commettant, l'importance du marché du commettant pour l'entreprise de l'agent, et les résultats de l'activité de l'agent.

Compte tenu des indices retenus, il convient de rejeter la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale comme objet de l'indemnité de rupture, et de proposer à sa place la perte d'un droit patrimonial sur un fonds de commerce. En effet, si le droit positif a refusé à l'agent commercial la possibilité de disposer d'un fonds de commerce, c'est en raison de sa qualité de mandataire. Le mandat se caractérise par la représentation juridique. Or, l'agent commercial n'a pas toujours pour mission une représentation juridique. Par conséquent, il ne remplit pas toujours un rôle de mandataire. Il est donc discutable de refuser de reconnaître un fonds de commerce propre à l'agent commercial en raison de sa qualité de mandataire. De surcroît, cette difficulté n'a pas pu être surmontée malgré la proposition par la doctrine d'un nouveau critère du mandataire se substituant à la représentation juridique : la participation du mandataire à l'accomplissement d'un acte juridique au nom et pour le compte du commettant. En effet, en incluant le courtier dans la notion de mandat, ce nouveau critère ne permet pas davantage de justifier le refus de reconnaître un fonds de commerce propre au mandataire. Par conséquent, la difficulté à justifier ce refus reste intacte. Il y a donc lieu d'envisager un droit de l'agent commercial portant sur un fonds de commerce dont la perte sera réparée par l'indemnité de rupture.

Chapitre II. Une indemnité réservée à l'agent commercial

L'indemnité de rupture a pour objet de compenser la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial sur un fonds de commerce. Cependant, cette information n'est pas suffisante pour justifier l'indemnité de rupture de l'agent commercial. En effet, afin de justifier cette indemnité, trois informations supplémentaires sont nécessaires : la nature de ce droit patrimonial, l'appartenance du fonds de commerce et l'origine du droit patrimonial de l'agent. Une fois que ces informations seront réunies, il sera possible d'affirmer une indépendance entre l'indemnité de rupture et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. En outre, une comparaison entre la situation de l'agent commercial et celle des autres distributeurs peut être sollicitée à titre complémentaire. Cette comparaison permettra de vérifier l'applicabilité de la justification de l'indemnité de rupture – indépendante au droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution – aux autres contrats de distribution.

Ainsi, sera d'abord identifié la justification de l'indemnité de rupture **(I)**, avant de vérifier son applicabilité aux autres contrats de distribution **(II)**.

Section I. La compensation de la perte du droit de l'agent sur le fonds de commerce du commettant

L'indemnité de rupture a pour objet de compenser la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial sur un fonds de commerce. Il convient dès lors d'examiner au préalable l'existence de ce fonds de commerce sur lequel porte le droit de l'agent. Néanmoins, un examen de l'appréciation par la jurisprudence de l'existence du fonds de commerce permet de faire apparaître le caractère artificiel de cette notion. En raison de ce caractère artificiel, l'appartenance du fonds de commerce devient délicate (§I). Cette même difficulté existe pour le fonds de commerce du commettant, mais se manifeste d'une façon particulière. En effet, en raison de sa mission particulière, l'agent commercial participe, par le biais de son industrie, à la constitution du fonds de commerce du commettant. En d'autres termes, l'agent devient propriétaire d'un élément constitutif dudit fonds. Ce droit de propriété sur un élément constitutif du fonds de commerce sera perdu par l'agent lors de la fin de la relation contractuelle. Ainsi, l'indemnité de rupture a pour objet de compenser la perte de ce droit patrimonial (§II).

§ I. La délicate attribution du fonds de commerce en raison de son caractère artificiel

Les notions de clientèle et de fonds de commerce présentent un certain caractère artificiel. En effet, ces deux notions traduisent une survaleur créée par l'exploitation d'un ensemble d'éléments par une ou plusieurs personnes (B). Ainsi, déterminer l'existence d'un fonds de commerce au profit d'une personne revient à lui attribuer cette survaleur. En raison de la difficulté d'attribution de cette survaleur, la détermination de l'existence du fonds de commerce devient une tâche délicate. Cela ressort clairement de l'incertitude de la jurisprudence lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence du fonds de commerce (A).

A. L'incertitude dans la détermination de l'existence du fonds de commerce

Il a été rappelé précédemment que la clientèle joue un rôle essentiel pour déterminer l'existence d'un fonds de commerce. Généralement, afin de déterminer la possession d'un fonds de commerce par une personne, la jurisprudence exige que cette dernière dispose d'une clientèle réelle et personnelle. Cependant, l'application de ces critères dégagés par la jurisprudence à cette clientèle varie en fonction de la situation, ce

qui rend « le critère de la clientèle [...] particulièrement difficile à manier »⁹²⁰. Par exemple, il n'est pas facile de saisir le caractère réel de la clientèle exigé par la jurisprudence, par opposition à une clientèle potentielle⁹²¹. En effet, il est déjà arrivé que des décisions admettent le caractère réel d'une clientèle avant l'ouverture du fonds de commerce au public, notamment dans des affaires opposant des compagnies pétrolières à leurs pompistes⁹²². En adoptant cette solution, le caractère réel de la clientèle devient une notion relative. Néanmoins, concernant la question du droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce, c'est l'appréciation du caractère personnel de la clientèle qui génère davantage de difficultés.

Les critères retenus par la jurisprudence pour apprécier le caractère personnel de la clientèle ne sont pas homogènes. Plus précisément, l'appréciation du caractère personnel de la clientèle renvoie à une question d'appartenance de la clientèle et du fonds de commerce. Par exemple, elle exige un caractère personnel de la clientèle notamment pour reconnaître l'existence d'un fonds de commerce exploité dans un ensemble commercial⁹²³. Parfois, l'appartenance du fonds est décidée en fonction des éléments du fonds jouant un rôle « déterminant ». Ainsi, dans les affaires concernant les compagnies pétrolières précédemment citées, la jurisprudence insiste sur l'importance de l'attachement de la clientèle à certains éléments mis à la disposition par la compagnie pétrolière pour démontrer l'appartenance de la clientèle à cette dernière, tels que la

⁹²⁰ Lise Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, op. cit., 496, p. 296.

⁹²¹ Cass. civ., 17 juin 1918, S. 1922, 1. 313 ; Cass. req., 20 janvier 1934, S. 1935, 1. 12 ; Cass. com., 13 mars 1962, Bull. civ. IV, n° 158 ; Cass., 3^e civ., 18 mai 1978, n° 76-13943, Bull. civ. III, n° 205 ; RTD com. 1978, p. 559, n° 5, obs. Derrupé.

⁹²² Cass. com., 27 février 1973, n° 71-10653, Bull. civ. IV, n^{os} 101 et 102 ; D. 1974, 283, note J. Derrupé ; JCP 1973, II, 17403, note A. S. ; Gaz. Pal. 1973, 2. 671, note Blancher : « en réalité la clientèle était indissociable des autres éléments du fonds, notamment de l'excellence des installations modernes mises à la disposition des exploitants et de la notoriété de la marque « TOTAL » et (...), lorsqu'il a été donné en location-gérance aux époux Y, le fonds de commerce existait déjà dans son universalité, y compris la clientèle, laquelle était non pas seulement potentielle ou en puissance, mais réelle et certaine ».

⁹²³ Cass. plén., 24 avril 1970, n° 68-10914 : « le public, qui était venu sur l'hippodrome et avait fréquenté les buffets-buvettes de B., s'était rendu avant tout sur les lieux pour assister aux courses de chevaux, qu'ainsi B. ne s'était pas constitué une clientèle personnelle distincte de celle de la société des courses, la cour d'appel a pu en déduire qu'il ne remplissait pas les conditions exigées par l'article 1^{er} du décret du 30 septembre 1953 », D. 1970, 381, RL ; JCP 1970, II, 16489, note B. Boccara ; Cass. civ., 24 février 1976, n° 74-13314, JCP 1976, II, 18427, note B. Boccara ; CA Paris, 19 mars 1923, D. P. 1923, 2, 61 ; CA Toulouse, 25 octobre 1948, Gaz. Pal. 1949, 1, 13.

notoriété de la marque. Par conséquent, les pompistes ne disposent pas de clientèle personnelle et ne peuvent pas prétendre être titulaires d'un fonds de commerce. Le même raisonnement a été adopté par la cour d'appel de Paris pour refuser de reconnaître un fonds de commerce propre au franchisé. En effet, elle refuse de reconnaître un fonds de commerce à un franchisé qui ne démontre pas l'existence d'une clientèle attirée par son activité personnelle ⁹²⁴ : « considérant que pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien, qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque ». Le composant déterminant pour la clientèle retenu par le juge, en l'occurrence la marque, est une propriété du franchiseur. Ainsi, le juge refuse de reconnaître l'existence d'une clientèle personnelle au franchisé, et il lui refuse de reconnaître un fonds de commerce.

Cependant, la même juridiction a modifié sa position quatre ans plus tard : « le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, le maintenir et le développer » ; « dans le cas d'une exploitation de fonds après signature d'un accord de franchise, il faut observer que la sanction d'une éventuelle perte de clientèle voire d'un insuccès total, frappe directement le franchisé au point le cas échéant de mettre en péril l'existence de son fonds » ; « dans ce cas de figure, le franchiseur n'est atteint que de manière différée, et de manière limitée dans le temps, s'il est avisé, dans le cas d'une franchise afférente à la commercialisation de produits finis, et, de manière plus atténuée encore, dans le cas d'une franchise portant sur des prestations de service, sauf quel que soit l'objet du contrat de franchise, dépôt du bilan du franchisé dont celui-ci est quand même la première victime » ; par conséquent, « il faut voir là la preuve que la clientèle attachée au fonds est celle de celui-ci, laquelle

⁹²⁴ CA Paris, chambre 16, section A, 6 février 1996, Sté Paris Sud Location c/ Agopyan, Numéro JurisData : 1996-020370, n° RG 94/17275.

est donc autonome par rapport à celle du franchiseur »⁹²⁵. Dans cette affaire, le juge a eu recours à un autre critère d'appréciation du caractère personnel de la clientèle : le support du risque d'exploitation du fonds. Selon ce critère d'appréciation, la clientèle appartient à la personne qui supporte le risque d'exploitation du fonds de commerce. Cette solution fut confirmée par la Cour de cassation en 2002. Toutefois, en maintenant un raisonnement favorable à l'existence d'une clientèle personnelle au franchisé, la Haute juridiction n'a pas retenu le même critère d'appréciation que la cour d'appel de Paris.

En effet, la Cour de cassation évoque en même temps les deux critères d'appréciation précités : « si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par *le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé*, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail » ; « cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, *il met en œuvre à ses risques et périls* », cela d'autant que « le franchiseur reconnaissait [aux franchisés] le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds »⁹²⁶. Ainsi, coexistent deux critères différents pour apprécier le caractère personnel de la clientèle : il est déterminé tantôt en fonction de l'appartenance des éléments déterminants du fonds, tantôt en fonction du support du risque d'exploitation. Ce faisant, cette dualité de critères rend la détermination du caractère personnel de la clientèle incertaine.

D'une part, les résultats peuvent être contradictoires en fonction du critère retenu pour apprécier le caractère personnel de la clientèle. D'autre part, en ce qui concerne la détermination des éléments « déterminants » d'un fonds de commerce, la jurisprudence n'est pas unanime : parfois elle retient les signes distinctifs comme éléments déterminants d'un fonds de commerce, parfois elle se contente des moyens mis

⁹²⁵ CA Paris, chambre 16 section A, 4 novembre 2000, n° 1998/26846, JurisData : 2000-126109 ; RTD com. 2001, p. 50, obs. J. Derrupé ; D. 2001, sommaire 301, obs. D. Ferrier.

⁹²⁶ Cass., 3^e civ., 27 mars 2002, n° 00-20732, Bulletin 2002, III, n° 77, p. 66.

en œuvre par le franchisé. De même, l'identification de la personne portant le risque d'exploitation n'est pas toujours aisée. En réalité, ces controverses sur la détermination de l'existence du fonds de commerce ne font que refléter les incertitudes qui pèsent sur les notions de clientèle et de fonds de commerce.

B. Le caractère artificiel des notions de clientèle et de fonds de commerce

Un auteur en particulier a posé expressément la question de la vraie nature de la clientèle : « La clientèle commerciale est-elle un élément du fonds de commerce ou n'est-elle que l'expression d'une potentialité qui confine à la quasi-certitude ou à l'anticipation raisonnée d'un chiffre d'affaires futur, un droit, c'est-à-dire ici l'expression immatérielle d'une survaleur attachée aux moyens de convaincre les clients de le rester, voire de l'être plus encore ? »⁹²⁷. D'autres dénoncent explicitement le caractère artificiel de la notion de clientèle : « Le terme de clientèle, utilisé pour construire le droit du fonds de commerce, n'est en réalité qu'une commodité de langage, dangereuse par certains côtés. Ce qu'on vise ici c'est une survaleur, une potentialité de contrats futurs (ou encore, si l'on veut, un espoir raisonnable de bénéfices à venir) dont la conclusion est rendue vraisemblable grâce à l'articulation de l'ensemble des autres éléments mis en place par le propriétaire du fonds »⁹²⁸. Ainsi, la clientèle est parfois présentée comme « un fait, une circonstance »⁹²⁹. Corrélativement, la définition du fonds de commerce, conçue autour de la notion de clientèle, « ne peut être que relative » : il « n'est pas une réalité, un bien dont le législateur serait obligé de reconnaître l'existence. C'est une *technique juridique* qui doit rendre applicables certaines solutions de droit favorables au bon fonctionnement économique des entreprises commerciales »⁹³⁰.

À travers ces critiques, l'on perçoit que la difficulté à appréhender les notions de fonds de commerce et de clientèle réside dans l'existence d'une survaleur. En effet, le fonds de commerce permet de prendre en compte l'existence d'une survaleur : il y a un

⁹²⁷ J. Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, 1044.

⁹²⁸ Arnaud Reygrobellet, Christophe Denizot, *Fonds de commerce*, *op. cit.*, 12.11, p. 60.

⁹²⁹ P. Collomb, « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.*, 1979, 3, p. 31, n° 30.

⁹³⁰ C. Atias, *Droit civil, Les biens*, Litec, 8^e édition, 2005, p. 370, n° 643.

intérêt à considérer les éléments du fonds de commerce comme un ensemble, car alors le fonds présente une valeur supérieure à celle qui résulterait d'une simple addition des valeurs individuelles de chaque élément. Cette survaleur est le résultat de l'exploitation du fonds, avec la contribution de l'ensemble de ses composantes. Quand l'ensemble des éléments sont la propriété d'une même personne, l'appartenance du fonds ne fait aucun doute : il appartient à cette personne là. Cependant, en pratique, il arrive fréquemment que ces éléments appartiennent à différentes personnes, d'où le conflit sur l'appartenance du fonds. Compte tenu de l'utilité de chaque élément, la solution la plus appropriée serait de partager la propriété du fonds entre ces différents propriétaires. Il est en effet discutable d'attribuer la propriété du fonds à l'un seulement des propriétaires : l'octroi de la propriété d'un fonds de commerce à une seule personne est fait au mépris du droit de propriété des autres.

Cependant, ainsi que cela a été démontré précédemment, la jurisprudence a retenu une attribution unitaire du fonds de commerce, en utilisant deux critères d'appréciation : l'appartenance des éléments « déterminants » du fonds de commerce et le support du risque d'exploitation. Cette attribution unitaire de la propriété du fonds de commerce est à l'origine des incertitudes pesant sur la détermination de l'existence et de l'appartenance du fonds de commerce. On retrouve cette difficulté à déterminer l'appartenance de la clientèle et du fonds de commerce au sein de l'agence commerciale, mais elle s'y manifeste d'une manière originale en raison de la particularité de la mission de l'agent commercial.

§ II. Un droit patrimonial généré par l'intégration de l'industrie de l'agent au fonds de commerce du commettant

Le droit positif refuse d'accorder à l'agent commercial la possibilité de disposer d'un fonds de commerce en raison de sa qualité de mandataire. Néanmoins, ainsi que cela a été développé précédemment, cet argument n'est pas convaincant, et ce quel que soit le critère retenu pour caractériser le mandataire. Toutefois, l'idée d'un fonds de commerce propre à l'agent commercial doit cependant être rejetée, mais pour une autre raison : l'indemnité de rupture n'a pas pour objet de réparer la perte d'un fonds de commerce par l'agent (A). En effet, l'agent commercial participe à la constitution du fonds de commerce

du commettant par l'apport de son industrie ; cependant, cette industrie ne figure pas parmi les composants de ce fonds (B). Par conséquent, lors de la fin de cette coopération, l'indemnité de rupture versée à l'agent commercial viendra compenser l'intégration de son industrie au fonds de commerce du commettant : l'agent sera de la sorte indemnisé pour la perte d'un droit de propriété sur un élément constitutif du fonds de commerce du commettant (C).

A. La dissonance d'un fonds de commerce propre à l'agent commercial par rapport à l'indemnité de rupture

Lorsque le droit patrimonial perdu par l'agent commercial est un droit de propriété sur un fonds de commerce, lui est en même temps reconnue l'existence d'une clientèle réelle et personnelle. En conséquence, lors de la fin de la relation contractuelle d'agence commerciale, l'agent perdra à la fois sa clientèle et son fonds de commerce. Cette perte justifiera l'octroi de l'indemnité de rupture qui viendra la compenser. Corrélativement, si l'agent commercial continue à fréquenter la même clientèle après la fin de la relation contractuelle, l'indemnité de rupture n'aura plus lieu d'être puisque la clientèle et le fonds seront conservés par l'agent commercial en dépit de la rupture contractuelle. À partir du moment où l'agent continue à travailler sur le même marché, à exercer la même activité en fréquentant la même clientèle, son fonds de commerce doit être considéré comme sauvegardé. Dans ce sens, il n'y aura plus de perte de clientèle, ni de perte de fonds de commerce suite à la fin de la relation contractuelle. Tel est le cas si l'agent commercial conclut un nouveau contrat avec le concurrent de son ancien commettant sur le marché. Ainsi, afin de vérifier la pertinence de l'hypothèse du droit de propriété sur un fonds de commerce en tant que droit patrimonial perdu par l'agent, il convient d'examiner le sort de l'indemnité de rupture en cas de poursuite de l'activité de l'agent commercial dans le même secteur postérieurement à la fin de la relation contractuelle avec son ancien commettant.

La jurisprudence tient une position très claire à ce sujet : l'activité de l'agent commercial postérieurement à la fin de la relation contractuelle n'a pas d'influence sur l'octroi de l'indemnité et son évaluation. À titre d'illustration, lors d'une décision rendue

en 2004⁹³¹, la cour d'appel de Paris a rappelé que « l'exercice par l'agent commercial de mandats similaires susceptibles de lui procurer des ressources de substitution est sans incidence sur l'évaluation de l'indemnité de cessation de contrat ». D'ailleurs, un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2009⁹³² a censuré une cour d'appel pour avoir implicitement adopté un raisonnement inverse. En l'espèce, la cour d'appel de Bordeaux⁹³³ avait considéré que « la rupture de la relation contractuelle entraîne pour le négociateur la disparition de cette image et de ses conséquences pécuniaires », ainsi, « la somme qui lui est allouée tend à compenser cette perte résultant du temps nécessaire pour retrouver un travail, temps qui peut être insuffisant, et du temps lui aussi nécessaire pour, après avoir retrouvé un travail, créer une nouvelle "clientèle" ». Suivre ce raisonnement pourrait amener à considérer que si l'agent commercial reste sur le même secteur en travaillant pour un concurrent du commettant, il n'aura pas besoin de créer une nouvelle « clientèle » et donc de bénéficier de l'indemnité de rupture. Cette décision a été désapprouvée par la Cour de cassation⁹³⁴.

De même, l'existence d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle est sans incidence sur l'admission de l'indemnité de rupture. L'indemnité reste due, peu importe l'existence ou non d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. De surcroît, cette clause n'a pas non plus d'incidence sur l'évaluation de l'indemnité de rupture : elle est évaluée de la même manière. Ainsi, l'existence de cette clause à la charge de l'agent commercial ne donne pas lieu à une contrepartie financière supplémentaire

⁹³¹ CA Paris, 11 février 2004, n° 2001/14955 ; Didier Ferrier, *Concurrence-Distribution*, panorama 2004, D. 2005, 148 : « En effet, l'indemnité s'apprécie non par rapport au passé, c'est-à-dire en fonction de la clientèle apportée ou développée par l'agent (à la différence du régime applicable au VRP) ou par rapport au futur, c'est-à-dire en considération de l'activité ultérieure réellement développée par l'agent (par exemple : hypothèse de l'agent qui continuerait la même activité pour un autre mandant) ou par le mandant (par exemple : hypothèse du mandant qui abandonnerait la commercialisation des produits objet de la diffusion), mais par rapport à un conditionnel, c'est-à-dire en fonction de la perte des revenus qu'aurait retirés l'agent de son activité si elle s'était normalement poursuivie ».

⁹³² Cass. com., 10 février 2009, n° 07-21058.

⁹³³ CA Bordeaux, 2^e chambre, 17 septembre 2007, *Société Cabinet Bedin c/ M. Olivier X*, préc. : suite à une rupture du contrat d'agence commerciale, la réclamation de l'indemnité contractuelle de rupture de la part de l'agent a été refusée par la société. L'agent a demandé le paiement de l'indemnité devant la justice, ce à quoi le Tribunal de commerce de Bordeaux a fait droit.

⁹³⁴ « L'indemnité de rupture du contrat d'agence commerciale est destinée à compenser le préjudice subi par l'agent du fait de la cessation de son mandat ».

à son profit⁹³⁵. Face à une demande de contrepartie financière supplémentaire en raison d'une telle clause de non-concurrence, la Cour de cassation a rappelé l'objectif de l'indemnité de rupture⁹³⁶, estimant que la cour d'appel avait « exactement » déterminé le montant de l'indemnité de rupture, en se référant « aux seules rémunérations perçues par [l'agent commercial] avant la rupture des relations contractuelles ». Cette position correspond également à celle préconisée dans le rapport de la Commission des Communautés européennes sur l'application de l'article 17 de la directive de 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants⁹³⁷ : « L'indemnité représente la partie du marché considérée comme perdue pour l'agent et cette perte est chiffrée au moment où elle intervient. Les circonstances ultérieures, telles que la cessation d'activité du commettant, la possibilité que l'agent continue de travailler avec les mêmes clients ou l'évolution du marché, ne sont pas prises en considération ».

Par conséquent, la solution retenue par la jurisprudence est contraire à celle déduite de la notion de perte d'un fonds de commerce par l'agent commercial. Ainsi peut-on en conclure que l'indemnité de rupture n'a pas pour objet la réparation d'une « perte » d'un fonds de commerce propre à l'agent en cas de fin de la relation contractuelle. Le même raisonnement peut être appliqué à la suggestion d'une perte d'un fonds civil propre

⁹³⁵ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10883, Société Ulterri c/ Société Oxbow : devant la Cour, après avoir rappelé l'objectif de l'indemnité de rupture – « la réparation intégrale du préjudice résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle jusqu'à l'issue de la relation contractuelle et post-contractuelle » –, l'agent commercial affirme que « la stipulation d'une clause de non-concurrence d'un an interdit à l'agent commercial toute activité et le prive des revenus correspondants » et doit être prise en compte dans l'évaluation de l'indemnité de rupture. Les termes employés sont malheureux car ils semblent suggérer que l'indemnité de rupture a pour objectif de réparer d'un côté la perte des revenus pendant l'exécution du contrat et de l'autre la perte des revenus post-contractuelle. D'abord, les revenus tirés de l'exploitation de la clientèle ne peuvent constituer une « perte » dans la mesure où ils ont été acquis par l'agent. Ensuite, le terme de « perte pour l'avenir » est contradictoire avec une perte quelconque des revenus pendant l'exécution du contrat. Cependant, malgré une formulation très maladroite, l'idée invoquée est claire : il s'agit d'ajouter au calcul classique de l'indemnité de rupture une « perte » des revenus de l'agent commercial en raison de l'interdiction post-contractuelle de toute activité concurrentielle.

⁹³⁶ « Mais attendu que l'indemnité de cessation de contrat ayant pour objet la réparation du préjudice qui résulte pour l'agent commercial de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune ».

⁹³⁷ Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, présenté par la Commission des Communautés européennes le 23 juillet 1996 (COM (96) 364 final), p. 7.

à l'agent commercial comme objet de l'indemnité de rupture : l'existence d'un fonds, peu importe sa nature civile ou commerciale, suppose toujours l'existence d'une clientèle. La reconnaissance d'une clientèle propre de l'agent commercial va à l'encontre de l'octroi de l'indemnité de rupture dans l'hypothèse où l'agent continue son activité sur le même marché après la fin de la relation contractuelle. Ainsi, l'indemnité de rupture n'a pas pour objet la réparation d'une « perte » d'un fonds civil à l'agent.

De surcroît, le rejet de l'idée d'un fonds propre à l'agent commercial est cohérent au regard de la notion de clientèle. En effet, il a été rappelé précédemment que la clientèle, entendue dans un sens objectif, désigne « l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel ». Par conséquent, la clientèle entretenue par l'agent commercial dans le cadre de son activité ne peut être considérée comme la sienne, dans la mesure où elle ne procure pas de relations d'affaires entre le public et l'agent. Cette clientèle correspond à l'ensemble des relations d'affaires entre le public et le commettant, et elle ne peut procurer de profit à l'agent qu'à travers les commissions versées à ce dernier par le commettant. Ainsi, il est difficile de la considérer comme une clientèle de l'agent commercial. Il convient d'écarter l'hypothèse de la perte d'un fonds propre à l'agent comme objet de l'indemnité de rupture. En définitive, seul un droit de l'agent portant sur le fonds du commettant est envisageable : il n'existe pas un fonds propre à l'agent, mais seulement un droit portant sur le fonds d'autrui. La particularité de la mission de l'agent commercial permet de mieux comprendre la nature de ce droit patrimonial.

B. La particularité de la mission de l'agent commercial : une industrie exclue des éléments du fonds de commerce du commettant

La définition légale de l'agent commercial prévoit que ce dernier est « chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats »⁹³⁸ au nom et pour le compte du commettant. En effet, les agents commerciaux ont pour mission de développer, d'entretenir, voire de créer la clientèle de leurs commettants : cette mission est souvent présentée par la doctrine comme l'intérêt commun aux deux parties

⁹³⁸ L'article L. 134-1 du Code de commerce.

contractuelles⁹³⁹. Toujours en raison du lien étroit entre la clientèle du commettant et son fonds, l'on peut affirmer que la mission de l'agent commercial consiste à développer, entretenir, voire créer le fonds de commerce du commettant. Concrètement, les agents commerciaux sont « des prestataires de services qui apportent à leurs mandants une compétence commerciale et créent à leur profit une valeur immatérielle [qui] repose sur la connaissance du produit, de son marché et des acteurs de ce marché »⁹⁴⁰; « le savoir-faire psychologique, appuyé sur la somme d'expériences qui vient d'être évoquée, est la force première de l'agent commercial pour obtenir le consentement des clients sur les offres de ses mandants »⁹⁴¹. Il s'agit d'une activité avant tout intellectuelle ;

⁹³⁹ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 485, p. 380 : « L'accroissement de la clientèle est le but commun des deux partenaires au contrat d'agence » ; 486, p. 381 : « Il accomplit un ensemble de tâches qui, selon les obligations contractuelles, la nature des produits, le type de clientèle, peut comprendre la négociation des affaires, leur animation, leur exécution et l'information de ses co-contractants ; parfois, même, il assumera toute la politique commerciale du mandant » ; Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 882, p. 271 : « L'agent commercial démarché la clientèle et contribue ainsi à l'augmentation du chiffre d'affaires de son mandant. Le contrat d'agence est l'archétype du mandat d'intérêt commun, comme l'affirment le décret du 23 décembre 1958 et la directive du 26 décembre 1986 du 25 juin 1991. Chaque partie a intérêt à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle » ; Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, 185, p. 84 : « [...] dans l'agence commerciale le mandant demande à l'agent de prospecter c'est-à-dire de rechercher activement des clients, de négocier des ventes ou des prestations de services et "éventuellement" de l'engager » ; Pour une description plus précise de la mission de l'agent commercial, V. Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles, op. cit.*, 21.15, p. 55 : « Les services fournis par les agents commerciaux ont pour objet une valeur commerciale : la relation de leurs mandants avec le marché. Dans cette valeur, l'analyse distingue trois éléments. Le premier est celui des tâches incombant à l'agent. Tâches variables comme on vient de l'évoquer. Le contrat d'agence doit naturellement les préciser. Elles s'ordonnent vers un but : le chiffre d'affaires du mandant, que la commande soit remise à l'agent, transmise directement par le client au mandant, ou encore comprise dans le champ d'un référencement dont il faut cependant à tout instant optimiser les effets dans le linéaire. Le second élément est la finalité qui inspire toutes les missions de l'agent commercial : assurer une relation de qualité entre la firme et la part de marché déléguée à l'agent. C'est le but de l'ambassade qui lui est confiée. C'est un savoir-faire commercial permettant de traiter avec des acheteurs potentiels, savoir-faire entretenu avec continuité dans le cas d'agences menées par la même famille au long des années, c'est une connaissance du marché que s'empresse d'acheter celui qui veut prendre pied sur ce marché : on observe que la commercialisation à l'étranger commence toujours par le canal d'un agent capable de faire bénéficier la firme exportatrice de sa familiarité avec des circuits qu'elle ignore. L'entretien de cette relation avec la clientèle est une œuvre constante. Cette finalité de son action fait de l'agent commercial un créateur, selon l'expression d'Andrée Brunet⁹³⁹. Cette valeur trouve enfin son expression comptable dans les affaires réalisées dont le montant est l'assiette de la rémunération de l'agent commercial. C'est l'aboutissement, pour la firme et son agent, de la relation de confiance instaurée avec la clientèle ».

⁹⁴⁰ Jean-Marie Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles, op. cit.*, 21.12, p. 54.

⁹⁴¹ *Ibid.*

l'investissement de l'agent commercial pour promouvoir la clientèle du commettant constitue le contenu de sa mission tout au long de la durée contractuelle.

Ce travail de l'agent commercial – que l'on qualifie aussi d'« industrie » – contribue, avec tous les éléments mis à sa disposition par le commettant, à la création, au développement et au maintien du fonds de commerce de ce dernier pendant la durée contractuelle. Compte tenu de l'utilité indéniable de cette industrie à l'égard du fonds du commettant, il semble logique de considérer qu'elle constitue un des éléments composant ce fonds. Cependant, l'industrie ne figure pas parmi les éléments du fonds de commerce reconnus par le droit positif car elle ne constitue pas un bien. Ce décalage entre l'importance économique de l'industrie de l'agent commercial au fonds de commerce du commettant et son ignorance d'un point de vue juridique permet d'expliquer la difficile compréhension de l'indemnité de rupture par le droit. En reconnaissant la valeur économique de l'industrie de l'agent, et en la considérant comme un élément du fonds du commettant, on trouve enfin une explication à l'indemnité de rupture.

C. L'indemnité de rupture : une compensation à l'intégration de l'industrie de l'agent au fonds de commerce du commettant

Par essence, l'industrie de l'agent commercial lui appartient. Considérée comme une chose, l'industrie fournie par l'agent pendant la durée contractuelle constitue ainsi un bien meuble incorporel lui appartenant mais qu'il a décidé de mettre au service du commettant tout au long du contrat. Pendant la durée contractuelle, le fonds du commettant sera composé par ce bien meuble incorporel de l'agent, et d'autres éléments appartenant au commettant. Autrement dit, la fusion entre ces différents éléments au sein d'une universalité de fait est maintenue pendant toute la durée contractuelle, ce qui correspond à une forme de copropriété particulière. En effet, lorsque la copropriété prend la forme d'une indivision ou d'un démembrement de propriété, c'est le droit de propriété qui est divisé entre les titulaires, mais chaque titulaire dispose d'un droit portant sur l'ensemble du bien. Cependant, lorsque l'universalité de fait est composée d'éléments appartenant à deux personnes différentes, la copropriété est formée par la réunion de deux propriétés pleines : la propriété de l'agent, qui porte sur son industrie, et la propriété du commettant, qui porte sur les autres éléments. Par conséquent, le droit de l'agent

commercial est différent tant au niveau de la valeur qu'au niveau de la nature du droit du commettant sur son fonds de commerce.

Néanmoins, les fruits produits par cette universalité de fait seront partagés entre les deux propriétaires, proportionnellement à l'importance de chaque propriété au sein du fonds. Ce mécanisme de répartition est transposable au fonds de commerce du commettant pendant la durée contractuelle : le fruit du fonds de commerce, à savoir le chiffre d'affaires, est partagé de fait entre le commettant et l'agent commercial. Plus précisément, le commettant reçoit le chiffre d'affaires dont il déduit les commissions qu'il verse à l'agent commercial. Ainsi, l'importance de l'industrie de l'agent commercial en tant qu'élément du fonds du commettant se manifeste à travers le pourcentage de ses rémunérations sur le chiffre d'affaires.

Lors de la fin de la relation contractuelle, l'agent commercial perd le droit de percevoir des commissions ; ainsi, la propriété commune cesse d'exister. Cependant, les commissions perçues par l'agent tout au long de sa coopération avec le commettant permettent seulement de payer le fruit produit par son industrie ; la valeur de son industrie en tant qu'élément du fonds de commerce n'a pas reçu de compensation. Cette industrie fournie tout au long de la durée contractuelle ne peut plus être récupérée par l'agent commercial : elle a été incorporée au fonds de commerce du commettant. Finalement, la fin de cette situation de copropriété s'apparente à une accession mobilière⁹⁴² : après que les biens mobiliers appartenant aux différents propriétaires ont fusionné dans un ensemble, l'octroi de la propriété de cet ensemble à l'un des propriétaires suppose que ce dernier rembourse la valeur des propriétés des autres.

Outre cette justification tirée du droit des biens, un auteur, suivi par d'autres, a fait appel à la théorie de l'enrichissement sans cause pour justifier l'indemnité de rupture⁹⁴³. Plus précisément, selon lui, l'indemnisation « participe au rétablissement

⁹⁴² L'article 565-577 du Code civil.

⁹⁴³ Thierry Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1008 : « L'indemnité due aux VRP et aux agents commerciaux en cas de rupture rétribue la valeur de la clientèle qu'ils ont apportée ou développée au bénéfice du donneur d'ordres, lequel est seul en situation de capitaliser à son profit cette augmentation de facteur attractif. Cette logique est celle de l'enrichissement sans cause » ; adoptant une position similaire, un auteur retient l'équité comme fondement de l'indemnité, justifiée par une situation injuste créée par la

partiel du déséquilibre patrimonial résultant de ce que le distributeur, parce qu'il assure la commercialisation des produits et des services d'un tiers, œuvre à l'entretien ou au développement de la clientèle de ce dernier sans recevoir la juste rétribution de l'accroissement de la richesse ainsi procuré à autrui »⁹⁴⁴. Néanmoins, ayant conscience du rejet par le droit positif de la théorie de l'enrichissement sans cause comme fondement de l'indemnité de fin de contrat en faveur du distributeur⁹⁴⁵, cet auteur a proposé d'ôter ou tout du moins d'atténuer la condition de défaut de cause pour appliquer cette théorie : « le cantonnement systématique de l'action d'enrichissement à l'absence de cause comporte une part d'arbitraire. Il est dû au souci historique qu'a eu la jurisprudence d'endiguer le torrent qu'elle avait déclenché en reconnaissant le principe qui interdit de s'enrichir au détriment d'autrui. Dans la thèse d'Aubry et Rau, qui avait inspiré ce principe, ce n'est pas tant l'absence de cause que l'absence de cause légitime qui fondait l'action »⁹⁴⁶. Toutefois, l'idée défendue par l'enrichissement sans cause est la même que celle de l'accession mobilière évoquée ci-dessus : la cause de l'indemnité de rupture se trouve dans l'intégration de l'industrie de l'agent commercial au fonds de commerce du commettant.

En raison de cette intégration de l'industrie de l'agent commercial au fonds de commerce du commettant, ce dernier sera redevable envers le premier d'une indemnité. Ainsi que cela a été démontré précédemment, la valeur de l'industrie de l'agent sera évaluée à un certain pourcentage de la valeur du fonds, ce qui correspond en réalité à la

conservation de la clientèle développée par le commettant après la rupture du contrat, V. Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.* ; du même auteur, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, 25, p. 144-145 : « L'indemnité de fin de contrat peut, ainsi, être perçue comme le mécanisme corrigeant l'impossibilité pour l'intermédiaire d'invoquer l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause » ; un autre auteur retient également la compensation de l'enrichissement du fournisseur comme fondement de l'indemnité de VRP, mais propose de fonder l'indemnité de l'agent commercial sur la perte du contrat d'agence commerciale, V. Anne-Cécile Martin, « L'indemnisation du distributeur en raison de la seule rupture », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1000.

⁹⁴⁴ Thierry Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1008.

⁹⁴⁵ Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-21978, Bulletin 2012, IV, n° 192 : « les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ».

⁹⁴⁶ Thierry Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *op. cit.*, n° 4, p. 1009.

manière de calculer l'indemnité de rupture. Plus précisément, l'indemnité de rupture est calculée principalement par la multiplication de deux coefficients : les commissions brutes moyennes de l'agent et la durée des commissions prise en compte. Tout d'abord, envisager l'indemnité de rupture comme la compensation de la valeur de l'industrie de l'agent est cohérent par rapport aux informations recueillies sur cette indemnité dans la partie précédente de notre travail. D'une part, les commissions brutes moyennes permettent de prendre en compte les fruits de l'industrie de l'agent. D'autre part, la durée des commissions – influencée par la durée contractuelle, les investissements particuliers de l'agent au vu du développement de la clientèle du commettant, l'exclusivité de l'activité de l'agent – permet tenir compte de l'importance même de l'industrie de l'agent commercial pour promouvoir le fonds de commerce du commettant. Ensuite, cette méthode de calcul de l'indemnité ressemble fortement à celle employée pour calculer la valeur d'un fonds de commerce. En effet, en l'absence de règle légale d'évaluation, le fonds de commerce est traditionnellement évalué par la multiplication du chiffre d'affaires annuel du fonds par un coefficient⁹⁴⁷. La similitude entre ces deux modes de calcul permet de confirmer le rapport qui les lie : l'indemnité de rupture correspond à une

⁹⁴⁷ Michel Marx, « La valeur du fonds de commerce déterminée à partir de ses capacités bénéficiaires », AJDI, 2001, p. 1071 : « L'expert judiciaire est amené à rechercher les valeurs de fonds lors de l'éviction d'un locataire en fin de bail, dans le cadre de l'article 8 du décret codifié du 30 septembre 1953, devenu l'article L. 145-14 du Code de commerce. Ce texte impose d'apprécier la valeur marchande du fonds déterminée suivant les usages de la profession. Ces usages sont donnés par les ouvrages de référence en la matière, qui ont en commun de donner, pour chaque branche d'activité, des fourchettes de valeurs exprimées en pourcentages de chiffre d'affaires. On peut penser que ces valeurs proviennent de la compilation de nombreux actes de cession, corrigées des tendances du marché données par les chambres syndicales de commerçants. Le poids de ces références est tel que la plupart des ouvrages traitant des baux commerciaux en reprennent l'ensemble des valeurs sous forme de tableaux. La valeur judiciaire d'un fonds de commerce est ainsi habituellement déterminée par l'application d'un pourcentage au chiffre d'affaires moyen des trois dernières années, le plus souvent toutes taxes comprises » ; Lise Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, op. cit., 503, p. 300 : « Les praticiens utilisent généralement le volume des ventes réalisées chaque année comme un des critères d'évaluation des fonds qu'il s'agit de céder. Certains barèmes professionnels établissent la valeur du fonds de commerce en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires. Le montant du chiffre d'affaires constitue également un élément d'évaluation du fonds pour le fisc dans le cadre de l'établissement des droits d'enregistrement à l'occasion de sa cession » ; Dominique Schmitt, « L'approche par le marché de la valeur des fonds de café, bar-brasserie, restaurant », AJDI, 2001, p. 1065 : « Les valeurs de marché obtenues à partir de coefficients appliqués à un chiffre d'affaires sont sans doute globalement exactes sur le plan historique et macro-économique, mais individuellement fausses » ; Laurent Viollet, « Fonds de commerce d'hôtel : approche des valeurs négociées sur le marché », AJDI, 2001, p. 1068.

fraction de la valeur du fonds de commerce qui représente la valeur de l'industrie de l'agent au sein du fonds.

Néanmoins, le régime de l'agent commercial prévoit des situations dans lesquelles l'indemnité de rupture n'est pas due. Tel est notamment le cas lorsque la fin de la relation contractuelle est provoquée par la faute grave de l'agent commercial ou par la démission de l'agent non justifiée par son âge ou des circonstances imputables au mandant, ou bien lorsqu'intervient une cession du droit de l'agent à un successeur⁹⁴⁸. La dernière hypothèse est facile à comprendre : il s'agit de la cession d'un droit patrimonial. La valeur du droit patrimonial étant payée par le successeur de l'agent commercial, ce dernier ne peut plus réclamer l'indemnité de rupture auprès de son ancien commettant. En revanche, les deux premières hypothèses restent délicates à appréhender.

Si l'on retient la perte d'un droit patrimonial de l'agent comme objet de l'indemnité, ces deux exceptions devraient correspondre à des situations dans lesquelles il n'y a pas de perte de ce droit, ou bien des situations dans lesquelles ce droit n'est pas reconnu. Il faut tout de suite exclure l'hypothèse de défaut d'une perte de droit patrimonial, car une fois reconnu, ce droit sera perdu lors de la fin de la relation contractuelle, peu importe le motif de cette fin. Il ne reste plus alors que l'hypothèse du refus de reconnaissance d'un droit patrimonial de l'agent sur le fonds de commerce du commettant lorsque la fin est motivée par la faute grave de l'agent ou par sa démission. Dans ces circonstances là, la question de la détermination des situations où il faut reconnaître un droit patrimonial à l'agent revêt un caractère davantage politique que juridique. L'évolution des conditions d'attribution de l'indemnité de rupture dans le temps témoigne d'ailleurs du caractère politique de cette question : le décret du 23 décembre 1958 soumettait l'indemnité de rupture à la seule hypothèse de résiliation du contrat par le commettant⁹⁴⁹, tandis que le régime actuel admet l'indemnité de rupture non seulement

⁹⁴⁸ L'article L. 135-13 du Code de commerce.

⁹⁴⁹ L'article 3 du décret du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux, JORF, 28 décembre 1958, p. 11947.

en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée⁹⁵⁰, mais également en cas d'infirmité ou de maladie de l'agent⁹⁵¹.

Au vu de ces conditions d'exception, l'on peut déduire que le travail de l'agent commercial peut être perçu de deux façons différentes. Si l'agent est infidèle (en démissionnant) ou incompetent (en commettant une faute grave), son travail sera considéré comme une simple prestation de service fournie au commettant, payée par des commissions qui en constituent la contrepartie ; nous sommes alors en présence d'un contrat d'entreprise. En revanche, si l'agent est fidèle (ne démissionne pas) et compétent (ne commet pas de faute grave), son travail recevra une sorte de « promotion » : ce travail ne sera plus considéré comme un simple service rendu, mais comme un investissement jouant un rôle important dans les affaires du commettant – un élément constitutif du fonds de commerce de ce dernier ; cela permettra à l'agent de percevoir non seulement une partie des fruits produits par le fonds (les rémunérations), mais également une partie correspondant à la valeur de son travail au sein dudit fonds (l'indemnité de rupture) lors de la fin de la relation contractuelle. Nous sommes alors en présence d'une relation de coopération. Telle est l'orientation politique que nous pouvons déduire des conditions précises d'octroi de l'indemnité de fin de contrat : l'objectif est de récompenser l'agent méritant pour sa compétence et sa fidélité. C'est en satisfaisant ces deux critères que l'agent pourra être traité comme un « partenaire » du commettant, et non pas comme un simple prestataire de service.

En résumé, l'agent commercial est présumé être compétent et fidèle, sauf preuve contraire d'une faute grave ou d'une démission sans justification. Sa compétence et sa fidélité permettent de transformer sa prestation de service en un investissement dans le fonds de commerce du commettant⁹⁵². Dans ce cas, les commissions représenteront les fruits produits par cet investissement au sein du fonds de commerce, tandis que l'indemnité de rupture de l'agent correspondra à la valeur de son industrie en tant

⁹⁵⁰ L'article 134-12 du Code de commerce.

⁹⁵¹ L'article 134-13 du Code de commerce.

⁹⁵² Sans pourtant avoir l'ambition de former une société de fait, les exigences de compétence et de fidélité peuvent faire penser à la fonction d'*affectio societatis*.

qu'élément incorporé au fonds du commettant. L'indemnité de rupture est versée sur le fondement de l'accession mobilière. Néanmoins, ne constituant pas un bien reconnu par le droit positif, cette industrie de l'agent n'est pas considérée comme une composante du fonds de commerce du commettant. Le décalage entre l'importance économique de l'industrie de l'agent au sein du fonds du commettant et sa méconnaissance par le droit explique la difficile compréhension de l'indemnité de rupture de l'agent commercial par la doctrine juridique⁹⁵³.

Section II. L'inapplicabilité de l'indemnité de rupture aux autres distributeurs

Une fois la justification de l'indemnité de rupture déterminée, il est possible d'examiner l'applicabilité de cette indemnité à l'égard des autres distributeurs. Il s'avère que l'indemnité de rupture est réservée à l'agent commercial : elle n'est applicable ni aux distributeurs commerçants (§I) ni aux distributeurs salariés (§II).

§ I. L'inapplicabilité de l'indemnité de rupture au distributeur commerçant : le défaut d'exploitation d'un fonds de commerce au nom et pour le compte d'autrui

L'indemnité de rupture de l'agent commercial a été longtemps « enviée » par les distributeurs commerçants⁹⁵⁴. Cependant, étant des commerçants indépendants, ils ne peuvent pas remplir les conditions prévues par le statut de l'agent commercial : ils ne sont

⁹⁵³ Néanmoins, il existe déjà une doctrine qui propose de traiter l'industrie comme un bien : V. Thierry Revet, *La force de travail*, Litec, 1992.

⁹⁵⁴ Claude Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, 31, p. 475 : « depuis quelques années les concessionnaires tentent d'obtenir des juges qui leur soit reconnu un droit au renouvellement de leur contrat en l'absence de faute de leur part ou, à défaut, à une indemnité compensatrice de la perte de clientèle qu'ils subissent du fait du refus du concédant de passer un nouveau contrat » ; Yasser Al Suraihy, *La fin du contrat de franchise*, thèse, 2008, 401, p. 405 : « Au total, la fin du contrat de franchise est régie par les règles du droit commun du contrat et certaines règles du droit du marché, à savoir le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives. Le franchisé, partie en état d'infériorité économique dans ses relations avec le franchiseur, ne bénéficie pas d'un régime protecteur au stade de l'extinction du contrat. Il n'a pas droit, à l'instar de l'agent commercial, à une indemnité à la fin du contrat [...] La jurisprudence se contente de le protéger par le recours à l'application de la théorie de l'abus et par une interprétation extensive de la bonne foi. Une telle protection fondée sur le droit commun peut être de nature à atténuer ou limiter la situation précaire du franchisé. Pourtant, elle ne semble pas suffisante compte tenu des conséquences économiques graves que la perte du contrat impose au franchisé, conséquences économiques allant même parfois jusqu'à entraîner la mort commerciale de celui-ci ».

pas assimilables à des mandataires chargés de négocier et éventuellement de conclure des contrats au nom et pour le compte d'autres commerçants⁹⁵⁵. Par conséquent, le bénéfice de l'indemnité de rupture ne peut que leur être refusé. De même, ne constituant pas davantage des mandataires agissant au nom et pour le compte d'autrui, les distributeurs commerçants ne peuvent pas non plus bénéficier du régime du mandat d'intérêt commun tel qu'il est développé par la jurisprudence⁹⁵⁶, et ce même en retenant le critère large du mandataire qui n'exige qu'une participation à la conclusion d'actes juridiques au nom et pour le compte du commettant. Dans la mesure où les régimes protecteurs existants ne sont pas applicables aux distributeurs commerçants, seule une extension du régime protecteur paraît envisageable, telle la tentative de qualifier le contrat de distribution commerciale de contrat d'intérêt commun⁹⁵⁷, en espérant que cette définition lui confère un régime similaire à celui du mandat d'intérêt commun.

En effet, en 1989, l'article 1^{er} de la loi *Doubin*⁹⁵⁸ avait donné un espoir dans ce sens, en prévoyant que : « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». Cet article concernait la plupart des

⁹⁵⁵ L'article L. 134-1 du Code de commerce.

⁹⁵⁶ Cass. com., 12 février 1968, Bulletin civil, IV, n° 68, p. 58 : « Attendu que, pour faire droit à la demande, l'arrêt attaqué, par motifs propres et par ceux non contraires du jugement confirmé, décide que la convention litigieuse de distribution exclusive était un mandat d'intérêt commun, qui ne pouvait être révoqué que pour faute de la mandataire, non invoquée en la cause ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans préciser les conditions et les modalités d'exécution des accords susvisés et sans écarter les conclusions de la société Abner – non contestées de ce chef – exposant que la société DBD achetait et revendait les tondeuses en son nom propre, à ses risques et périls et en toute liberté, étant simple concessionnaire d'achat et de revente, rémunéré par des bénéfices et non par des commissions, la cour d'appel n'a pas justifié la qualification de mandat d'intérêt commun donnée par elle au contrat » ; Bruno Siau, *Le contrat de distribution agréée*, Thèse, 2003, p. 197-200.

⁹⁵⁷ Philippe Becque, « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », Cahier du droit de l'entreprise, 1985, n° 6, p. 24 : « C'est pour tenter de faire échec à cette règle aux conséquences particulièrement graves que l'on fait appel à la notion "d'intérêt commun" » ; « On comprend dès lors que la tentation ait été grande pour les partenaires aux contrats de distribution exclusive d'étendre à leur propre convention la notion d'intérêt commun ».

⁹⁵⁸ Devenu aujourd'hui l'article L. 330-3 du Code de commerce.

contrats de distribution commerciale. L'expression d'« intérêt commun » laissait entrevoir la possibilité d'étendre le régime du mandat d'intérêt commun au contrat de distribution commerciale⁹⁵⁹. Accueillie favorablement par une partie de la doctrine⁹⁶⁰, cette hypothèse a pourtant été réfutée par la jurisprudence⁹⁶¹. À titre d'illustration, dans une décision de 1997⁹⁶², un concessionnaire avait demandé la reconnaissance d'un droit de présenter son successeur au concédant et, à défaut, le paiement d'une indemnité compensatrice au nom du contrat d'intérêt commun. Cette demande a été refusée par la Cour de cassation au motif que « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun ». Ainsi, il semble que pour la jurisprudence, seule la notion de « mandat d'intérêt commun » permette de bénéficier d'une indemnité de fin de relation contractuelle ; le « contrat d'intérêt commun » n'entraînerait pas le même effet. Dans une autre décision, le juge explique que « la loi du 31 décembre 1989 n'apporte au surplus aucune restriction à la faculté de résiliation des contrats qu'elle régit »⁹⁶³. Ainsi, pour la jurisprudence, il n'y a pas d'extension possible du régime du mandat d'intérêt commun

⁹⁵⁹ Georges Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », JCP E, 21 juin 1990, n° 25, p. 419.

⁹⁶⁰ À titre d'illustration, Andrée Brunet, « Clientèle commune et contrats d'intérêts communs », in *Mélanges A. Weill*, 1983, Dalloz Litec, p. 94 ; *a contrario*, Martine Behars-Touchais, Georges Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, 3, p. 2-3 : « Aujourd'hui, le législateur et la jurisprudence ont admis que la dépendance économique et l'intérêt commun sont deux éléments que l'on retrouve à des degrés divers dans les contrats de distribution, mais qu'il ne faut pas en déduire le principe d'un droit à indemnité du distributeur en fin de contrat. Ainsi, par exemple, dire que le contrat de concession exclusive est un contrat d'intérêt commun, ne signifie pas inéluctablement que le concessionnaire a droit à la même protection que le mandataire d'intérêt commun en fin de contrat, tout simplement parce qu'il n'est pas un mandataire, mais un revendeur indépendant qui a sa propre clientèle ».

⁹⁶¹ G. Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », préc., p. 419 ; Philippe Grignon, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, 24, p. 143 : « sauf à réserver une décision de la cour d'appel d'Amiens, les juridictions amenées à se prononcer sur l'éventuelle qualification de contrat d'intérêt du contrat de concession ou de franchise n'ont jamais pris le parti de reconnaître la notion même de contrat d'intérêt commun ».

⁹⁶² Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-14158, Sté Maine auto c/ Sté Volvo automobiles France : Bulletin 1997, IV, n° 252, p. 220 ; RJDA 1/98, n° 36, p. 23 : « bien que le contrat de concession exclusive soit conclu dans l'intérêt commun des deux parties, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, il n'est pas un mandat d'intérêt commun parce que la situation du concessionnaire n'est pas celle d'un mandataire » ; dans le même sens, Cass. com., 30 novembre 1982, Bulletin civil, IV, n° 383, p. 320 ; CA Versailles, 12^e chambre, 2^e section, n° 06-4347, 14 juin 2007, SAS Daimier Chrysler France c/ SA Sofiba, RJDA 1/08, n° 28.

⁹⁶³ CA Paris, 5^e chambre, 12 mai 1995, Sté Mulhouse Automobiles c/ Sté Seat France, RJDA 12/95, n° 1354, p. 1042.

au contrat d'intérêt commun⁹⁶⁴. À cet égard, un auteur a même pu observer que « le souci de protéger le concessionnaire à l'occasion de la rupture du contrat de concession inspire parfois aux juges du fond des qualifications de cette convention contraires à la jurisprudence de la Cour de cassation. On a pu constater dans ce domaine "la persistance du contentieux en dépit des positions claires et inébranlables de la Cour de cassation". Nul doute que le recours à ces qualifications juridiquement discutables ne continue d'alimenter inutilement ce contentieux ».⁹⁶⁵

L'extension des régimes protecteurs ayant été refusée, pourquoi ne pas envisager la création d'un statut autonome pour les distributeurs commerçants⁹⁶⁶ ? Des propositions de loi ont d'ailleurs été faites dans ce sens dans les années 50. Par exemple, lors d'une proposition de 1956, il fut question de prévoir au profit du concessionnaire ayant subi la rupture du contrat une indemnité de clientèle, une indemnité égale aux investissements non amortis, une indemnité de rupture abusive et une reprise du stock⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ Même s'il existe en même temps quelques rares jurisprudences qui ont accordé une signification particulière à ces contrats qualifiés d'« intérêt commun ». À titre d'illustration, CA Paris, 5^e chambre, 11 février 1999, SA Fiat Auto France c/ SA Sotisud : RJDA 7/99, n° 779, p. 627 : le constructeur a cédé deux succursales en englobant dans le territoire la zone d'un concessionnaire et en adressant à ce dernier une résiliation avec un préavis d'un an ; ainsi « manque à son obligation de loyauté et engage sa responsabilité le fournisseur qui résilie le contrat d'un des ses distributeurs en le privant de la possibilité de quitter le réseau de distribution sans perdre les fruits du travail qu'il avait effectué jusque-là, tant dans son intérêt que dans celui du fournisseur ».

⁹⁶⁵ Didier Ferrier, « L'intérêt commun dans le contrat de concession », Cahier de droit de l'entreprise, 1979, n° 6, p. 12

⁹⁶⁶ Philippe Grignon, *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, op. cit., 25, p. 144 : « L'application du concept d'intérêt commun aux contrats de distribution est subordonnée, à notre avis, à la création d'un statut du concessionnaire ou du franchisé [...] L'indemnité de fin de contrat peut, ainsi, être perçue comme le mécanisme corrigeant l'impossibilité pour l'intermédiaire d'invoquer l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause ».

⁹⁶⁷ Proposition de loi tendant à instituer un statut des concessionnaires de marques, présentée par M. Lachèvre, sénateur, au Conseil de la République, Séance du 4 octobre 1956, Documents parlementaires, Annexes aux procès-verbaux des séances, Session ordinaire de 1956-1957, Annexe n° 7, article 4 : « Chaque contrat-type devra obligatoirement contenir un certain nombre de clauses en vue : 1° D'accorder au concessionnaire dont le contrat n'aura pas été renouvelé une indemnité de clientèle et une indemnité égale aux investissements non encore normalement amortis, ce, hors le cas de faute lourde du concessionnaire [...] 4° D'imposer, dans tous les cas, au concédant, s'il y a non-renouvellement ou rupture du contrat par son fait, la reprise des stocks, soit par lui-même, soit par le nouveau concessionnaire » ; article 5, alinéa 2 : « Lorsque les motifs de non-renouvellement ne seront pas légitimes ou qu'ils seront même révélateurs d'une légèreté blâmable, il sera alloué à l'autre partie une indemnité qui tiendra compte, notamment, de l'ancienneté et de l'importance des services rendus, de la perte de substance entraînée par le défaut de renouvellement et de tous autres éléments propres à réparer le préjudice réel subi ».

Cette proposition en été abandonnée, probablement en raison de son objectif trop ambitieux. Une seconde vague de propositions de loi est arrivée dans les années 70⁹⁶⁸, qui n'ont pas davantage abouti. Pourtant, les distributeurs commerçants continuent de revendiquer aujourd'hui une indemnité de fin de contrat à leur profit⁹⁶⁹.

D'ailleurs, pour corroborer la nécessité d'indemniser le distributeur commerçant à la fin de la relation contractuelle, il est fréquemment fait appel à une série de similitudes entre l'agent commercial et le distributeur commerçant intégré, pour ensuite constater une différence de traitement injustifiée entre les deux. Par exemple, lors de la revendication d'une indemnité par les distributeurs commerçants, « un des arguments invoqués consistait à comparer leur situation à celle de l'agent commercial : la rémunération de l'agent étant fonction des ordres passés par la clientèle démarchée, les distributeurs en tiraient la conclusion que l'intérêt du mandataire était étroitement lié à la consistance même de la clientèle, de même qu'en dépendait le chiffre d'affaires du mandant. Ils estimaient avoir autant intérêt que l'agent à satisfaire les besoins de la clientèle et souhaitaient en conséquence voir leur contrat qualifié de "contrat d'intérêt commun" avec transposition en fin de contrat du régime du mandat d'intérêt commun »⁹⁷⁰. Cependant, cette démarche n'est pas opérante. D'une manière générale d'ailleurs, la démarche consistant à lister les points communs entre les distributeurs commerçants et l'agent commercial ne peut aboutir à l'octroi de l'indemnité de fin de contrat au

⁹⁶⁸ Philippe Grignon, *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, *op. cit.*, 23, p. 142-143 : « La demande d'une application du concept d'intérêt commun à d'autres contrats que le mandat, plus précisément en faveur des contrats de concession et de franchise, a été formulée au cours des années 1970, période de plein essor de ces formules de distribution. Constatant qu'après la rupture du contrat de concession ou de franchise, la clientèle s'adressait désormais au nouveau distributeur de la marque ou, plus directement, auprès du franchiseur ou du concédant, les distributeurs revendiquèrent le droit à une indemnité de fin de contrat analogue à celle des agents commerciaux ou des VRP » ; une partie de ces propositions se sont inspirées de la loi Henckaerts votée en Belgique en 1972. Cependant, « Si la loi Henckaerts [...] a pu être votée en Belgique en 1972, c'est pour la simple raison que les parlementaires n'avaient à se soucier que des intérêts des concessionnaires. Il n'existe aucun constructeur automobile sur le territoire belge – et chacun sait que le contrat de concession est surtout utilisé dans le secteur automobile – ; la loi Henckaerts a, en conséquence, un caractère protectionniste marqué et ne pourrait être transposée en France » : Mireille Maymon-Goutaloy, « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD Com.*, 1982, p. 520.

⁹⁶⁹ Plus récemment, V. Thierry Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1009.

⁹⁷⁰ Ph. Grignon, *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, *op. cit.*, 23, p. 143.

distributeur commerçant. En effet, quel que soit le nombre de points communs trouvés entre les deux types de distributeurs, tant que la justification de l'indemnité de rupture n'est pas trouvée au sein du contrat de distribution commerciale, une telle indemnité n'aura pas lieu d'être envisagée. Un raisonnement inverse ferait perdre à chaque institution juridique sa particularité : concentrés sur les ressemblances, on risquerait de passer à côté de leurs différences. Or, ce qui fonde la particularité du régime de chaque contrat n'est pas sa similitude avec les autres, mais bien sa différence par rapport aux autres. De surcroît, les contrats de distribution commerciale ne présentent pas toujours les mêmes caractères, et se diversifient même au sein de chaque catégorie de contrats. Par exemple, au sein du contrat de franchise, s'il s'agit d'une franchise de services, la capacité personnelle du franchisé jouera un rôle nettement plus important que dans une franchise de distribution de produits sous la marque du franchiseur⁹⁷¹. Par conséquent, il est difficile, voire impossible, de réduire les contrats de distribution commerciale en un ensemble de points communs avec la situation de l'agent commercial.

Bien au contraire, la structure économique d'une distribution commerciale se distingue nettement de celle de l'agence commerciale. Par exemple, pour expliquer l'impossibilité pour le franchisé de capitaliser la clientèle qu'il fidélise, M. Revet a fait appel à la construction économique du contrat de franchise : « les franchisés n'ont pas de nom commercial ni d'enseigne propre, ils empruntent ceux du franchiseur, ce qui est l'objet principal du contrat de franchise. La puissance commerciale du franchiseur est telle que les clients sont attirés principalement, pour ne pas dire exclusivement, par son nom et par son image, de sorte que le franchisé est dans l'impossibilité de capitaliser la clientèle qu'il fidélise »⁹⁷². Ainsi, l'utilisation du nom commercial ou de l'enseigne du franchiseur par le franchisé est l'objet principal du contrat au regard du franchisé, car ces signes distinctifs du franchiseur présentent une valeur économique extrêmement

⁹⁷¹ Nicolas Dissaux, Romain Loir, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 689, p. 368 : « Tous les contrats de franchise ne se ressemblent pas. Le franchisé qui fournit des services a un contact plus personnel avec la clientèle ; il est moins dépendant de la marque que celui dont le rôle se borne à vendre des produits selon la méthode du franchiseur » ; en ce qui concerne la diversité au sein du contrat de concession, V. Jean Thread, « Le statut légal du concessionnaire », JCP, 1977, II, 12536, p. 446-447.

⁹⁷² T. Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1009.

importante, à tel point que le franchisé est motivé pour investir sous les signes distinctifs d'autrui tant il est intéressé par la clientèle qui lui sera profitable grâce à ces éléments⁹⁷³. C'est une structure économique qui se distingue de celle de l'agence commerciale. En effet, ainsi que cela a été démontré précédemment, l'agence commerciale est basée sur la compétence de l'agent et sa capacité à développer et maintenir une clientèle au profit du commettant, alors que dans le cadre d'un contrat de distribution commerciale, c'est avant tout la capacité du fournisseur d'attirer la clientèle qui suscite l'intéressement du distributeur⁹⁷⁴. Cette différence économique va de pair avec leur différence d'ordre juridique.

Détenant un élément important pour attirer la clientèle – la capacité professionnelle et des réseaux de connaissance pour l'agent commercial, les différents signes distinctifs notoires pour le fournisseur –, l'un comme l'autre peuvent se permettre de l'utiliser comme élément principal dans la coopération avec autrui. Cependant, l'agent commercial va participer au fonds de commerce de son commettant par le biais de son industrie, tandis que le distributeur commerçant va voir son propre fonds de commerce enrichi du droit d'utiliser les signes distinctifs du fournisseur pendant la durée du contrat. Par conséquent, il existe, du moins en théorie, une différence importante entre la situation de l'agent commercial et celle du distributeur commerçant. Mais cette différence suffit-elle à justifier le refus de l'indemnité de rupture au profit du distributeur commerçant ? Il faut l'analyser sous le prisme de la justification de l'indemnité de rupture de l'agent commercial. Nous avons pu démontrer précédemment que l'objectif de l'indemnité de

⁹⁷³ Louis Vogel, Joseph Vogel, *Droit de la distribution, op. cit.*, 417, p. 757 : « la franchise permet au franchisé de bénéficier de la notoriété, de l'image et du savoir-faire de son cocontractant. Des techniques éprouvées sont mises à sa disposition, ce qui lui évite les incertitudes inhérentes à la création d'une nouvelle entreprise. Une clientèle lui est pratiquement assurée, notamment parce que le franchiseur organise régulièrement des campagnes publicitaires ».

⁹⁷⁴ Prenons l'exemple du contrat de franchise, dont la définition reflète déjà cette idée : V. N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 683, p. 365 : « Voilà à tout le moins un contrat par lequel une entreprise ayant expérimenté un succès commercial octroie à une autre les clés susceptibles de dupliquer ce succès » ; en ce qui concerne la concession, V. L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution, op. cit.*, 122, p. 259 : « le distributeur jouit d'une protection relative sur une zone géographique donnée, contre la désignation d'autres distributeurs sur son territoire et les ventes actives des autres distributeurs exclusifs membres du réseau. En outre, le distributeur exclusif est assuré d'un approvisionnement régulier et d'une demande certaine » ; c'est également le cas de la distribution sélective qui porte souvent sur des produits de luxe dont la notoriété de marque du fournisseur ne peut être mise en doute.

rupture est de réparer une perte de droit patrimonial de l'agent sur le fonds de commerce du commettant lors de la fin de leur relation contractuelle. Il convient dès lors de vérifier s'il existe un tel droit au profit du distributeur commerçant, dont la perte au moment de la fin de la relation contractuelle justifierait également une indemnité.

Cependant, la différence de structure économique entre les deux types de contrats constitue un obstacle à cette reconnaissance analogique. En effet, la reconnaissance du droit patrimonial de l'agent commercial est fondée sur la participation unilatérale de l'agent au fonds de commerce du commettant. Or, s'agissant du distributeur commerçant, il ne participe pas de façon unilatérale au fonds de commerce du fournisseur. Au contraire : le distributeur « profite » de la clientèle drainée par les signes distinctifs du fournisseur pendant la durée du contrat, et en travaillant sous ces signes distinctifs, l'investissement du distributeur peut potentiellement contribuer à la réputation des signes distinctifs et ainsi faire augmenter leur valeur économique, tout comme une mauvaise exploitation du distributeur pourra avoir un impact négatif sur les signes distinctifs du fournisseur. Par conséquent, dans la mesure où il y a généralement un « enrichissement mutuel des partenaires »⁹⁷⁵ dans le cadre de la relation distributeur/fournisseur, il n'y a pas lieu d'accorder d'indemnité de fin de contrat au distributeur commerçant.

Toutefois, cette solution n'a pas emporté l'adhésion de l'ensemble des auteurs. Par exemple, M. Revet⁹⁷⁶ estime que la problématique est la même pour l'agent

⁹⁷⁵ Anne-Cécile Martin, « L'indemnisation du distributeur en raison de la seule rupture », *Revue des contrats*, *op. cit.*, n° 4, 21, p. 1002 ; égal. Cyril Grimaldi, « Rapport introductif au colloque sur l'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 989 : « La loi n'a pas accordé une indemnisation au profit des distributeurs agissant pour leur compte. La question est à cet égard posée depuis un certain temps déjà. Certes, eux aussi seront privés des avantages que leur procurait leur qualité de partie au contrat de distribution, notamment la mise à disposition des signes de ralliement du réseau et la fourniture de marchandises, mais cette mise à disposition et cette fourniture étaient, encore une fois, temporaires. Au surplus, à la différence des distributeurs agissant pour le compte d'autrui, il est question là de commerçants qui, faut-il le rappeler, sont indépendants, propriétaires d'un fonds de commerce et seuls à profiter directement du bénéfice de leur activité. Telles sont les raisons qui ont dû conduire la Cour de cassation à rejeter les demandes d'indemnisation formées par les distributeurs sur le fondement d'un contrat d'intérêt commun qui serait le pendant d'un mandat d'intérêt commun et sur celui de l'enrichissement sans cause ».

⁹⁷⁶ Th. Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *préc.*, n° 4, p. 1009 : « Telle est, à mon sentiment, la voie dans laquelle la Cour de cassation devrait s'engager résolument car il sera de plus en plus difficile de justifier la disparité de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'une indemnité à raison de la seule rupture du contrat et ceux auxquels elle n'est pas accessible. Le législateur a montré la voie avec les VRP et les agents commerciaux : il est dans la

commercial et les distributeurs commerçants à la fin de leur contrat : « celle de l'impossible ou de l'insuffisante capitalisation, par eux, des effets de leur intervention »⁹⁷⁷ ; « le distributeur est indemnisé parce qu'il a développé la clientèle de son cocontractant, le contrat le plaçant dans l'impossibilité de capitaliser à son profit ce surcroît de valeur qui émane de son activité ; le distributeur s'est donc appauvri au bénéfice de son cocontractant »⁹⁷⁸. En effet, les auteurs qui plaident pour l'indemnisation du distributeur commerçant estiment qu'il existe une contradiction entre la situation juridique et la situation économique du distributeur commerçant⁹⁷⁹. S'il est juridiquement indépendant et dispose d'un fonds de commerce, il peut se trouver de fait privé de clientèle après la fin de la relation contractuelle, en raison notamment de la puissance économique des signes distinctifs du fournisseur et d'une clause de non-concurrence⁹⁸⁰. Néanmoins, il est possible d'envisager cette configuration sous un autre angle.

En ce qui concerne les signes distinctifs mis à la disposition du distributeur, ils ne sont pas censés l'être indéfiniment, car ils sont en sommes loués pendant la durée contractuelle. Par conséquent, la perte, voire la disparition de la clientèle du distributeur entraînée par le retrait des signes distinctifs à la fin de la relation contractuelle relèvent de l'effet naturel de la fin de cette coopération. Le distributeur ne peut pas prétendre avoir perdu la clientèle attachée aux signes distinctifs lors de la fin de la relation contractuelle,

vocation éminente de la Cour de cassation d'étendre les solutions légales particulières à toutes les hypothèses dans lesquelles on trouve la même *ratio decidendi* que celle qui fut à l'origine des situations auxquelles le législateur s'est spécialement intéressé. Il en va du respect du principe d'égalité et de la nécessaire cohérence du système juridique. Il n'est que temps de mettre fin à une disparité de solutions que rien ne soutient ni ne justifie ».

⁹⁷⁷ Thierry Revet, L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ?, préc., n° 4, p. 1008.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Claude Champaud, « La concession commerciale », RTD com., 1963, 33, p. 477 : « En réalité cette contradiction résulte de la nature même des relations et des stipulations juridiques des parties. Elle est le fruit de la contradiction des principes d'indépendance juridique et de subordination économique sur lesquels reposent leurs conventions ».

⁹⁸⁰ Th. Revet, « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », préc., n° 4, p. 1008 : « lorsqu'un franchisé se trouve, en raison d'une clause de non-concurrence, dans l'impossibilité de capitaliser à son profit la clientèle qu'il a créée et développée grâce à la maîtrise du local d'exploitation de son entreprise de distribution, le franchiseur est placé en situation de capitaliser à son seul profit une clientèle qui n'a pourtant pas pour seul facteur attractif les produits ou les services du même franchiseur ».

ou plus exactement avoir perdu la valeur du fonds de commerce correspondant aux signes distinctifs : il ne peut pas perdre la chose d'autrui.

En effet, lorsque l'indemnité de rupture est fondée sur la compensation d'une perte d'un droit patrimonial de l'agent, l'octroi de cette indemnité ne peut pas s'expliquer par les situations postérieures à la fin de la relation contractuelle. Plus précisément, lorsque l'agent travaille pour un concurrent de son ancien commettant, sa remise en relation avec les clients du même secteur ne va pas le priver de cette indemnité. L'agent est récompensé pour ce qu'il a réalisé au profit du fonds de commerce du commettant pendant la durée contractuelle, et non pas pour le nombre de clients qui vont effectivement rester chez ce dernier postérieurement à la fin de la relation contractuelle : la valeur d'un fonds de commerce est évaluée par sa potentialité économique au moment présent, qui se différencie des fruits qu'il va effectivement produire dans l'avenir.

C'est le même raisonnement qu'il convient d'adopter au regard de la situation du distributeur commerçant : la situation du fonds de commerce du franchisé postérieurement à la rupture ne peut pas constituer une justification de l'indemnité de rupture. Lorsqu'il y a une diminution, voire une disparition de la valeur du fonds du distributeur commerçant en raison de la clause de non-concurrence post-contractuelle, elle relève de l'application du contrat. Ainsi, elle relève de la question de l'équilibre entre les engagements contractuels de chaque partie, mais ne doit être résolue par l'indemnité de rupture. Seule doit être examinée la situation du distributeur avant la fin de la relation contractuelle. En effet, pendant ce laps de temps, la situation juridique du distributeur commerçant est celle d'un professionnel indépendant qui dispose d'un fonds de commerce et bénéficie des fruits produits par ce fonds sous forme d'un chiffre d'affaires.

En conclusion, selon le fondement proposé dans ces pages, il ne semble pas envisageable d'octroyer au distributeur commerçant une indemnité de rupture telle qu'en bénéficie l'agent commercial. Pour atténuer l'apparente sévérité de cette solution, rappelons que la plupart du temps les fournisseurs n'exercent pas à la légère le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution. Les frères Vogel ont même souligné que l'idée reçue selon laquelle les fournisseurs mettraient fin de manière arbitraire aux contrats de distribution sans conséquences est erronée, car il est généralement de l'intérêt

des deux parties de maintenir le contrat⁹⁸¹. Enfin, le refus du droit français d'octroyer un statut protecteur aux distributeurs peut être justifié par les conséquences néfastes qu'aurait cette solution. En effet, « une protection des distributeurs en place allant au-delà du respect d'un préavis raisonnable en cas de résiliation ordinaire est à l'origine d'effets pervers : elle constitue un frein à l'entrée des nouveaux distributeurs et tend à déresponsabiliser et à rendre moins performantes les entreprises déjà installées »⁹⁸².

§ II. La différence par rapport à l'indemnité du distributeur salarié : l'absence d'un droit sur un fonds de commerce

Contrairement au distributeur commerçant, le distributeur salarié peut percevoir une indemnité de fin de contrat. Cependant, il faut distinguer le régime spécifique du VRP (A) du régime général du salarié (B).

A. La différence de l'indemnité de rupture par rapport à l'indemnité de clientèle du VRP

Le VRP est l'abréviation de Voyageur-Représentant-Placier. Il s'agit d'une personne qui « travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs » et « exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant »⁹⁸³. Cette mission le

⁹⁸¹ Louis Vogel, Joseph Vogel, *Droit de la distribution, op. cit.*, 189, p. 372-374 : le contrat de distribution exclusive « s'inscrit par essence dans la durée et requiert une certaine stabilité, chacune des parties ayant intérêt au maintien du contrat. En effet, le distributeur a développé son activité en se spécialisant dans la commercialisation des produits d'une certaine marque. La clientèle a ses habitudes chez le distributeur et n'aime pas en changer. La poursuite du contrat permet en outre au distributeur de céder éventuellement son fonds de commerce ou ses parts dans la société qu'il exploite dans de meilleures conditions. Pour sa part, le fournisseur souhaite conserver son distributeur, lequel connaît parfaitement ses produits et bénéficie de la confiance de sa clientèle locale. Toutefois, il entend également disposer d'un réseau de distributeurs performants et dynamiques. Il doit donc pouvoir l'adapter à ses besoins et aux attentes de la clientèle éventuellement en cessant les relations avec certains distributeurs. À cet égard, contrairement à une idée reçue, le fournisseur est pénalisé par toute résiliation du contrat de distribution qu'il prononcerait. Une telle décision lui fait subir un important préjudice commercial lié à la baisse des ventes de produits contractuels pendant la période de préavis (un distributeur résilié en cours de préavis est démotivé et peu enclin à développer les ventes) et pendant la période de lancement du nouveau distributeur. Il n'est donc amené à prendre une telle décision que lorsque les performances du distributeur en place sont devenues contraires à ses intérêts commerciaux à un point tel qu'il accepte de subir le préjudice commercial lié au changement de distributeur ».

⁹⁸² Louis Vogel, Joseph Vogel, *Droit de la distribution, op. cit.*, 189, p. 374.

⁹⁸³ L'article L. 7311-3 du Code du travail ; c'est la loi du 18 juillet 1937 qui a créé le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie, JORF, 20 juillet 1937, n° 166, p. 8162.

rapproche de l'agent commercial car ils ont tous deux pour mission « de prospector la clientèle pour le compte d'une personne » ; ainsi, « il est parfois délicat de [les] distinguer »⁹⁸⁴. Néanmoins, assimilé à un salarié⁹⁸⁵, le VRP ne peut être qu'une personne physique, alors que l'agent commercial peut être une personne physique ou morale. Ainsi, la confusion entre les deux statuts est possible uniquement lorsque le distributeur est une personne physique. De manière générale, lorsque le distributeur est une personne physique, sa qualification de VRP ou d'agent commercial sera fonction de l'indépendance dont il dispose : « L'indépendance dans l'organisation de son activité et de son entreprise est un critère déterminant »⁹⁸⁶. Ensuite, deux critères supplémentaires sont souvent cités pour illustrer leur différence. D'abord, contrairement à l'agent commercial, le VRP ne peut faire « aucune opération commerciale pour son compte personnel »⁹⁸⁷. Ensuite, l'inscription du distributeur au Registre des agents commerciaux est souvent retenue comme un indice en faveur de la qualification d'agent commercial⁹⁸⁸.

En effet, le statut de VRP présente un caractère hybride : soumis au régime du droit social, le VRP dispose pourtant d'une certaine autonomie qui le différencie d'un salarié ordinaire, sans pour autant le faire entrer dans la catégorie des agents commerciaux. Il présente à la fois les caractères d'un distributeur salarié et ceux d'un distributeur mandataire, et bénéficie en même temps du régime général du droit social et du régime spécifique de la représentation commerciale. Cette dualité n'est pas ignorée de la doctrine : « la qualification de contrat de travail est légalement imposée, alors que le VRP bénéficie d'une autonomie relative – il exerce son activité itinérante en dehors de l'entreprise qu'il

⁹⁸⁴ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 1086, p. 323.

⁹⁸⁵ L'article L. 7313-1 du Code du travail : « Toute convention dont l'objet est la représentation, conclue entre un voyageur, représentant ou placier et un employeur est, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, un contrat de travail ».

⁹⁸⁶ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution, op. cit.*, 1086, p. 326.

⁹⁸⁷ L'article L. 7311-3 du Code du travail.

⁹⁸⁸ Cass. soc., 6 décembre 1990, n° 88-13686, Bulletin civil, 1990, V, n° 624, p. 377 : selon le pourvoi, « la cour d'appel a [...] cru pouvoir juger [que l'agent commercial] ne devait pas être affilié au régime général de la sécurité sociale aux motifs inopérants qu'il organisait librement son travail, n'était astreint à aucun chiffre d'affaires minimum, assumait ses frais professionnels, fiscaux et de personnel auxiliaire ou encore s'était fait immatriculer au registre spécial des agents commerciaux et que ce faisant, elle a manifestement violé l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale ». En réponse, la Cour de cassation estime qu'« appréciant les éléments de fait qui lui étaient soumis », la cour d'appel a en déduire que le distributeur « avait effectivement le statut d'agent commercial ».

représente – qui pourrait bien souvent empêcher de reconnaître l’existence d’un lien de subordination. C’est un entre-deux subtil : le VRP est plus libre qu’un salarié lambda, mais il n’est pas pour autant “à la tête d’une véritable entreprise”, comme peut l’être par exemple l’agent commercial »⁹⁸⁹. Ce caractère hybride ne s’arrête pas au niveau de la notion, mais se manifeste également au niveau du régime de la fin de contrat.

En effet, en ce qui concerne la fin du contrat du VRP, doivent être distinguées deux hypothèses : le régime prévoit l’octroi d’une indemnité de clientèle au profit du VRP à la fin de la relation contractuelle (2°) ; il existe en même temps une indemnité alternative offerte par la convention collective, nommée « indemnité spéciale de rupture » (1°). Ces deux indemnités doivent être analysées séparément car elles n’obéissent pas aux mêmes règles.

1° L’indemnité spéciale de rupture : la compensation du risque pris par le VRP du fait de sa rémunération par des commissions

D’abord sera présentée la façon de calculer l’indemnité spéciale de rupture, car ses règles sont déterminées de façon précises et bénéficient « à la plupart des représentants de commerce statutaires »⁹⁹⁰. Cette indemnité est prévue par la convention ou l’accord collectif de travail, ou par la décision unilatérale d’un employeur ou d’un groupe d’employeurs. Elle « n’est pas cumulable avec l’indemnité de clientèle. Seule la plus élevée est due »⁹⁹¹. Historiquement, cette indemnité spéciale de rupture a été instituée par un accord national interprofessionnel (ANI)⁹⁹² conclu entre le Conseil national du patronat français et les syndicats de VRP en 1975. Cet accord a déterminé la façon de calculer cette indemnité en prenant en compte uniquement l’ancienneté de la relation, variable entre 0,7 moi de commission et 10 mois de commissions⁹⁹³, calculée sur la

⁹⁸⁹ Frédéric Buy, Marie Lamoureux, Jean-Christophe Roda, *Droit de la distribution, op. cit.*, 31, p. 38-39

⁹⁹⁰ Philippe Grignon, Répertoire de droit commercial, « Voyageurs, représentants, placiers », Dalloz, 5.

⁹⁹¹ L’article L. 7313-17 du Code du travail.

⁹⁹² L’Accord national interprofessionnel (ANI) des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977 (JONC 26 juillet 1977) et élargi par arrêté du 28 juin 1989 (JORF 11 juillet 1989).

⁹⁹³ L’article 14 de l’ANI des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977 et élargi par arrêté du 28 juin 1989 : « Pour les années comprises entre 0 et 3 ans d’ancienneté :

rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois, déduction faite des frais professionnels, et à l'exclusion de la partie fixe convenue pour cette rémunération. Par conséquent, l'indemnité spéciale de rupture du VRP est calculée différemment de celle versée à l'agent commercial. Pour le calcul de cette dernière, l'ensemble des rémunérations est pris en compte, peu importe qu'elles soient fixes ou qu'il s'agisse de commissions, et les frais professionnels ne sont pas déduits. Ainsi évaluée, il semble que l'indemnité spéciale de rupture du VRP se dessine autrement que l'indemnité de l'agent commercial : ce n'est pas la réparation de la perte d'un droit portant sur le fonds de commerce de l'employeur, mais une compensation de la participation du VRP au risque d'exploitation du fonds de commerce pendant la durée contractuelle.

En outre, selon la jurisprudence, un VRP rémunéré uniquement par un salaire fixe ne peut prétendre ni à une indemnité spéciale de rupture ni une indemnité de clientèle prévue par le régime. Selon les décisions rendues dans les années 60, « ce mode de rétribution [les rémunérations fixes] constituait en l'espèce la rémunération forfaitaire du travail [que le VRP] avait fourni pour créer, apporter ou développer la clientèle dont l'entreprise bénéficiait ; qu'en accordant ainsi une indemnité de clientèle [au VRP] qui avait reçu ladite rétribution forfaitaire ayant déjà pour objet de rémunérer spécialement l'apport ou le développement par lui de la clientèle, l'arrêt attaqué, qui se contredit, n'a pas légalement justifié sa décision »⁹⁹⁴. Dans les années 1970, certains auteurs ont adopté cette analyse en l'absence de convention collective, en insistant sur l'exclusion de la rémunération fixe dans le calcul de l'indemnité de clientèle : « Le fixe, de par sa nature, rémunère, précisément, le travail de création de la clientèle avant même qu'il ait porté ses fruits, de façon forfaitaire. En conséquence, en fin de contrat, le VRP ne souffre pas de la perte du travail investi dans la prospection puisqu'il en a été récompensé forfaitairement par un traitement fixe »⁹⁹⁵. Ainsi, ces auteurs approuvent la jurisprudence refusant l'octroi

0,70 mois par année entière ; Pour les années comprises entre 3 et 6 ans d'ancienneté : 1 mois par année entière ; Pour les années comprises entre 6 et 9 ans d'ancienneté : 0,70 mois par année entière ; Pour les années comprises entre 9 et 12 ans d'ancienneté : 0,30 mois par année entière ; Pour les années comprises entre 12 et 15 ans d'ancienneté : 0,20 mois par année entière ; Pour les années d'ancienneté au-delà de 15 ans : 0,10 mois par année entière. Par exemple, pour une relation de 14 ans, le VRP aura droit à une indemnité spéciale de rupture correspondant à 8,70 mois de commissions ».

⁹⁹⁴ Cass.soc., 21 octobre 1964, Bulletin civil 1964, n° 689 ; D. 1965, 240.

⁹⁹⁵ J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, 455, p. 359

de l'indemnité de clientèle au VRP rémunéré uniquement par un salaire fixe, dans ces termes : « l'analyse de la jurisprudence, parfaitement exacte, met en lumière le clivage fondamental entre la situation aléatoire de celui qui est payé à la commission et la sécurité du titulaire de revenus fixes. Ce dernier ne peut cumuler la sécurité et l'indemnité de clientèle, qui ne doit être calculée, au crédit du représentant, que sur le montant des commissions »⁹⁹⁶. Finalement, ce raisonnement reflète bien le régime de l'indemnité spéciale de rupture, et confirme la justification de cette dernière par la compensation du risque pris par le VRP en acceptant d'être rémunéré par le biais de commissions. Cette solution jurisprudentielle est toujours d'actualité, mais la formulation de la justification a changé⁹⁹⁷ : « la cour d'appel a relevé que l'intéressé ne percevait qu'une rémunération fixe et que, dès lors, il n'avait subi aucun préjudice résultant de la perte de la clientèle qu'il visitait ».

Toutefois, la justification précitée ne peut pas s'appliquer à l'indemnité de clientèle. En effet, cette indemnité de clientèle, tout comme l'indemnité spéciale de rupture, ne peut pas être accordée au VRP qui est payé uniquement par une rémunération fixe. Cependant, lorsque le VRP est payé en partie par une rémunération fixe et en partie par des commissions, l'évaluation de l'indemnité de clientèle, contrairement à l'indemnité spéciale de rupture, prendra en compte ces deux parties de sa rémunération⁹⁹⁸.

2° L'indemnité de clientèle : la réparation de la perte des fruits du travail

En ce qui concerne l'indemnité de clientèle, le statut a prévu que peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, sa cessation donnera lieu à une indemnité de clientèle au profit du VRP⁹⁹⁹. Cette indemnité se distingue de l'indemnité

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ Cass.soc., 5 mars 1992, n° 89-40256, M. J. L. c/ SA M. et B. M.

⁹⁹⁸ Jean-François Cesaro, Fasc. 4-30, Voyageurs, représentants et placiers - Rupture du contrat, Jurisclasseur Travail Traité, 102 : « La solution est différente si l'intéressé perçoit une rémunération fixe et des commissions, la première étant destinée à compenser la réduction du taux des secondes. En ce cas, les juges ne peuvent prendre en compte, dans l'évaluation du préjudice subi, la fraction des commissions perdues ».

⁹⁹⁹ Les articles L. 7313-13 et L. 7313-14 du Code du travail.

de rupture abusive¹⁰⁰⁰, mais ressemble fortement à l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial. Par exemple, M. Grignon estime que ces deux indemnités ont un fondement commun¹⁰⁰¹. En outre, comme pour l'indemnité versée à l'agent commercial, le montant de cette indemnité de clientèle est souvent fixé à deux années de commissions¹⁰⁰². Néanmoins, le juge du fond doit démontrer que « la référence à un tel barème n'est pas systématique et [qu'il a] recherché l'étendue du préjudice subi par l'intéressé »¹⁰⁰³ car le statut interdit une appréciation forfaitaire de l'indemnité de clientèle¹⁰⁰⁴. D'ailleurs, toujours à l'instar de l'indemnité de l'agent commercial, l'indemnité de clientèle ne peut être accordée lorsque la rupture du contrat est due à une faute grave du VRP¹⁰⁰⁵ ou à sa démission¹⁰⁰⁶.

En effet, l'objectif de l'indemnité de clientèle est clairement précisé par le statut : il s'agit de la récompense du VRP pour « la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui »¹⁰⁰⁷ au profit de son employeur. La jurisprudence a également apporté des précisions sur l'objectif de l'indemnité de clientèle : il ne s'agit pas « d'un prix de cession d'une clientèle qui serait passé du patrimoine du représentant dans celui de son employeur, mais [cette indemnité a] uniquement pour but et pour effet d'assurer au représentant, dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison, en lui faisant perdre pour l'avenir le

¹⁰⁰⁰ L'article L. 7313-16 du Code du travail.

¹⁰⁰¹ V. Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.*, 234, p. 213.

¹⁰⁰² Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1138, p. 337.

¹⁰⁰³ Jean-François Cesaro, Fasc. 4-30, Voyageurs, représentants et placiers - Rupture du contrat, *Jurisclasseur Travail Traité*, 105 ; à défaut, V. Cass. soc., 4 novembre 1988, n° 85-46158, Société Produits Liberon c/ M. M. : « Attendu que l'arrêt, ayant relevé que l'activité du représentant avait entraîné une augmentation en nombre et en valeur de la clientèle de la société, pour fixer le montant de l'indemnité due, à ce titre, à M. M., énonce qu'il est de jurisprudence constante que cette indemnité est ordinairement évaluée à deux années de commissions ; Attendu que la cour d'appel, en appliquant une règle forfaitaire sans rechercher l'importance du préjudice réel subi par M. M., n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁰⁰⁴ L'article L. 7313-16 du Code du travail.

¹⁰⁰⁵ L'article L. 7313-14 du Code du travail.

¹⁰⁰⁶ Didier Ferrier, Nicolas Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 131, p. 71.

¹⁰⁰⁷ Les articles L. 7313-13 et L. 7313-14 du Code du travail.

bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui »¹⁰⁰⁸. Cependant, malgré la concordance entre la jurisprudence et le statut, la solution consistant à assimiler l'objet d'une indemnité à la réparation de la perte d'un bénéfice de la clientèle pour l'avenir n'est pas pertinente : ainsi que cela a été démontré à l'égard de l'agent commercial dans la partie précédente de notre étude, il ne s'agit pas d'un réel préjudice évaluable, mais plutôt d'un abus de langage qui cache la réalité du préjudice réparé. À l'instar de la méthode utilisée pour l'agent commercial, il convient d'examiner les conditions d'attribution et d'évaluation de l'indemnité de clientèle afin de cerner sa nature juridique.

Dans l'optique de réparer la perte de « la part de la clientèle qui lui revient », l'indemnité de clientèle sera déterminée en fonction de l'importance de la clientèle apportée par le VRP, ainsi que cela est souligné par son statut. En effet, lors de l'appréciation de cette indemnité, doit être effectuée une comparaison entre la clientèle avant l'intervention du VRP et celle après. Ainsi, doivent être pris en compte non seulement les nouveaux clients, mais également « les diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié »¹⁰⁰⁹. Le but est de vérifier l'existence d'une réelle augmentation de clientèle grâce aux efforts du VRP, et de mesurer cette survalueur. Ceci met en exergue les différences entre l'indemnité de clientèle et l'indemnité de l'agent commercial¹⁰¹⁰.

En premier lieu, il existe une différence au niveau des conditions d'attribution de l'indemnité. Plus généralement, l'octroi au VRP de l'indemnité de clientèle suppose de réunir davantage de conditions que celles nécessaires à l'agent commercial pour se voir versée l'indemnité de rupture. En effet, afin d'obtenir l'indemnité de clientèle, le VRP doit d'abord apporter la preuve de la réalité de la clientèle apportée par lui à l'employeur¹⁰¹¹. À défaut, il sera débouté de sa demande d'indemnité. Après d'avoir démontré la réalité de cet apport de clientèle au profit de son employeur, il doit démontrer

¹⁰⁰⁸ Cass. soc., 21 octobre 1964, Bulletin civil 1964, n° 689 ; D. 1965, 240.

¹⁰⁰⁹ L'article L. 7313-13 du Code du travail.

¹⁰¹⁰ Dans le sens de leur différence, V. J.-M. Mousseron, J.-J. Burst, N. Chollet, et alii, *Droit de la distribution, op. cit.*, p. 361, note (1) : « Ce qui est certain c'est que l'indemnité de clientèle des VRP est en moyenne très largement inférieure à l'indemnité de rupture des agents commerciaux ».

¹⁰¹¹ Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-40267, Société Rover c/ M. X.

la réalité de la perte de cette clientèle causée par la fin de la relation contractuelle. Dès lors, s'il continue à démarcher la clientèle pour le compte d'un concurrent de son ancien employeur, l'indemnité de clientèle lui sera refusée¹⁰¹². Par conséquent, l'indemnité de clientèle suppose la rupture d'un lien entre le VRP et la clientèle créée par son industrie¹⁰¹³, cela sans passer par la notion de fonds de commerce de l'employeur, contrairement à ce qui prévaut en matière d'indemnité de l'agent commercial : ainsi que cela a été développé précédemment, l'activité de l'agent dans le même secteur postérieurement à la cessation du contrat ne va pas le priver de l'indemnité de fin de contrat. Enfin, le VRP doit encore démontrer l'existence d'un préjudice causé par la perte de clientèle afin de pouvoir bénéficier de cette indemnité. C'est pourquoi le refus de l'indemnité de clientèle à un VRP rémunéré uniquement en fixe est justifié aujourd'hui par le défaut de préjudice causé : payé uniquement par un fixe, le VRP ne peut pas établir de lien entre la clientèle et sa rémunération ; par conséquent, il ne peut pas avoir de préjudice causé par la perte de clientèle¹⁰¹⁴. De même, lorsque la cessation du contrat est causée par le décès du VRP, contrairement à l'agent commercial¹⁰¹⁵, ses ayants droit ne peuvent pas prétendre à l'indemnité de clientèle car « [le VRP] ne peut alors plus souffrir de la perte de clientèle »¹⁰¹⁶.

¹⁰¹² Cass. soc., 7 juillet 2016, n° 15-19412 : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité de clientèle a pour objet la réparation du préjudice que cause au VRP la perte de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée pour le compte de son employeur ; qu'ayant relevé que le salarié avait été engagé par un nouvel employeur, dont l'activité était similaire à celle de l'ancien, dans un emploi semblable et qu'il démarchait les clients de la société qu'il avait quittée, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé [l'article L. 7713-1 du Code du travail] ».

¹⁰¹³ Thierry Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, 1992, 255, p. 272 : l'indemnité de clientèle « est, ainsi, en relation directe avec le produit du travail du préposé ».

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 25 octobre 1965, , Bulletin civil 1964, IV, n° 704, p. 593 : « l'arrêt attaqué constate que même si P. avait la qualité de représentant statutaire qu'il revendiquait, il ne saurait prétendre à une indemnité de clientèle en raison de ce que, percevant une rémunération fixe, il ne tirait aucun bénéfice direct de la clientèle qu'il pouvait visiter, et qu'en l'espèce son départ de la Société Esso-Standard ne lui avait causé aucun préjudice du fait de la perte de celle-ci ; que dès lors que l'indemnité de clientèle instituée par l'article 29° du Livre I^{er} du Code du travail au profit du voyageur, représentant et placier, dont le contrat est résilié par l'employeur, a pour objet de réparer le préjudice que lui cause son départ de l'entreprise, les juges du fond, en constatant son absence de préjudice, ont donné une base légale à leur décision ».

¹⁰¹⁵ L'article L. 134-12 du Code de commerce, alinéa 3 : « Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent ».

¹⁰¹⁶ Nicolas Dissaux, Romain Lenoir, *Droit de la distribution, op. cit.*, 909, p. 481.

En second lieu, il existe une différence entre le VRP et l'agent commercial au niveau de l'évaluation de l'indemnité. Pour le calcul de l'indemnité de clientèle, seule est prise en compte la clientèle apportée par le VRP, tandis que pour évaluer l'indemnité de l'agent commercial, l'ensemble des rémunérations perçues par celui-ci sont prises en compte, peu importe qu'elles proviennent de la clientèle apportée ou bien de la clientèle préexistante. Par conséquent, malgré certaines ressemblances entre l'indemnité de rupture et l'indemnité de clientèle, cette dernière ne peut pas avoir un même objectif que la première : l'indemnité de clientèle n'a pas pour objet de réparer la perte d'un droit patrimonial du VRP sur le fonds de commerce de l'employeur. Contrairement à l'indemnité de l'agent commercial, l'indemnité de clientèle concerne le lien direct entre le VRP et la clientèle créée et perdue par lui lors de la rupture du contrat, un lien résultant du bénéfice généré par la clientèle au profit du VRP grâce au système de commissions. En définitive, plutôt que d'envisager un droit du VRP portant sur le fonds de commerce de l'employeur, il est plus pertinent d'évoquer un droit du VRP sur la clientèle créée. Dans ce sens, Madame Malaurie-Vignal explique que le VRP « a un droit sur la clientèle qu'il a développée (sous forme d'indemnité) »¹⁰¹⁷. M. Grignon explique pour sa part cette indemnité par la théorie de l'enrichissement sans cause : la conservation par l'employeur de cette clientèle créée par le VRP justifie, sur le fondement de l'équité, une indemnisation de ce dernier qui s'est trouvé appauvri, en raison de la perte des bénéfices que lui procurait cette clientèle¹⁰¹⁸.

Le droit du VRP ne portant pas sur le fonds de commerce de son employeur, il n'est pas possible d'envisager la relation entre le VRP et son employeur comme une véritable collaboration sur un pied d'égalité, à l'instar de ce qui se joue dans le cadre de l'agence commerciale. En effet, ne portant que sur la partie de la clientèle apportée par son industrie personnelle, il s'agit d'un droit portant sur le fruit de son travail, ce qui correspond davantage à un mécanisme de droit social.

¹⁰¹⁷ Marie Malaurie-Vignal, Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 1085, p. 325.

¹⁰¹⁸ Philippe Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, *op. cit.*, 168-238, p. 159-217.

En résumé, *l'indemnité spéciale de rupture* vise à compenser le risque que prend le VRP en acceptant d'être rémunéré sous forme de commissions en fonction du résultat de son travail, tandis que l'indemnité de clientèle vise à réparer le préjudice que subit le VRP en perdant le fruit de son travail susceptible de générer des commissions. Finalement, il s'agit de deux visions distinctes d'un même fait : le paiement par commissions peut être perçu comme un risque qui doit être compensé, mais il peut également être perçu comme un bénéfice dont la perte mérite d'être réparée. Voici la notion d'aléa qui est inhérente au système des commissions. Par conséquent, les deux indemnités ont un même objet qui se distingue de celui de l'indemnité de l'agent commercial : partager davantage le fruit du travail du VRP entre celui-ci et son employeur, car la rémunération de ce dernier est supposée être insuffisante par rapport à l'industrie qu'il fournit. Il s'agit clairement d'un dispositif de droit social.

B. La différence de l'indemnité de rupture par rapport à l'indemnité de licenciement

Aujourd'hui, une large catégorie de personnes peut prétendre au bénéfice de l'indemnité de licenciement, qu'il s'agisse des distributeurs salariés mais également des distributeurs assimilés aux salariés, tels que les gérants non salariés de succursales¹⁰¹⁹, les gérants non salariés des succursales de commerce de détail¹⁰²⁰ et les VRP. Cependant, la consécration d'une telle indemnité n'était pas évidente à l'origine. Ce sont les

¹⁰¹⁹ L'article L. 7321-1 du Code du travail : « Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre. » ; l'article L. 7321-2 du Code du travail : « Est gérant de succursale toute personne : 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

¹⁰²⁰ L'alinéa 1^{er} de L'article L. 7322-1 du Code du travail : « Les dispositions du chapitre I^{er} sont applicables aux gérants non salariés définis à l'article L. 7322-2, sous réserve des dispositions du présent chapitre ».

conventions collectives qui ont institué initialement l'indemnité de licenciement¹⁰²¹. Ensuite, cette indemnité a été consacrée pour la première fois par l'ordonnance du 13 juillet 1967¹⁰²² dans l'objectif d'« assurer une garantie supplémentaire aux salariés qui sont employés dans une même entreprise depuis plus de deux ans »¹⁰²³ : « tout travailleur salarié relevant des activités mentionnées au premier alinéa de l'article 31 du livre I^{er} du code du travail, lié par un contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement, dont le taux et les modalités de calcul en fonction de la rémunération perçue antérieurement à la rupture du contrat de travail sont fixés par décret ». Cette disposition a ensuite été reprise par la loi du 13 juillet 1973 dans son article 24 g¹⁰²⁴, après avoir rappelé l'existence d'un droit de résilier le contrat pour chaque partie¹⁰²⁵.

Aujourd'hui, l'ancienneté exigée du salarié pour bénéficier de l'indemnité de licenciement a été raccourcie à 8 mois¹⁰²⁶, son mode de calcul étant toujours basé sur la rémunération antérieure du salarié : « Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture

¹⁰²¹ Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, p. 501 ; G. H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », JCP, 1957, I, Doctrine, 1391, 2 : « les sources de l'indemnité de licenciement » « ont toujours été diverses : le contrat individuel de travail, l'usage, la loi du 30 mars 1935, « mais surtout la convention collective ».

¹⁰²² L'article 2 de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement, JORF, 19 juillet 1967, 7241.

¹⁰²³ Rapport au Président de la République sur l'Ordonnance du 13 juillet 1967, *Histoire du Droit du travail par les textes*, Tome III, *De la libération à l'alternance (1945-1981)*, Cahiers de l'Institut régional du travail, 2000, n° 8, p. 113.

¹⁰²⁴ L'article 24 g de la loi modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (13 juillet 1973), JORF du 18 juillet 1973, p. 7763 : « Le salarié lié par contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement dont le taux et les modalités de calcul en fonction de la rémunération perçue antérieurement à la rupture du contrat de travail sont fixés par voie réglementaire ».

¹⁰²⁵ L'article 24 b, de la loi modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (13 juillet 1973), préc. : « le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies ».

¹⁰²⁶ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 1234-9 du Code du travail : « Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement ».

du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire ». L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans, ou un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans¹⁰²⁷. Ainsi, malgré certaines modifications du texte initial, l'attribution de l'indemnité de licenciement est toujours justifiée par la durée de la relation contractuelle entre l'employeur et le salarié, et l'évaluation de cette indemnité est faite en fonction de la durée contractuelle et du montant de la rémunération du salarié. Se pose donc la question du fondement de cette indemnité.

Dans un premier temps, en raison de son lien avec la durée contractuelle et la rémunération, cette indemnité a été qualifiée de « salaire différé »¹⁰²⁸, mais la jurisprudence a abandonné cette qualification salariale¹⁰²⁹. À sa place, a été évoquée la notion de « dommages et intérêts » : par exemple, dans une décision de 1966, la Cour de cassation affirme que « la décision énonce, à bon droit, qu'une indemnité de licenciement, bien qu'elle ait pour origine le contrat, constitue non un revenu, mais des dommages et intérêts, c'est-à-dire la réparation d'un préjudice, ce qui ne saurait être assimilé à un revenu quel qu'il soit »¹⁰³⁰. Pourtant, il est difficile de qualifier de faute le droit discrétionnaire du patron de résilier le contrat de travail, à l'instar de la difficulté qu'il y a

¹⁰²⁷ L'article R. 1234-2 du Code du travail.

¹⁰²⁸ G. H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », JCP, 1957, I, Doctrine, 1391, 4 ; Thierry Revet, *La force de travail (Étude juridique)*, Litec, 1992, p. 280 : « Née d'une pratique patronale relayée par les conventions collectives, elle fut, primitivement, qualifiée par la jurisprudence de salaire différé, et, par conséquent, soumise au régime juridique de la créance salariale ».

¹⁰²⁹ Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, p. 501-502 : « Calculée en fonction de l'ancienneté de services, [l'indemnité de licenciement] pourrait apparaître comme un salaire différé. Mais on s'expliquerait mal alors que le travailleur n'y ait pas droit en cas de démission. Et la jurisprudence décide depuis longtemps qu'elle n'est pas la contrepartie du travail fourni et n'est donc pas un élément du salaire du travailleur (Soc., 9 mars 1957, D., 1958, 91, note Brèthe de La Gressaye ; Com., 5 fév., 1958, JCP, 1958, II, 10. 441, note Nectoux). Il en résulte qu'elle n'est pas assujettie aux cotisations de sécurité sociale, même lorsqu'elle est supérieure à ce qui était imposé par la convention collective (Soc., 28 nov. 1985, Bull., V, n° 563). De même, elle n'est pas soumise à la prescription de cinq ans des créances salariales (Soc., 20 oct. 1988, Dr. Soc., 1989, 132°), ni aux règles sur la compensation des salaires (Soc., 23 juin 1988, Dr. Soc., 1989, 131) » ; Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, 261, p. 281.

¹⁰³⁰ Cass. soc., 9 juin 1966, n° 64-10004, Bulletin civil, II, n° 661, p. 468 ; Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, 262, p. 281-283 : « Pour la Cour de cassation, fortement inspirée par le Professeur G.H. Camerlynck, l'indemnité de licenciement a pour objet de réparer le préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail : elle constitue une créance de dommages et intérêts ».

à justifier l'indemnité de l'agent commercial par la responsabilité civile fondée sur la notion de faute¹⁰³¹. En raison de cette difficulté, un auteur a proposé de retenir la responsabilité sans faute comme fondement de l'indemnité de licenciement : « l'indemnité de licenciement, sans être un salaire, trouverait sa source dans le travail accompli, et réparerait un préjudice né de la rupture du contrat en absence de toute faute commise par le débiteur »¹⁰³². Cela suppose néanmoins de consacrer au préalable l'existence d'une « garantie accordée contre la perte de l'emploi » ; ainsi, le versement d'une indemnité de licenciement « constitue[rait] un mode d'extinction de la dette de l'employeur née de la réalisation du risque de rupture du contrat »¹⁰³³.

Cependant, que la responsabilité soit fondée sur la notion de faute ou bien sur celle de risque, elle rencontre une même difficulté eu égard au régime de l'indemnité de licenciement : le préjudice réparable sous cette responsabilité retenu par la jurisprudence. En effet, pour la jurisprudence, les juges du fond « n'[ont] pas à rechercher l'importance exacte du préjudice résultant de la rupture », et « cet élément est sans influence sur le droit à l'indemnité de licenciement [ni sur] le montant réglementaire de celle-ci »¹⁰³⁴. Cela revient à rompre le lien entre l'indemnité de licenciement et la théorie de la responsabilité civile. Il convient donc de chercher une justification en dehors du cadre de la responsabilité civile. En effet, des arguments davantage moraux que juridiques ont été soulevés en faveur de la création de l'indemnité de licenciement. Par exemple, un auteur a pu écrire : « comment admettre que la collaboration prolongée à l'œuvre commune n'y intègre pas le travailleur en lui créant des droits plus particuliers ? »¹⁰³⁵. Néanmoins, une partie des arguments invoqués est liée aux exigences d'un encadrement du

¹⁰³¹ L'indemnité de licenciement est classée par certains auteurs parmi les indemnités indifférentes à l'existence d'une faute : Marie-Elisabeth André, Marie-Pierre Dumont, Philippe Grignon, *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005, p. 201 et s.

¹⁰³² Jean-Luc Alliot, Fasc. 32-2 Indemnité de licenciement, *Jurisclasseur Travail Traité*, 5.

¹⁰³³ *Ibid.*, 6.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 31 mai 1978, *Bulletin civil*, V, n° 415, p. 314 ; Jean Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Droit social*, février 1989, n° 2, p. 126 : « le travailleur n'acquiert pas, au fur et à mesure de ses services, comme c'est le cas en matière de congés payés, un droit à rémunération qu'il pourra invoquer à une date ultérieure. Il obtient, en échange de ses services prolongés, une garantie contre un risque ».

¹⁰³⁵ G. H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », *JCP*, 1957, I, Doctrine, 1391, 1.

licenciement abusif¹⁰³⁶, aujourd'hui satisfaites par l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité pour irrespect de la procédure de licenciement, l'indemnité pour licenciement vexatoire, etc. ; une autre partie des arguments renvoie au souci de garantir un minimum de ressources au salarié privé d'emploi, relève en réalité de préoccupations du droit de la protection sociale, et a été résolue par l'indemnité de chômage¹⁰³⁷. En définitive, en enlevant ces arguments précités, il n'n reste plus que deux d'intéresser potentiellement l'indemnité de licenciement : celle de la reconnaissance d'un droit du salarié sur son emploi, et celle de la plus-value impayée produite par le travail du salarié au profit de son employeur. Ces deux idées correspondent plus ou moins aux propositions de la doctrine pour justifier l'indemnité de licenciement, en dehors de la théorie de la responsabilité civile.

En ce qui concerne le droit à l'emploi, une partie des auteurs approuvent la reconnaissance de ce droit¹⁰³⁸, estimant que l'indemnité de licenciement « correspond en réalité à la reconnaissance d'un certain droit du travailleur sur l'emploi qu'il occupe », et qu'il ne peut en « être privé par la volonté de l'employeur, en dehors de la faute grave de sa part ». Cependant, cette analyse est critiquable. Pour M. Revet, « cette perspective d'une part est en contradiction avec l'affirmation de la liberté de résiliation, d'autre part

¹⁰³⁶ Par exemple, G. H. Camerlyinck, « L'indemnité de licenciement », préc. : « le respect de la dignité du travailleur chevronné, qui doit être garanti financièrement, et par là même moralement, contre une décision de renvoi prise à la légère ».

¹⁰³⁷ Sur la distinction entre le droit du travail et le droit de la protection sociale : V. J.-P. Le Crom, « Retour sur une "vaine querelle" : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », *op. cit.*, p. 82-83 : « En choisissant le critère du lien de subordination, plutôt que celui du mode de rémunération préconisé par une partie de la doctrine, en acceptant très tôt d'étendre le bénéfice de la loi de 1898 aux travailleurs accidentés en dehors de l'entreprise, la Cour de cassation a en réalité défendu une conception plutôt extensive, que les critiques de Paul Cuche ont occultée. La logique de l'administration et des pouvoirs publics en général est d'une autre nature. Elle n'est pas juridique mais sociale et politique. Elle vise à étendre le bénéfice à des catégories de plus en plus nombreuses de personnes, des salariés aux travailleurs puis aux citoyens, tout en restant attachée pour certaines prestations au caractère contributif de leur financement. Ce conflit de logique, pour reprendre une expression utilisée dans d'autres circonstances et à une autre époque, ne témoigne donc pas d'une opposition entre des juristes « conservateurs » et des politiques « progressistes », mais plutôt des difficultés d'ajustement entre le droit du travail et le droit de la protection sociale, dont les fondements se différencient progressivement » [nous soulignons].

¹⁰³⁸ Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, p. 502 ; dans le même sens, Laurent Gamet, *Rupture du contrat de travail 2011/2012*, Delmas, 12^e éd., 2011, 111.11, p. 222 : « La loi impose à l'employeur qui prononce le licenciement d'un salarié, le paiement d'une indemnité de licenciement. Cette indemnité consitue une réparation forfaitaire minimale de la perte d'emploi ».

oblige à identifier un prétendu droit du salarié à la stabilité de l'emploi, dont le fondement et la teneur sont incertains »¹⁰³⁹. En effet, le droit à l'emploi n'est qu'une autre façon d'exprimer le droit du salarié sur la poursuite de son contrat de travail. Par conséquent, la consécration d'un droit du salarié sur l'emploi reviendrait à nier le droit de l'employeur de mettre fin au contrat de travail. Or, ce droit de mettre fin au contrat est rappelé expressément par l'article L. 1231-1 du Code du travail : « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ». De surcroît, ainsi que cela a été démontré concernant l'indemnité de rupture, la justification de cette indemnité est indépendante du droit de mettre fin à la relation contractuelle avec l'agent commercial. Un raisonnement similaire peut être tenu à l'égard de l'indemnité de licenciement : sa justification est indépendante du droit de mettre fin à la relation contractuelle avec le salarié ; elle doit être recherchée ailleurs. Au vu de ces critiques, M. Revet propose de retenir plutôt l'idée de plus-value impayée produite par le travail du salarié au profit de l'employeur¹⁰⁴⁰. Ainsi, selon lui, « le salaire étant la contrepartie de la mise à disposition de la force de travail, il est indépendant du profit procuré par sa mise en œuvre. Or cette situation est susceptible de créer, au détriment du salarié, un déséquilibre ». Plus précisément, il existe une différence entre « le prix de la location de la force de travail » et « la plus-value qu'elle produit ». Justement, « l'indemnité de licenciement a pour fonction de corriger cette distorsion – exactement comme l'indemnité de clientèle, mais de façon beaucoup plus limitée. Elle a donc une finalité rémunératoire, ayant pour cause le travail fourni »¹⁰⁴¹.

L'idée de la plus-value impayée produite par le travail du salarié au profit de l'employeur correspond à la structure économique du contrat de travail : la différence entre la valeur créée par l'industrie du salarié et son salaire constitue précisément le

¹⁰³⁹Thierry Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, 1992, 262, p. 283.

¹⁰⁴⁰ Par exemple, G. H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », JCP, 1957, I, Doctrine, 1391, 1 : « la plus-value impayée produite par le travail et ayant largement contribué à la prospérité et au développement de l'entreprise ; considération paternaliste, « la dette de reconnaissance contractée par le patron », ainsi que la qualité du personnel qu'il aurait intérêt à s'attacher ; surtout le souci de garantir la stabilité de l'emploi, le chef d'entreprise ayant tendance à éliminer les travailleurs âgés – donc d'un reclassement difficile – après les avoir utilisés au maximum de leur rendement »

¹⁰⁴¹ Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, 264, p. 285.

fondement économique du contrat de travail¹⁰⁴². En effet, en théorie, aucun employeur ne va recruter un salarié qui lui coûtera aussi cher en salaires que ce que son industrie va produire comme valeur. Cette valeur est créée par l'industrie du salarié, qui a mis « sa force de travail » à la disposition de l'employeur moyennant un lien de subordination¹⁰⁴³. Selon la vision contemporaine de la justice sociale, ce mécanisme sera considéré comme source d'injustice : il faut protéger davantage la partie faible dans une relation, et lui accorder plus d'avantages afin de rééquilibrer la relation. Ainsi, il s'agit avant tout d'un choix d'ordre politique. Cependant, il n'est pas concevable de remettre en cause complètement le fondement du contrat de travail¹⁰⁴⁴ : le remboursement au salarié de la survaleur impayée du résultat de son travail détruirait le contrat de travail¹⁰⁴⁵. Par conséquent, seul un partage de cette survaleur entre le salarié et l'employeur sera envisageable¹⁰⁴⁶. Il convient de préciser dès lors la façon de partager cette survaleur.

¹⁰⁴² *Ibid.*, 265, p. 286-287 : « L'interdépendance entre le salaire et l'utilité effective de la force de travail incite à considérer que, tant que dure le contrat de travail, le salarié produit plus de valeur qu'il n'en coûte. La preuve en est donnée par le caractère fondamental de la liberté de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. [...] C'est, d'ailleurs, au nom de l'atteinte portée à la liberté de résiliation de l'employeur que la Cour de cassation annule, ou, au minimum, réduit les stipulations contractuelles prévoyant une indemnité de licenciement d'un montant excessif : elles nient l'une des caractéristiques essentielles du contrat de travail, l'intérêt économique résidant, pour l'employeur, dans l'indépendance entre le salaire et la plus-value procurée par le travail ».

¹⁰⁴³ Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, 324, p. 358 : la force de travail est objet du contrat de travail ; le lien de subordination a pour fonction l'objectivation de la force de travail, afin qu'elle puisse être mise à la disposition de l'employeur ; Alain Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 132 : « L'assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance. La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession. Ainsi, s'est trouvé lié, dans le contrat de travail, le travail en tant que bien détachable du travailleur, et la subordination en tant que forme particulière d'entrée en possession de ce bien ».

¹⁰⁴⁴ Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, 262, p. 283.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, 266, p. 288-289 : « On ne peut donc envisager l'indemnité de licenciement comme un salaire différé, capitalisé, car le salaire dû n'aurait pas été intégralement versé au travailleur : cette analyse reliant juridiquement le salaire et la plus-value remet en question l'indépendance entre ces deux éléments. Or tel est loin d'être l'objet de l'indemnité de licenciement : à l'instar de nombreuses dispositions du droit du travail, elle se contente d'encadrer et de limiter la subordination juridique et les effets qu'elle engendre, sans aucunement la supprimer. L'indemnité de licenciement est donc une créance rémunératoire non salariale ».

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, 265, p. 286 : « Mise en perspective avec le faible montant de l'indemnité légale de licenciement, son caractère forfaitaire signifie qu'elle constitue la correction minimum de la distorsion entre le salaire et la plus-value : toute mise en œuvre de la force de travail aurait produit un profit au minimum égal au montant de l'indemnité ».

L'indemnité de licenciement est évaluée non seulement *au prorata* de l'ancienneté du salarié, mais également en fonction de sa rémunération par l'employeur. Au fond, et s'il s'agissait d'un droit du salarié au prolongement de ses ressources ? Peu importe le nom donné à ce droit, son contenu est le même : il s'agit d'une portion de la survalueur impayée produite par le travail du salarié, que l'employeur est obligé de partager avec lui. Au demeurant, cette analyse permet d'harmoniser la nature des indemnités accordées en raison de la fin de la relation contractuelle. En effet, lorsque le contrat du travail est à durée déterminée, l'indemnité de précarité attribuée au salarié lors de l'arrivée du terme contractuel revêt également un caractère rémunératoire : « Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation »¹⁰⁴⁷.

En résumé, les indemnités accordées aux distributeurs en raison de la cessation d'une relation contractuelle de distribution trouvent toujours leur cause dans l'industrie qu'ils fournissent. Lorsqu'il s'agit d'un distributeur salarié ou assimilé, la cause de l'indemnité se trouve dans la différence entre la valeur réellement créée par son industrie et son salaire. Lorsqu'il s'agit d'un agent commercial, la cause de l'indemnité réside dans le droit dont dispose l'agent sur le fonds de commerce du commettant, grâce à l'intégration de son industrie dans ce fonds.

¹⁰⁴⁷ L'article L. 1243-8 du Code du travail, al. 2 et 3 : « Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié / Elle s'ajoute à la rémunération totale brute due au salarié. Elle est versée à l'issue du contrat en même temps que le dernier salaire et figure sur le bulletin de salaire correspondant ».

Conclusion du Chapitre II

L'objet de l'indemnité de rupture est de compenser la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial sur un fonds de commerce. Dès lors, il convenait de préciser la nature de ce droit patrimonial et d'identifier le fonds de commerce sur lequel porte ce droit. Nous avons d'abord songé à un droit de propriété sur un fonds de commerce propre à l'agent commercial. Cependant, cette hypothèse a dû être écartée en raison de sa dissonance par rapport à l'indemnité de rupture. Il ne restait plus que celle d'un fonds de commerce du commettant. En effet, l'agent commercial exploite ce fonds au nom et pour le compte du commettant. Grâce à sa compétence (l'absence de faute grave) et sa fidélité (l'absence de démission), son industrie ne sera pas considérée comme une simple prestation de service, mais un élément constitutif du fonds de commerce du commettant. D'une part, l'intégration de cette industrie au fonds du commettant justifie un droit de l'agent à la perception de commissions, cela au titre du partage des fruits produits par ce bien commun particulier. D'autre part, cette intégration justifie l'indemnité de rupture qui vise à compenser l'intégration de l'industrie de l'agent au fonds de commerce du commettant, sur le fondement de l'accession mobilière.

Cette indemnité de rupture n'est pas applicable aux autres distributeurs.

En ce qui concerne le distributeur commerçant, il n'exploite pas un fonds de commerce au nom et pour le compte du fournisseur. Bien au contraire, c'est le fournisseur qui participe au fonds de commerce du distributeur en mettant à sa disposition des signes distinctifs. Ainsi, un distributeur commerçant ne peut pas prétendre à une indemnité fondée sur l'intégration de son industrie au fonds d'autrui. De surcroît, les arguments tirés de la situation du distributeur postérieurement à la fin de la relation contractuelle ne sont pas valables, car l'indemnité de rupture est justifiée uniquement par l'activité de l'agent pendant la durée contractuelle. L'activité postérieure de l'agent commercial n'aura aucun impact sur l'octroi de l'indemnité de rupture. Ainsi, la perte de clientèle du distributeur en raison de la clause de non-concurrence post-contractuelle ne permet pas de justifier une indemnité de rupture en son faveur, mais relève d'une question de l'équilibre entre les engagements contractuels des parties.

En ce qui concerne le distributeur salarié, son indemnité se distingue de l'indemnité de rupture tant au niveau du montant qu'au niveau de sa nature. En effet, l'indemnité spéciale de rupture du VRP vise à compenser la prise de risque qu'il prend en acceptant d'être rémunéré par des commissions ; quant à l'indemnité de clientèle du VRP, elle a pour but de réparer la perte des fruits du travail susceptibles de générer pour lui des commissions. Finalement, la justification de ces indemnités rejoint celle de l'indemnité de licenciement en droit social : partager davantage le fruit du travail du salarié entre l'employeur et lui-même.

Par conséquent, ces indemnités au profit des distributeurs se distinguent de celle de rupture due à l'agent commercial.

Conclusion du Titre II

L'indemnité de rupture a pour objet de compenser la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial lors de la fin de la relation contractuelle. Il convenait dès lors de préciser la nature et le contenu de ce droit. Les règles d'évaluation de l'indemnité de rupture ont fourni des pistes de réflexion intéressantes pour mieux cerner son objet.

En effet, l'examen de ces règles a facilité la mise à jour d'un faisceau d'indices pour déterminer l'objet de cette indemnité, qui est de compenser la perte d'un droit portant sur un fonds de commerce.

Plus précisément, il ne s'agit pas d'un droit de propriété sur un fonds de commerce propre à l'agent commercial : la perte de ce droit en tant qu'objet de l'indemnité de rupture serait inconciliable avec le régime de cette indemnité. Il s'agit au contraire d'un droit portant sur le fonds de commerce du commettant. En effet, en raison de la particularité de la mission de l'agent commercial, celui-ci participe à la constitution du fonds de commerce du commettant par son industrie. C'est donc l'intégration de son industrie au fonds du commettant qui justifie que la perte du droit de propriété sur cet élément par l'agent lors de la fin de leur coopération soit compensée. Tel est l'objectif de l'indemnité de rupture. Par conséquent, elle n'est pas applicable aux distributeurs commerçants qui n'exploitent pas le fonds de commerce au nom et pour le compte d'autrui. De même, cette indemnité doit être distinguée de celle attribuée au distributeur salarié, qui a pour objectif de partager davantage le fruit du travail du salarié entre son employeur et lui. En somme, l'indemnité de rupture est réservée à l'agent commercial.

Conclusion de la Partie II

La fin de la relation contractuelle avec un agent commercial donne lieu à une indemnité de rupture. La justification de cette indemnité est délicate. En effet, puisque l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle constitue une cause directe de l'indemnité de rupture, il est naturel de penser que la justification de cette indemnité se trouve en lien avec ce droit. À cet égard, deux pistes sont envisageables : soit l'indemnité de rupture est justifiée par une négation du droit de mettre fin à la relation contractuelle, soit l'indemnité est justifiée par une limitation de ce droit. Dans les deux cas, l'indemnité de rupture semble pouvoir s'apparenter à une sanction de la mise en œuvre du droit de mettre fin à la relation contractuelle. Cependant, un examen approfondi de ces deux pistes montre qu'aucune d'elles n'est judicieuse. Justifier l'indemnité de rupture à partir du droit de mettre fin à la relation contractuelle n'apparaît donc pas comme la voie appropriée, car l'indemnité de rupture présente des intérêts dépassant la notion de ce droit subjectif. Il semble plus efficient d'effectuer une recherche à partir de l'objet de l'indemnité : la difficulté à justifier l'indemnité de rupture se trouve probablement dans un élément incompris par le langage juridique. Il convient dès lors de privilégier la recherche de l'utilité et de la raison d'être de cette indemnité.

En effet, la compensation de la perte d'un droit patrimonial de l'agent commercial a été suggérée par la jurisprudence comme pouvant constituer l'objet de l'indemnité de rupture. L'examen des règles d'évaluation de l'indemnité de rupture permet de mettre en exergue des indices sur la nature de ce droit patrimonial perdu : il s'agit d'un droit portant sur le fonds de commerce du commettant dans la mesure où, en raison de la particularité de sa mission, l'agent commercial participe à la constitution du fonds de commerce du commettant par son industrie. D'une part, en partageant les fruits de cette propriété commune avec le commettant, l'agent commercial a droit aux commissions pendant la durée contractuelle. D'autre part, en appliquant la théorie de l'accession mobilière, l'intégration de l'industrie de l'agent commercial au fonds du commettant justifie que soit compensée la perte de son droit de propriété sur cet élément au moment de la fin de la relation contractuelle. De cette façon, l'indemnité de rupture trouve sa justification et s'avère en conséquence inapplicable aux distributeurs

commerçants qui n'exploitent pas de fonds de commerce au nom et pour le compte d'autrui. De même, cette indemnité doit être distinguée de l'indemnité du distributeur salarié, dont l'objectif premier est de partager davantage le fruit du travail du salarié entre son employeur et lui. Il n'en demeure pas moins que l'ensemble de ces indemnités sont justifiées indépendamment du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Conclusion générale

Il existe un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, au profit du distributeur comme du fournisseur. Ce droit comprend deux hypothèses : le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et le droit de refuser de poursuivre un contrat au-delà de son terme contractuel. Le contenu de ce droit reste identique à l'égard de l'ensemble des contrats de distribution, y compris ceux conclus avec un distributeur mandataire. En effet, lorsqu'un fournisseur souhaite mettre fin à sa relation contractuelle avec un distributeur mandataire, il ne dispose ni d'un droit plus étendu, ni d'un droit plus restrictif. Tout d'abord, il ne peut pas prétendre bénéficier d'une faculté de révocation *ad nutum* fondée sur la gratuité du contrat. Ensuite, il ne peut pas voir son droit remis en cause par une règle d'irrévocabilité issue du mandat *in rem suam*. En effet, ce mandat *in rem suam* qui constitue l'origine historique du mandat d'intérêt commun, est irrévocable. Cependant, la justification de l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* n'est pas applicable au contrat de distribution *via* un distributeur mandataire. Enfin, le fournisseur ne peut pas non plus voir son droit limité par l'exigence d'un motif légitime pour l'exercer, car cette exigence serait incompatible avec le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Par conséquent, le fournisseur qui entend mettre fin à une relation contractuelle avec son distributeur mandataire bénéficie d'un droit identique à celui qu'il aurait vis-à-vis d'un distributeur commerçant. Dès lors, il est possible d'affirmer l'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle commun aux contrats de distribution.

L'exercice de ce droit s'effectue sous le contrôle de la théorie de l'abus. En effet, la sanction de l'abus du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution est fondée sur le manquement du titulaire du droit à un devoir moral de bonne foi. Plus exactement, la rupture abusive de la relation contractuelle de distribution se caractérise par un manquement au devoir moral de maintien temporaire de cette relation. Ce critère permet de prendre en compte l'articulation entre l'abus et le droit subjectif : le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution participe à la constitution de l'abus en ce que ce droit constitue un élément nécessaire mais insuffisant de l'abus. En principe, ce critère de qualification de la rupture abusive s'applique à la rupture brutale.

Néanmoins, au fil du temps, la notion de rupture brutale a acquis son autonomie grâce à la consécration législative de l'obligation de préavis. En d'autres termes, elle s'est s'émancipée de la rupture abusive, tant au niveau de la notion que du régime.

Lorsque le fournisseur met en œuvre le droit de mettre fin à une relation contractuelle avec un agent commercial, le titulaire de ce droit peut être redevable d'une obligation d'indemniser son partenaire. Cependant, tout en constituant la cause directe de cette indemnité de rupture, la mise en œuvre de ce droit n'en constitue pas pour autant la justification. En effet, la justification de l'indemnité de rupture de l'agent commercial se trouve davantage dans la compensation de l'intégration de son industrie au fonds de commerce du commettant. Lorsque l'agent commercial est fidèle (l'absence de démission) et compétent (l'absence de faute grave), son industrie ne sera pas considérée comme une simple prestation de service, mais un investissement apporté au fonds de commerce du commettant. L'indemnité de rupture se justifie donc sur le fondement de l'accession mobilière. La difficulté à appréhender cette justification réside dans la méconnaissance de l'industrie de l'agent en tant que composante du fonds de commerce, même si la notion d'apport en industrie existe en droit des sociétés.

Ainsi, la justification de l'indemnité de rupture est indépendante du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Il n'en demeure pas moins que c'est la mise en œuvre de ce droit qui constitue « l'acte déclencheur » de ces indemnités. Il en est de même pour l'indemnité versée en fin de contrat au distributeur salarié. Celle-ci vise en quelque sorte à partager davantage le fruit du travail du salarié. En résumé, l'indemnité de fin de contrat de distribution présente un intérêt qui dépasse le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution. Ainsi, elle ne peut pas être comprise via les raisonnements tirés de ce droit subjectif. Toutefois, aucune des indemnités de fin de contrat n'est applicable au distributeur commerçant qui n'exploite pas un fonds de commerce au nom et pour le compte d'autrui, et ne subit pas de lien de subordination par rapport à son cocontractant.

En conclusion, il existe un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution applicable à l'ensemble des contrats de distribution. L'exercice de ce droit est soumis au contrôle de la théorie de l'abus, dont la sanction s'explique par la violation

de l'obligation morale de maintien temporaire de la relation contractuelle. Si la mise en œuvre de ce droit peut déclencher le versement d'une indemnité au profit du distributeur mandataire ou salarié, cela ne constitue ni une négation de ce droit, ni une limitation de ce droit, car l'indemnité est justifiée par des considérations étrangères au droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution.

Bibliographie

I. Dictionnaires juridiques

CADET (E.), FERRAND (P.), *Dictionnaire usuel de législation comprenant les éléments du droit civil, commercial, industriel, maritime, criminel, administratif, etc.*, Librairie Classique Eugène Belin, 8^e éd., 1895

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 11^e éd., 2016

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016

HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2^e éd., 2015

II. Ouvrages généraux

ARCELIN-LECUYER (L.), *Fiches de droit de la distribution*, Ellipses, 2012

AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 5^e éd., 2017

AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZAGHARIAE*, Tome 6, *revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par Étienne BARTIN*, Librairie de la Cour de cassation, 5^e éd., 1920

BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, Puf, Thémis, 1996

BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G. J.), *Traité des contrats. Les contrats de la distribution*, L.G.D.J., 1999

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 15^e éd., 2016

BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, L.G.D.J., 9^e éd., 2017

BOURDOT DE ROCHEBOURG (C.-A.), *Nouveau coutumier général, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom de Gaules*, Tome 3, Michel Brunet, 1724

BREDIN (J.-D.), *Code civil des français 1804*, Dalloz, 2004

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 15^e éd., 2016 ; *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^e éd., 2014

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-Ch.), *Droit de la distribution*, L.G.D.J., 2017

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, 2016, 12^e éd.

CAPITANT (H.), COLIN (A.), *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, Tome 2, Librairie Dalloz, 7^e éd., 1932

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 13^e éd., 2015

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Tome 4, *Les obligations*, Puf, 22^e éd., 2010

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016

COLLARD DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2015

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, reproduction de l'éd. 1952, ATIAS C. (Préf.), Dalloz, Boulton Senior Fellow McGill University, 2008

DALLOZ (D.), DALLOZ (A.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Tome 30, Au bureau de la jurisprudence générale, 1853 ; Tome 33, Au bureau de la jurisprudence générale, 1853 ; Tome 40, Au bureau de la jurisprudence générale, 1858

DECOCQ (G.), BALLOT-LENA (A.), *Droit commercial*, Dalloz, 7^e éd., 2015

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Tome 2, Librairie Arthur Rousseau, 1923

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016

DISSAUX (N.), JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2016

DOUVILLE (T.) ALLEAUME (Ch.), CHONE-GRIMALDI (A.-S.), *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino, Lextenso, 2016

DURANTON (A.), *Cours de droit français, suivant le Code civil*, Tome 10, Bruxelles, 3^e éd., 1835

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 1- contrat et engagement unilatéral*, Puf, 2016

FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 6^e éd., 2016

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 14, Videcoq, 1856

FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014 ; *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, L.G.D.J., 3^e éd., 2009

HUC (T.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, Tome 12, *Mandat ; Cautionnement ; Transaction ; Contrainte par corps ; Gage et antichrèse ; Mont-de-piété, warrants, etc., Art. 1984 à 2004*, Librairie Cotillon, 1899

JHERING (R.-V.), *L'évolution du droit (Zweck im recht)*, traduit pour la 3^e édition allemande par O. de Meulenaere, Librairie A. Maresque, Aîné, Chevalier-Marescq et C^{ie}, éditeurs, 1901

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Traité de droit civil*, Tome 3, *Les obligations, le contrat*, Economica, 8^e éd., 2016

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Tome 27, A. Durand & Pedone Lauriel, 1877 ; Tome 28, A. Durand & Pedone Lauriel, 1877

LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018/2019, Dalloz, 2017

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^e éd., 2015

LEVY (J-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010

LUCAS (F.-X.), *Le droit des affaires*, Puf, 2005

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016

MALAUURIE (P.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), AYNES (L.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 9^e éd., 2017

MALAUURIE-VIGNAL (M.), HEINTZ (D.), *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2017

MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome 3, 8^e éd., J. Delamotte Éditeur, 1894

MERLIN (P.-A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome 10, 5^e éd., 1827

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), ARNAUD-GROSSI (I.) et alii, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J., 29^e éd., 2012

MOUSSERON (J.-M.), BURST (J.-J.), CHOLLET (N.) et alii, *Droit de la distribution*, Librairies techniques, 1975

PEDAMON (M.), KENFACK (H.), *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, Précis, 4^e éd., 2015

PIEDELIEVRE (S.), *Droit commercial*, Dalloz, 10^e éd., 2015

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit*, Tome 2, *Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et les hypothèques*, L.G.D.J., 9^e éd., 1923

PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, Tome 8, *Commentaire-Traité des petits contrats, Tome 1. Prêt – Dépôt et séquestre – Contrats aléatoire – Mandat*, Delamotte et Fils, Libraires-Éditeur, 2^e éd., 1877

PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, 2^e année, Les obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2016

POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier, Nouvelle édition ornée du portrait de l'auteur, publiée par M. SIFFREIN*, Tome 1, Chanson, Imprimeur-Libraire, 1821 ; Tome 6, Chanson, Imprimeur-Libraire, 1821 ; M. BERNARDI (revu par), *Traité du contrat de vente, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Fontainebleau, 1806

RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 8^e éd., 2015

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., Lextenso, collection Anthologie du droit, 2014

SIMLER (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016

TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^e éd., 2013

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), *Droit civil, les biens*, Dalloz, Précis, 9^e éd., 2014

TOULLIER (C.-B.-M.), DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome 4, *Continuation (Articles 1582 et suivants)*, Jules Renouard Libraire, 1837

TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente, Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier*, Tome 16, Hingray, 1846

VANDERCAMMEN (M.), JOSPIN-PERNET (N.), *La distribution*, De boeck, 3^e éd., 2010

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 4^e éd., 2013

VOGEL (L.), *Traité de droit des affaires de G. Ripert et R. Roblot sous la direction de M. Germain*, Tome 1, volume 1, L.G.D.J., 19^e éd., 2010

VOGEL (L.), VOGEL (J.), *Droit de la distribution*, Lawlex, Bruylant, 2^e éd., 2017

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, Puf, 3^e éd., 2008

III. L'Encyclopédie

ALBIGES (Ch.), *Indivision (Généralités)*, Répertoire de droit civil, Dalloz

ALLIOT (J.-L.), *Indemnité de licenciement*, Jurisclasseur Travail Traité, Fasc. 32-2

CADIET (L.), LE TOURNEAU (Ph.), *Abus de droit*, Répertoire de droit civil, Dalloz

CESARO (J.-F.), *Agents commerciaux*, Jurisclasseur Travail Traité, Fasc. 4-3 ; *Voyageurs, représentants et placiers - Rupture du contrat*, Jurisclasseur Travail Traité, Fasc. 4-30

DEVESA (Ph.), THOMASSET-PIERRE (S.), *Courtier, Courtage, Régime général*, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 326

DISSAUX (N.), *Agent commercial*, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 324 ; *Fonds de commerce*, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 201

DURANTON (G.), *Courtier*, Répertoire Dalloz de droit commercial

GOSSELIN-GORANT (A.), *Commerçants*, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 42

GUEZ (Ph.), *Contrat de courtage*, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc. 850

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - contrat d'agence*, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc. 3490, Fasc. 3500

HOUTCIEFF (D.), *Acte de commerce*, Répertoire de droit commercial, Dalloz

LATINA (M.), *Contrat (Généralités)*, Répertoire de droit civil, Dalloz

LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, Répertoire de droit commercial, Dalloz

LE TOURNEAU (Ph.), *Responsabilité (en général)*, Répertoire de droit civil, Dalloz

LE TOURNEAU (Ph.), POUMAREDE (M.), *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, Dalloz

MAITROT (A.), *Traitements et salaires - Eléments du revenu imposable - Sommes perçues en fin d'activité*, Jurisclasseur Notarial Répertoire, Fasc. 408-20

NAJJAR (I.), *Donation*, Répertoire de droit civil, Dalloz

PETIT (B.), ROUXEL (S.), *Contrats et obligations - Définition et classification des contrats*, Jurisclasseur Civil Code, Art. 1101 à 1108-2, Fasc. unique

PICOD (Y.), *Contrats et obligations*, Jurisclasseur Civil Code, Art. 1134 et 1135 - Fasc. unique

PIGNARRE (G.), *Prêt*, Répertoire de droit civil, Dalloz

PORTERON (C.), *Infraction*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz

SEUBE (J.-B.), *Contrat - Caducité du contrat*, Jurisclasseur Civil Code, Art. 1186 et 1187, Fasc. unique

STORCK (M.), *Contrats et obligations - Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire*, Jurisclasseur Code civil, Art. 1184, Fasc. 10

VIALLA (F.), *Clientèle*, Répertoire de droit civil, Dalloz

VOINOT (D.), *Agent d'affaires*, Répertoire de droit commercial, Dalloz

IV. Ouvrages spéciales

AL SURAIHY (Y.), *La fin du contrat de franchise*, thèse, 2008

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, L.G.D.J., 1995

- ANDRE (M.-E.), *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1991
- ANDRE (M.-E.), DESTOURS (S.), RAYNARD (S.) et alii, *Trente ans de droit de la distribution à travers la lettre de la distribution : contrats de la distribution, pratiques anticoncurrentielles, transparence tarifaire et autres pratiques restrictives*, LexisNexis, 2007
- ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.), GRIGNON (P.), *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005
- BAKOUICHE (D.), *L'excès en droit civil*, L.G.D.J., 2005
- BARBAUD (M.-O.), *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, L.G.D.J., 2014, Paris
- BARRAU (P.), HORDERN (F.), *Histoire du droit du travail par les textes, Cahiers de l'Institut régional du travail*, Tome 1, « De la Révolution à la 1^{ère} Guerre Mondiale » (1791-1914), Université de la Méditerranée, 1999, n° 8 ; Tome 2, « D'une guerre à l'autre » (1919-1944), Université de la Méditerranée, 1999, n° 8 ; Tome 3, « De la libération à l'alternance » (1945-1981), Université de la Méditerranée, 2000, n° 8
- BERNUS (M.-A.), *De la vente et du nantissement des fonds de commerce, Documents et débats parlementaires formulaire*, A. Rey et Cie, Imprimeurs-Éditeurs, 1909
- BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 2016
- BOUT (R.), PRIETO (C.), *Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation*, Lamy, 1998
- CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, P.U.A.M., 2006
- CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Sirey, 1970.

CHAPUT (Y.), ALEXANDRE-CASELLI (C.), COURET (A.) et alii, *La clientèle appropriée*, Litec, 2004

CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Litec, 2006

CHAUCHARD (J.-P.), *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, La Documentation Française, 2003

CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, Université Pierre Mendès France, 1996

COUSI (P.), MARION (G.), *Les intermédiaires du commerce, concessionnaires, agents commerciaux, représentants, VRP, courtiers et commissionnaires, Analyse et étude comparative*, L.G.D.J., 1963

DELPECH (X.), *Fonds de commerce*, Delmas, 18^e éd., 2011

DEVIN (P.-G.), *Droit romain, Procuratio in rem suam. Droit français, Les titres au porteur*, Thèse pour doctorat, Faculté de Droit de Paris, 1872

DIAS (C.), *Le temps et les contrats de distribution commerciale*, thèse, Université de Versailles-Saint-Quentin-En-Yvelines, 2010

DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, L.G.D.J., 2000

DIKOFF (L.), *La procuration irrévocable*, L.G.D.J., 1932

DILOY (Ch.), *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, L.G.D.J., 2000

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, L.G.D.J., 2007

DOMENGET (M.), *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires (commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Napoléon, des articles 1372 à 1376, et 1783 à 1786 du même code, du Titre VI du Code de commerce, et des articles 111, 115 et 332 du même code, contenant la théorie et la jurisprudence)*, Tome 1, Cotillon, Éditeur, Libraire du Conseil d'État, 1862

- DREYER (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 3^e éd., 2014
- DUBOIS (Ch.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue*, L.G.D.J., 2016
- DUMERY (A.), *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, L'Harmattan, 2011
- ENCINAS DE MUNAGORI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1996
- ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, L.G.D.J., 2008
- FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, PAUM, 1997
- FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Litec, 1998 ; *L'agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, Litec, 2^e éd., 2005
- GAIN (M.-O.), *Essai sur l'abus de droit*, Thèse, Lille 2, 1991
- GALLIER-ZAIMI (A.), *Les contrats de distribution des produits, Essai sur une typologie*, A. GHOZI (dir.), thèse, Paris, 1992
- GAMET (L.), *Rupture du contrat de travail 2011/2012*, Delmas, 12^e éd., 2011
- GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, L.G.D.J., 1996
- E. A. GERARD (P.), *De la cession des créances en droit romain (procuratio in rem suam) et en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1873
- GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., 2007
- GRIGNON (Ph.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Paris, Litec, 2000
- GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires & du mandat, Livre III, Titres XII et XIII du Code civil*, 2^e éd., A. Durant & Pedone-Lauriel Éditeurs, 1894

HORDERN (F.), SOUBIRAN-PALLET (F.), THOLOZAN (O.) et alii, *Histoire du contrat de travail*, Cahiers de l'Institut régional du travail, Université de la Méditerranée, 2004, n° 12

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 2006

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, L.G.D.J., 2005, Paris

LE BESCOND DE COATPONT (M.), *La dépendance des distributeurs*, Institut Universitaire Varenne, 2016

LE CROM (J.-P.), *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, Les éditions de l'Atelier, 1998

LELOUP (J.-M.), *La franchise : droit et pratique*, Delmas, 4^e éd., 2004 ; *Agents commerciaux : statuts juridique, stratégies professionnelles*, Delmas, 7^e éd., 2015

LEROY (J.), *Droit pénal général*, L.G.D.J., 5^e éd., 2014

LE TOURNEAU (Ph.), *Les contrats de concession*, Litec LexisNexis, 2^e éd., 2010 ; *Les contrats de franchisage*, Litec, 2007

LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2002

MERVILLE (A.-D.), *Les aspects juridiques de la spéculation en droit privé*, thèse, Paris I, 2001

MESTRE (J.), GERARD (Y.), FERRIER (D.) et alii, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, P.U.A.M., 1997

NEMOURS-AUGUSTE (L.), *De la distinction du mandat salarié et du louage de services*, thèse, Paris, 1914

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989

PIGACHE (Ch.), *Le mandat d'intérêt commun, Élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun*, thèse, 1991

PIN (X.), *Droit pénal général*, Dalloz, 9^e éd., 2018

PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, L.G.D.J., 2007

PINCHART (B.), TRIAILLE (J.-P.), *Les contrats de distribution commerciale, en droit belge et en droit français*, Larcier, 1996

QUEZEL-AMBRUNAZ (Ch.), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e éd., 2017

RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, thèse, 2009, Toulouse I

RENET (Th.), *La force de travail, étude juridique*, Litec, 1992

REY (P.), TIROLE (J.), BUREAU (D.) et alii, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La documentation française, 2000

REYGROBELLET (A.), DENIZOT (Ch.), *Fonds de commerce*, Dalloz, Action, 2^e éd., 2012

RIVERO (J.), SAVATIER (J.), *Droit du travail*, Puf, 13^e éd., 1993

SAVATIER (R.), *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse, Société Française d'imprimerie et de librairie, 1916

SAYAG (A.), *Le contrat-cadre, 1, Exploration comparative*, Litec, 1995 ; *Le contrat-cadre, 2, La distribution*, Litec, 1995

SEVELY-FOURNIER (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, Dalloz, 2010

SIAU (B.), *Le contrat de distribution agréée*, Thèse, 2003

SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, JOLY, Lextenso, 2009

SINE VEIGNE (J.-R.), *Le droit à la clientèle dans les nouvelles structures juridiques de la distribution commerciale*, thèse, Université d'Orléans, 1992

SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, P.U.A.M., 2003

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, L.G.D.J., 2000

TESTU (F.-X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, Référence, 2010

VALÉRY (J.), *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse, Aix-Marseille, 1898

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986

VOUIN (R.), *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, L.G.D.J., 1939

V. Articles

ALLEAUME (Ch.), « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *Les Petites Affiches*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 21

AMEDEE-MANESME (G.), « La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce », *JCP E*, 2010, n° 5, p. 28

AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Répertoire du Notariat Défrénois*, 30 mars 2003, n° 6, p. 369

ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1998, n° 6, p. 31

AUQUE (F.), « La commission-affiliation », *AJDI*, 1 décembre 2001, n° 12, p. 1059 ; « Bail commercial et commerces intégrés », in Hallouin J.-C., et Causse H. (dir.), *Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, L.G.D.J., 2005, p. 167 ; « L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce », *Gaz. Pal.*, 17 juin 2009, n° 151, p. 64 ; « La propriété commerciale du commissionnaire-affilié », *JCP E*, 7 octobre 2010, n° 40, p. 22

BAKOUICHE (D.), « La rupture par le concédant d'un contrat de concession à durée indéterminée et le libéralisme contractuel », *Lexbase Hebdo, Edition Privée Générale*, 6 mai 2004, n° 119

BARBIER (J.-D.), « Distribution intégrée, fonds de commerce désintégré », *Administrer*, 1 août 1994, n° 259, p. 2

BASCHET (D.), « La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou... la franchise en danger de mort », *Gaz. Pal.*, 9 novembre 1994, n° 313, p. 2

BAYER (E.), « La propriété du contrat », *Les Petites Affiches*, 1 mars 2006, n° 43, p. 6

BECQUE (Ph.), « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », *Cahier du droit d'entreprise*, 1985, n° 6, p. 24

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Rupture du contrat de distribution et entretien préalable avec son concessionnaire », *RDC*, 1 avril 2004, n° 2, p. 392 ; « Les obstacles à la sortie du franchisé », *RLDA*, 1 juillet 2012, n° HS, p. 32

BEN SOUSSEN (M.), « Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce », *RLDA*, 1 juillet 2012, n° HS, p. 14

BIHR (V.-P.), « Le temps de la restitution dans le prêt à usage », in *Mélanges Aubert*, Dalloz, 2005, p. 33

BLANC (G.), « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in ANCEL P., AUBERT G. et CHAPPUIS Ch. (dir.), *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 117 ; « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin (article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989) », *Recueil Dalloz Sirey*, 9 septembre 1993, n° 30, p. 218

BOCCARA (B.), « Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, doct. 1021

BOULOC (B.), « Agent commercial. Indemnité de rupture », *RTD com.*, 2015, p. 147

BOURGEON (Ch.), « Rupture abusive et maintien du contrat : observation d'un praticien », *Revue des contrats*, n° 1, 1 janvier 2005, p. 109

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 85

BUHAGIAR (T.), « Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ? », *JCP E*, 1975, II, 11838

BUY (F.), « L'imputabilité de la rupture d'une relation contractuelle », *Revue Lamy Droit civil*, 1 décembre 2004, n° 11, p. 59 ; « La Cour d'appel de Paris considère que la réalité de la réorganisation du partenaire évincé est un élément à prendre en compte pour apprécier si le préavis est suffisant », *Concurrences*, 1 mai 2016, n° 2, p. 131 ; « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », *Revue Lamy Droit civil*, 1 décembre 2016, n° 143, p. 12 ; « La Cour de cassation décide que le côté prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas, en lui-même, celle-ci de son caractère brutal », *Concurrences*, 1 décembre 2016, n° 4, p. 125 ; « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017 », *Revue Lamy Droit civil*, 1 janvier 2018, n° 155, p. 12 ; « Préavis suffisant : la Cour de cassation met fin à la rébellion de la Cour d'appel de Paris et refuse que la réalité de la réorganisation de la victime soit prise en compte pour apprécier le caractère suffisant du préavis accordé », *Concurrences*, 5 juillet 2017, n° 4, p. 121

CABRILLAC (M.), « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », *D.* 1964, Chronique, p. 184

CAMERLYNCK (G.-H.), « L'indemnité de licenciement », *JCP G*, 1957, I, 1391 ; « La nouvelle définition de représentant de commerce statutaire », *JCP G*, 1957, I, 1369 ; « L'indemnité de clientèle du représentant de commerce », *JCP G*, 1957, I, 1347

CAPITANT (H.), « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 371

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1996, p. 206

CATONI (J.), « Le décret du 23 décembre 1958 et la résiliation du contrat de représentation commerciale », *Gaz. Pal.*, 1959, 1, p. 75

CHAMBONNAUD (J.), « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », in *Mélanges J. Derrupé*, Litec, Joly, 1991, p. 24

CHAMPAUD (C.), « La concession commerciale », *RTD com.*, 1963, 31, p. 475

CHANTEPIE (G.), « La précarité des relations commerciales », *JCP E*, 11 octobre 2012, n° 41, p. 20

CHEVRIER (E.), « La rupture brutale des relations commerciales établies ne s'applique pas à l'agent commercial », *Dalloz actualité*, 20 avril 2012, n° 20

COLLOMB (P.), « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.*, 1979, p. 15

CONSTANTIN (A.), « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (première partie) », *Les Petites Affiches*, 14 septembre 1998, n° 110, p. 9 ; « Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, 16 septembre 1998, n° 111, p. 17

DE BELOT (Ph.), « Un franchisé a-t-il droit à la propriété commerciale ? », *Administrer*, 1991, n° 3, p. 2

DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive », *JCP E*, 1984, II, 14246

DELPECH (X.), « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du "solidarisme contractuel" ? », *D.* 2001. 302

DEMOGUE (R.), « Du droit de résiliation unilatérale du contrat », *RTD civ.*, 1907, p. 245

DERRUPE (J.), « Fonds de commerce et clientèle », in *Études dédiées à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 231 ; « Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ? », *AJPI*, 1997, p. 1002 ; « La propriété commerciale des concessionnaires et franchisés », *Les Petites Affiches*, 23 avril 1997,

p. 70 ; « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz Litec, 1999, p. 577

DESHAYES (O.), « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RLDA*, 1 juillet 2010, n° 51, p. 98

DILOY (Ch.), « Distinction entre le contrat d'agence commerciale et le courtage », *JCP E*, n° 46, 15 octobre 2001, p.1818 ; « L'opération de courtage : étendue des pouvoirs du courtier et incidences lors de l'extinction du contrat à l'initiative du donneur d'ordres », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, p. 94

DUPICHOT (J.), « La résolution judiciaire des contrats successifs : un effacement intégral du contrat ? », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 1983, panorama de jurisprudence, p. 54

DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *Actualité Juridique contrat*, avril 2017, n° 4, p. 159

EL HAGE (M.), « La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale », *RTD com.*, 1994, p. 196

FAGES (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1998, n° 6, p. 12

FERRIER (D.), « Concurrence-Distribution, panorama 2004 », *D.* 2005, 148 ; « La patrimonialisation des contrats de l'entreprise », in BLARY-CLEMENT (E.), PLANCKEEL (F.), *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, Larcier, 2014, p. 96 ; « L'intérêt commun dans le contrat de concession », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1979, n° 6, p. 12

FOURGOUX (J.-L.), « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », *AJCA*, 2016, p. 127

GENICON (Th.), « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Droit et patrimoine*, 2014 ; « "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats – Libres

propos par Thomas Genicon », *JCP G*, n° 38, 14 septembre 2015, p. 1606 ; « Mandat et représentation », in REMY B. (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013, p. 33

GHESTIN (J.), « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999 ; « Le mandat d'intérêt commun », in *Mélanges J. Derrupé, Les activités et les biens de l'entreprise*, GLN Joly-Litec, Paris, 1991, p. 111

GRIGNON (Ph.), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 143

CRIMALDI (C.), « Mandat et courtage », in DISSAUX N. (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 87 ; « Rapport introductif au colloque sur l'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 989

GUERIN (S.), GENTY (N.), « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat*, 2017, p. 17

GUYNOT (J.), « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in DURAND P. (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Études de droit privé*, L.G.D.J., 1960, p. 235.

HANINE (J.-J.), « Les rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants », *Les Petites Affiches*, 11 octobre 1991, n° 122, p. 16

HASSLER (Th.), « L'intérêt commun », *RTD. com.*, 1984, p. 585

HEMARD (J.), « Les agents commerciaux », *RTD com.*, 1959, p. 573

HORDERN (F.), « Du louage de services au contrat de travail ou de la police au droit (XVIII^e -XX^e siècle) », *Cahiers de l'Institut régional du travail*, Université Aix Marseille II, 1991, n° 3, p. 1

LASSALAS (Ch.), « Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles », *Droit et Patrimoine*, 1997, juillet/août, p. 64

- LATINA (M.), « Les mesures du temps », *in Le temps et le droit, journées nationales, Tome XVIII, Dijon, Dalloz, 2014, p. 98*
- LAURENT (A.), « Le droit de rompre unilatéralement : fondements et perspectives », *Droit et Patrimoine*, 1 mai 2004, n° 126, p. 64
- LAURENT (Ph.), « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Les Petites Affiches*, 8 mars 2000, n° 48, p. 6
- LEBRETON-DERRIEN (S.), « Chroniques droit de la distribution, La clause d'objectif », *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2004, p. 516 ; « Chroniques droit de la distribution », *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2005, p. 199 ; « Chroniques droit de la distribution, la clause d'objectif », *Revue de la jurisprudence commerciale*, 2004, p. 516
- LELOUP (J.-M.), « La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun », *JCP E*, 1992, n° 1-2, p. 1
- LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157
- LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Revue des sociétés*, Juillet/Septembre 1995, n°3, p. 437
- LICARI (F.-X.), « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé », *RLDA*, 2007, n°13, p. 93
- MAINGUY (D.), « L'agent commercial, simple mandataire, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant », *JCP G*, 14 mai 2008, n° 20, p. 38 ; « Propriété et contrat », *Droit et patrimoine*, mars 2001, n° 91, p. 73 ; « Le contractant, personne de bonne foi », *in ALBIGES C., NEGRON E. (dir.), La réforme du droit des contrats et des obligations*, Presse de la Faculté de Montpellier, 2015, p. 83
- MALAUURIE-VIGNAL (M.), « Nature de l'indemnité pécuniaire allouée au salarié en contrepartie de son engagement de non-concurrence », *Contrats Concurrence*

Consommation, 1 février 2011, n° 2, p. 18 ; « La cession de fonds de commerce entraîne-t-elle automatiquement cession du contrat de franchise au profit du cessionnaire du fonds ? », *Contrats Concurrence Consommation*, 1 mai 2006, n° 5, p. 25 ; « Cessation du contrat de franchise et restitution des signes distinctifs », *Contrats Concurrence Consommation*, 1 juin 2011, n° 6, p. 44 ; « Le libre renouvellement du contrat », *Contrats Concurrence Consommation*, 1 août 2017, n° 8, p. 26.

MARTIN (A.-C.), « L'indemnisation du distributeur en raison de la seule rupture », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1000

MARX (M.), « La valeur du fonds de commerce déterminée à partir de ses capacités bénéficiaires », *AJDI*, 2001, p. 1071

MATHEY (N.), « Indemnité de fin de contrat de l'agent n'ayant perçu aucune commission », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, janvier 2015, p. 21

MAYMON-GOUTALOY (M.), « Contre une intervention législative en matière de concession commerciale », *RTD com.*, 1982, p. 520

MAZEAUD (D.), « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2477 ; « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat, colloque I.D.A. Aix-en-Provence*, P.U.A.M., 1993, p. 37

MEFFRE (J.-M.), « La rupture des relations commerciales établies : 36-5° vs 1135, Harmattan ou sirocco ? », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, n° 4, p. 13

MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in REMY B. (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Paris, 2013, p. 13 ; « Contrats et obligations - Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP N*, n° 2, 13 janvier 2017, p. 5

MESTRE (J.), « L'abus de droit dans la vie des affaires ; propos introductifs », *Droit et Patrimoine*, 06/2000, n° 83, p. 38 ; « De l'abus du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle », *RTD civ.*, 1992, p. 393

- MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution de la notion de droit subjectif », *RTD civ.*, 1966. p. 223
- MISTRETTA (P.), « La durée du prêt : entre pouvoir du juge et liberté contractuelle », *JCP G*, n° 23, 7 Juin 2000, I 234, p. 1063
- MONEGER (J.), « Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *AJDI*, décembre 2001, p. 1044
- NAJJAR (I.), « Mandat et irrévocabilité », *D.*, 2003, p. 708
- MATHONNIERE (C.), « Agent commercial : pas de commission, pas d'indemnité compensatrice », *RLDA*, janvier 2015, p. 37 ; « L'indemnité de rupture due à l'agent commercial n'est pas toujours fixée par rapport aux commissions », *Bulletin Rapide du droit des affaires*, 2014, n° 24, p. 9
- PELLET (S.), « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? », in REMY B. (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Paris, 2013, 22, p. 80
- PELLETIER (C.), « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC*, 2015, n° 3, p. 788
- PHAN THANH (F.), « Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification », in *Propriétés incorporelles, 105^e congrès des notaires de France, 17-20 mai 2009*, Lille, Éditeur Crédit Agricole, 2009, p. 29.
- PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, Chronique XIII, p. 70
- PUTMAN (E.), « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 125
- RENET (Th.), « L'indemnisation du distributeur à l'occasion de la rupture du contrat – Quelle rationalité ? », *Revue des contrats*, décembre 2015, n° 4, p. 1009

- RIPERT (G.), « Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce », *D.H.* 1939, Chronique, p. 1
- RIZZO (F.), « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit et Patrimoine*, n° 78, 1^{er} janvier 2000, p. 60
- RODIERE (R.), CHAMPAUD (C.), « À propos des “pompiste de marque” : les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur », *JCP G*, 1966, I, 1988
- ROUAST (A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.*, 1944, p. 1
- ROUBIER (P.), « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.*, 1935, p. 251
- ROUQUIE (S.), « Mode de calcul de l’indemnité de fin de contrat », *JCP G*, n° 29, 20 juillet 2005, II 10102, p. 1411
- SALLE DE LA MARNIERRE (M.), « Le mandat irrévocable », *RTD civ.*, 1937, 9, p. 258
- SAUVAT (Ch.), « Le contrat de bienfaisance », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2005-4 (Volume I), p. 1955
- SAVATIER (J.), « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Droit social*, février 1989, n° 2, p. 126
- SAVATIER (R.), « L’introduction et l’évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, tome II, p. 559
- SAVAUX (E.), SCHUTZ (R.-N.), « Le contrat de prêt et la restitution de la chose empruntée », in *Mélanges PAYET*, Dalloz, 2011, p. 493
- SCHMITT (D.), « L’approche par le marché de la valeur des fonds de café, bar-brasserie, restaurant », *AJDI*, 2001, p. 1065
- SERRA (Y.), « La clientèle », *Droit et patrimoine*, juillet 1996, n° 40, p. 67
- SEUBE (J.-B.), « L’article 1186 du projet : la caducité », *Revue des contrats*, 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 769 ; « Résolution ou résiliation des contrats à exécution successive », *Revue des contrats*, 1 avril 2004, n° 2, p. 365

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat et le droit de la distribution », in HALLOUIN J.-C., CAUSSE H. (dir.), *Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, L.G.D.J., 2005, p. 177 ; « Le préjudice réparable sous L. 442-6-I-5° », in RAYNARD J. (dir.), *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale – Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, LexisNexis, F.N.D.E., 2018, p. 1

SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, février 2000, p. 132

TERRE (F.), « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^e éd., 2017, p. 1

THIBIERGE (C.), « Rapport de clôture du 60^e congrès des notaires de France », *RTD com.* 1962, p. 585

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, 29, p. 357

THREARD (J.), « Le statut légal du concessionnaire », *JCP*, 1977, II, 12536, p. 446

VERGUCHT (P.), « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1997, p. 142

VIOLLET (L.), « Fonds de commerce d'hôtel : approche des valeurs négociées sur le marché », *AJDI*, 2001, p. 1068

VIRASSAMY (G.), « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », *JCP E*, 21 juin 1990, n° 25, p. 419

VOGEL (L.), VOGEL (J.), « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *Contrats Concurrence Consommation*, Août-Septembre, 1991, n° 8-9, p. 1

WINTGEN (R.), « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Revue des contrats*, 1 janvier 2008, n° 1, p. 73

V. Ressources électroniques

THIBIERGE (L.), « L'impossibilité d'exécuter », *Blog obligations*, Dalloz 2015, <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/04/28/limpossibilite-dexecuter/>

« Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales », Document établi par la Faculté de Droit de Montpellier, pour la période du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2016, <https://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-jurisprudence>

Table des matières

Principales Abréviations	1
Sommaire.....	3
Remerciements.....	5
Introduction	7
Partie I. Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution sous le contrôle de l'abus.....	23
Titre I. L'existence d'un droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution ..25	
Chapitre I. L'identification du droit de mettre fin à la relation contractuelle	27
Section I. La fin d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique ou un acte extinctif	28
§ I. L'exclusion de la fin d'une relation contractuelle entraînée par un fait juridique.....	28
A. La caducité : une fin de la relation contractuelle entraînée par la disparition d'un élément essentiel à l'efficacité du contrat.....	29
B. La force majeure : une fin de la relation contractuelle entraînée par un événement imprévisible et irrésistible rendant l'exécution contractuelle impossible	33
C. L'arrivée du terme extinctif du contrat : une fin prévue de la relation contractuelle	37
§ II. L'inclusion de la fin d'une relation contractuelle entraînée par un acte extinctif.....	38
A. Le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée	38
B. Le refus de poursuivre une relation contractuelle au-delà du terme ...	44
Section II. La fin d'une relation contractuelle entraînée par la juxtaposition d'un fait juridique et d'un acte extinctif	48
§ I. L'imprévision : une résolution du contrat entraînée par une exécution onéreuse suite à un changement de circonstance.....	49
§ II. La résolution : une fin non rétroactive entraînée par l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle	52
§ III. Le rejet de la qualification du droit de mettre fin à une relation contractuelle.....	58
Conclusion du Chapitre I.....	65
Chapitre II. L'applicabilité au contrat de mandat du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution	67
Section I. La révocation ad nutum du mandat fondé sur son caractère bienfaisant.....	68
§ I. Pothier : la « gratuité » comme essence du mandat	68

§ II. Le Code Napoléon : la gratuité comme nature du mandat.....	72
§ III. La distinction entre la gratuité et la bienfaisance	73
§ IV. L'application des définitions à la théorie de Pothier : la bienfaisance comme essence du mandat	79
§ V. L'application des définitions à l'article 1986 du Code civil : la bienfaisance comme essence du mandat	80
§ VI. Première conséquence : l'exclusion du contrat à titre onéreux de la notion de mandat	84
§ VII. Deuxième conséquence : la justification de la révocation <i>ad nutum</i> du mandat par le mandant.....	85
Section II. L'application erronée de la révocation <i>ad nutum</i> à l'agent commercial	90
§ I. L'application de la faculté de révocation <i>ad nutum</i> au mandat « à titre onéreux », expliquée historiquement par la hiérarchie des professions	91
§ II. L'adoption du critère moderne de la qualification du mandat par la représentation juridique	95
§ III. L'inadaptation de la révocation <i>ad nutum</i> au contrat d'agence commerciale.....	99
§ IV. La justification de la solution : le caractère onéreux de l'agence commerciale.....	100
Conclusion du Chapitre II	107
Conclusion du Titre I	109
Titre II. L'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution	111
Chapitre I. Le fondement du contrôle de l'exercice abusif du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.	113
Section I. L'abus lié à l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle.....	114
§ I. Le manquement à un devoir moral lié à l'exercice d'un droit subjectif	114
§ II. L'exclusion des « ruptures abusives » sans lien avec l'exercice du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution	122
Section II. Le manquement à une obligation morale de bonne foi.....	126
§ I. L'abus constitué par le manquement au devoir de bonne foi.....	128
§ II. La qualification contestable de l'intention de nuire en abus.....	131
§ III. L'exclusion de l'intention de nuire de la notion d'abus	135

§ IV. Le contenu du devoir de bonne foi.....	141
Conclusion du Chapitre I.....	143
Chapitre II. Le critère du contrôle de l'abus : le manquement à l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle	145
Section I. L'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle de distribution	146
§ I. Un contrôle du moment de l'intervention du droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution	146
§ II. Le lien entre l'abus et le droit subjectif : une participation du droit subjectif à l'abus.....	154
§ III. Le manquement à l'obligation morale du maintien temporaire de la relation contractuelle	158
Section II. L'émancipation de l'obligation de préavis par rapport à la rupture abusive	160
§ I. La consécration législative de l'obligation de préavis	160
§ II. Le régime particulier de la rupture brutale d'une relation commerciale établie	169
Conclusion du Chapitre II	177
Conclusion du Titre II.....	179
Conclusion de Partie I.....	181
Partie II. Le dépassement du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution par une indemnité de rupture	183
Titre I. La relativité du lien entre le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution et l'indemnité de rupture	185
Chapitre I. L'impossibilité de justifier l'indemnité de rupture par la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution.....	187
Section I. L'origine historique de la remise en cause du droit de mettre fin à une relation contractuelle : le mandat <i>in rem suam</i>	188
§ I. Du mandat « d'intérêt commun » aux mandats « irrévocables »	190
A. L'analyse littérale du mandat « d'intérêt commun »	190
B. L'absence de la catégorie juridique du mandat « d'intérêt commun » au XIX ^e siècle.....	195
C. L'existence des mandats irrévocables au XIX ^e siècle.....	196
§ II. Des mandats « irrévocables » au mandat <i>in rem suam</i>	197
A. Un mandat révocable : le mandat commun donné par plusieurs mandants.....	198
1° La révocabilité d'un mandat donné par des indivisaires	202
2° Le mandat d'administration donné à un associé par le contrat de société.....	206

B. Le seul mandat irrévocable retenu : le mandat <i>in rem suam</i>	208
1° La notion de mandat <i>in rem suam</i>	209
2° Le mandat <i>in rem suam</i> : une « cession » de créance en droit romain et en droit français sous l’Ancien Régime	211
3° Le mandat <i>in rem suam</i> depuis la période du Code civil des français	214
Section II. L’irrévocabilité du mandat <i>in rem suam</i> inadaptée à l’agence commerciale	216
§ I. L’irrévocabilité du mandat <i>in rem suam</i> en raison d’un autre lien de droit	218
A. La particularité du mandat <i>in rem suam</i> : l’existence d’un autre lien de droit entre le mandant et le mandataire	218
B. L’abandon de la théorie du contrat accessoire	220
C. Le rejet de la qualification du mandat <i>in rem suam</i> en tant que mode d’exécution d’une obligation du mandant	223
D. L’abandon de la qualification du mandat <i>in rem suam</i> de contrat individuel	225
§ II. L’irrévocabilité du mandat <i>in rem suam</i> en tant que clause contractuelle d’un autre lien de droit	228
A. La qualification du mandat <i>in rem suam</i> comme « condition » de l’autre lien de droit entre les parties : un argument incomplet	228
B. La qualification du mandat <i>in rem suam</i> comme partie substantielle d’un autre contrat	230
§ III. L’inapplicabilité de l’irrévocabilité à l’agence commerciale	233
Conclusion du Chapitre I	235
Chapitre II. L’incohérence à justifier l’indemnité de rupture par une limitation du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution	237
Section I. L’incohérence à exiger un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle	238
§ I. Une explication jurisprudentielle controversée de l’exigence d’un motif légitime pour exercer le droit de mettre fin à la relation contractuelle	238
A. L’exigence d’un motif légitime dans la rupture d’un mandat d’intérêt commun	238
B. L’application de la révocation <i>ad nutum</i> à l’agence commerciale par une partie de la jurisprudence	242
C. L’exigence du motif légitime de la révocation <i>ad nutum</i> d’un mandat au titre de la théorie de l’abus	245
§ II. Le caractère inopérant du contrôle du motif du droit de mettre fin à la relation contractuelle	247
A. L’incompatibilité entre l’abus de droit et l’indemnité de rupture de l’agent commercial	247
B. L’incompatibilité entre l’exigence d’un motif légitime et le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution	250
Section II. Une incohérence confirmée par l’objet de l’indemnité de rupture	253

§ I. L'objet de l'indemnité de rupture non identifié par les textes	253
A. Une évolution des conditions d'attribution de l'indemnité de rupture.	253
B. L'absence de précision textuelle sur le montant de l'indemnité de rupture.....	257
§ II. L'objet de l'indemnité suggéré par la jurisprudence	260
A. L'objet de l'indemnité rappelé par certaines décisions : la réparation de la perte des bénéficiaires du contrat d'agence commerciale pour l'avenir	261
B. L'objet de l'indemnité de rupture suggéré par d'autres décisions : une perte de patrimoine	264
Conclusion du Chapitre II	271
Conclusion du Titre I	273
Titre II. Une indemnité justifiée indépendamment du droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution	275
Chapitre I. La compensation de la perte d'un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce.....	276
Section I. Un droit patrimonial autre que le contrat d'agence commerciale	277
§ I. Les indices sur le patrimoine perdu déduits de la base de calcul de l'indemnité de rupture	277
A. La détermination des rémunérations brutes annuelles	277
1° Le principe de la prise en compte de l'ensemble des rémunérations de l'agent commercial	277
i. La prise en compte des commissions et des rémunérations fixes	278
ii. La prise en compte des rémunérations provenant de l'ensemble de la clientèle du marché.....	280
2° La période d'activité référencée	282
B. La durée des commissions prise en compte	283
1° Les doutes sur la fixation de l'indemnité aux deux ans de rémunérations brutes	283
2° L'effet présomptif de deux ans de commissions brutes.....	287
§ II. L'évocation de la patrimonialisation du contrat d'agence commerciale	296
§ III. Les dissonances de la patrimonialité du contrat d'agence commerciale par rapport à la base de calcul de l'indemnité de rupture.....	300
Section II. Un droit patrimonial de l'agent portant sur un fonds de commerce.....	306
§ I. La proposition d'identifier le droit patrimonial perdu en un droit de l'agent commercial sur un fonds de commerce.....	306
A. L'hypothèse d'identifier le droit patrimonial perdu en droit de l'agent commercial sur la clientèle déterminée par le contrat	307
B. La proposition d'un droit de l'agent portant sur un fonds de commerce	310

§ II. Les ambiguïtés du refus de reconnaître un fonds de commerce à l'agent commercial	316
A. Un rejet d'un fonds de commerce propre à l'agent commercial par le droit positif, fondé sur la notion de mandat	316
B. L'ambiguïté du refus de reconnaître un fonds de commerce à l'agent commercial par rapport à la notion de mandat	322
C. L'ambiguïté du refus de reconnaître un fonds de commerce propre à l'agent commercial par rapport au courtier	327
Conclusion du Chapitre I	335
Chapitre II. Une indemnité réservée à l'agent commercial	337
Section I. La compensation de la perte du droit de l'agent sur le fonds de commerce du commettant	338
§ I. La délicate attribution du fonds de commerce en raison de son caractère artificiel	338
A. L'incertitude dans la détermination de l'existence du fonds de commerce	338
B. Le caractère artificiel des notions de clientèle et de fonds de commerce	342
§ II. Un droit patrimonial généré par l'intégration de l'industrie de l'agent au fonds de commerce du commettant	343
A. La dissonance d'un fonds de commerce propre à l'agent commercial par rapport à l'indemnité de rupture	344
B. La particularité de la mission de l'agent commercial : une industrie exclue des éléments du fonds de commerce du commettant	347
C. L'indemnité de rupture : une compensation à l'intégration de l'industrie de l'agent au fonds de commerce du commettant	349
Section II. L'inapplicabilité de l'indemnité de rupture aux autres distributeurs	355
§ I. L'inapplicabilité de l'indemnité de rupture au distributeur commerçant : le défaut d'exploitation d'un fonds de commerce au nom et pour le compte d'autrui	355
§ II. La différence par rapport à l'indemnité du distributeur salarié : l'absence d'un droit sur un fonds de commerce	365
A. La différence de l'indemnité de rupture par rapport à l'indemnité de clientèle du VRP	365
1° L'indemnité spéciale de rupture : la compensation du risque pris par le VRP du fait de sa rémunération par des commissions	367
2° L'indemnité de clientèle : la réparation de la perte des fruits du travail	369
B. La différence de l'indemnité de rupture par rapport à l'indemnité de licenciement	374
Conclusion du Chapitre II	383
Conclusion du Titre II	385
Conclusion de la Partie II	387

Conclusion générale.....	389
Bibliographie.....	393
Table des matières	417

Le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution

Résumé

Le droit de mettre fin à une relation contractuelle comprend deux aspects : le droit de résilier un contrat à durée indéterminée et le droit de refuser de renouveler un contrat à durée déterminée. Son existence est incontestable à l'égard de l'ensemble des contrats de distribution, y compris ceux qui revêtent la qualification de mandat. Néanmoins, son exercice est encadré par la théorie de l'abus lorsque le titulaire de ce droit subjectif manque à un devoir moral du maintien temporaire de la relation contractuelle. Dans cette hypothèse, la responsabilité civile du titulaire du droit est engagée sur le fondement de la notion de faute. Toutefois, ce même titulaire peut être contraint de payer une indemnité même en absence de toute faute commise de sa part : telle est l'hypothèse de l'indemnité de fin de contrat prévue au bénéfice d'une partie des distributeurs. Cependant, il ne faut pas interpréter cette indemnité comme une remise en cause de ce droit subjectif. En effet, cette indemnité trouve sa justification dans les éléments étrangers à ce droit. En d'autres termes, le paradoxe entre l'indemnité et le droit subjectif n'est qu'apparent : le droit de mettre fin à une relation contractuelle de distribution est dépassée par l'indemnité de fin de contrat.

Mots clefs français : droit de la distribution, droit des contrats, droit subjectif, indemnité.

The right to terminate a contractual relationship of distribution

Abstract

The existence of the right to terminate a contractual relationship of distribution is undeniable, even though the exercise of this right is limited by the theory of abuse, a case of fault-based liability. However, sometimes the supplier should pay an indemnity even though they terminate a distribution agreement without fault.

Keywords : distribution agreement, contract.

Unité de recherche/Research unit : CRDP, 1 place Déliot, 59000 Lille, <http://crdpd.univ-lille2.fr/>

Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctore74.univ-lille2.fr>

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille.fr>