

La loi applicable au contrat de distribution commerciale

Paul Lagarde

Volume 21, numéro 4, décembre 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058212ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058212ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lagarde, P. (1990). La loi applicable au contrat de distribution commerciale. *Revue générale de droit*, 21(4), 669–685. <https://doi.org/10.7202/1058212ar>

Résumé de l'article

En principe, les parties à un contrat de distribution peuvent choisir librement la loi applicable à leur contrat. Mais, à défaut de choix par les parties, la loi applicable est désignée par les systèmes de conflit de lois nationaux.

Pour déterminer la loi applicable aux relations fournisseur et distributeur, l'auteur analyse et compare les règles de droit international privé de différents pays et celles de conventions internationales. Il dégage une nette tendance à l'application de la loi du pays où est situé l'établissement professionnel du distributeur. Il soulève la question de l'impact que peuvent avoir certaines lois de police sur les relations entre les parties.

Quant à la loi applicable au pouvoir de représentation, il aborde l'épineux problème du mandat et de la protection des tiers qui traitent avec le distributeur, face aux limites posées par le fournisseur au pouvoir de représentation du distributeur. Sur ce point, il constate que les droits internes divergent sensiblement et il expose la règle de conflit retenue par une convention internationale.

L'auteur termine en étudiant les perspectives d'harmonisation du droit matériel en matière de distribution par le biais de conventions internationales.

Les contrats internationaux de distribution: Droit et gestion*

La loi applicable au contrat de distribution commerciale

PAUL LAGARDE

Professeur à l'Université de Paris I
Panthéon-Sorbonne

RÉSUMÉ

En principe, les parties à un contrat de distribution peuvent choisir librement la loi applicable à leur contrat. Mais, à défaut de choix par les parties, la loi applicable est désignée par les systèmes de conflit de lois nationaux.

Pour déterminer la loi applicable aux relations fournisseur et distributeur, l'auteur analyse et compare les règles de droit international privé de différents pays et celles de conventions internationales. Il dégage une nette tendance à l'application de la loi du pays où est situé l'établissement professionnel du distributeur. Il soulève la question de l'impact que peuvent avoir certaines lois de police sur les relations entre les parties.

Quant à la loi applicable au pouvoir de représentation, il aborde l'épineux problème du mandat et de la protection des

ABSTRACT

As a general rule, the parties to a distribution agreement are free to choose the law governing their contract. Failure to specify the applicable law will bring the conflict of law rules of national legal systems into play.

In order to determine the applicable law to the relationship between the manufacturer and the distributor, the author analyzes and compares the rules of conflict of laws of different countries and international conventions. He concludes to a clear tendency to apply the law of the country where the professional business office of the distributor is located.

Concerning the applicable law for agents with respect to their authority to represent their principals, the author deals with the problem of warrant and the protection of third parties. On this point, he notes that the national laws differ appreciably and he

* N. de la r. : Nous remercions les professeurs Nicole Lacasse et Louis Perret de nous avoir permis de publier, en primeur, deux des communications présentées au Colloque « Les contrats internationaux de distribution / *International Distribution Contracts* » tenu à Ottawa le 17 octobre 1990 sous leur direction. Les actes du Colloque seront publiés dans la Collection Bleue.

tiers qui traitent avec le distributeur, face aux limites posées par le fournisseur au pouvoir de représentation du distributeur. Sur ce point, il constate que les droits internes divergent sensiblement et il expose la règle de conflit retenue par une convention internationale.

L'auteur termine en étudiant les perspectives d'harmonisation du droit matériel en matière de distribution par le biais de conventions internationales.

highlights the law rule accepted by an international convention.

Finally, the issues of material harmonisation of distribution of laws rules by way of adoption of international conventions is discussed.

SOMMAIRE

Introduction	670
I. La loi applicable aux relations entre fournisseur et distributeur.....	672
A. Autonomie de la volonté.....	673
B. Loi applicable à défaut de choix.....	673
1. Les solutions des droits nationaux.....	673
2. Les conventions internationales.....	675
C. Lois de police.....	678
II. La loi applicable au pouvoir de représentation.....	679
III. Perspectives d'harmonisation matérielle des législations.....	681
A. La directive C.E.E. du 18 décembre 1986.....	681
B. La Convention de Genève du 17 février 1983.....	682
Conclusion.....	684

INTRODUCTION

1. Il serait préférable d'employer le pluriel et de parler ici de la loi applicable aux contrats de distribution commerciale, car la pratique a imaginé les formes contractuelles de distribution les plus variées. Le fournisseur peut avoir recours à des distributeurs subordonnés, salariés ou non salariés, dont les principales variétés sont les représentants de commerce (en France, les V.R.P., voyageurs, représentants et placiers) et les agents commerciaux, mais au nombre desquels on peut aussi compter certains courtiers et commissionnaires. Le fournisseur peut aussi faire appel à des

distributeurs indépendants, en général mais pas nécessairement exclusifs, comme les concessionnaires ou les franchisés, ou encore, pour des opérations ponctuelles, les *sponsors*. Et toutes ces figures peuvent se compliquer à plaisir si par exemple les distributeurs sont eux-mêmes groupés en réseaux, chaînes ou sociétés.

Bien entendu, les obligations des uns et des autres varient avec ces diverses formes juridiques, et la qualification du contrat n'est pas indifférente à la solution du conflit de lois, comme nous le verrons.

2. Avant d'aller plus loin, il faut délimiter l'importance réelle du problème de conflit de lois, pour éviter de la surestimer sans pour autant la négliger.

Ne pas la surestimer, car nous sommes ici dans un domaine où l'autonomie de la volonté reste encore très largement reconnue. Ce qui veut dire que non seulement les parties à un contrat international de distribution peuvent choisir librement la loi applicable, comme en principe pour tous les contrats, mais encore que les droits internes eux-mêmes sont souvent très peu développés en ce domaine. Nombre de contrats de distribution sont encore aujourd'hui de pures créations de la pratique commerciale, ce que l'on appelle des contrats innommés parce que les codes et les lois ne les ont pas réglementés. Par exemple la concession n'est pas, sauf exceptions, réglementée par les législations nationales. Les obligations des parties sont fixées par le contrat, souvent très détaillé, en sorte qu'il ne servira souvent pas à grand chose de déterminer la loi applicable, celle-ci renvoyant en quelque sorte aux clauses du contrat.

Il ne faudrait toutefois pas négliger le conflit de lois, dont l'intérêt apparaît dans deux séries de cas.

Cet intérêt est d'abord manifeste chaque fois que le législateur intervient pour réglementer tel ou tel aspect du contrat. Cette intervention prendra souvent la forme d'une législation de protection du distributeur, surtout s'il est placé dans une position de dépendance, comme le V.R.P. ou l'agent commercial. Des mesures sont prévues pour le protéger en cas de rupture du contrat, notamment par la reconnaissance d'un droit à une indemnité, dite parfois de clientèle. C'est parfois vrai aussi du concessionnaire, comme en Belgique, où une loi du 27 juillet 1961 prévoit des mesures de protection en cas de résiliation unilatérale de la concession¹.

L'intervention du législateur pourra aussi avoir pour objet de protéger la libre concurrence contre des accords de distribution qui pourraient en altérer le fonctionnement. Cette législation contre les pratiques restrictives de la concurrence peut être purement interne. Elle peut aussi être internationale, comme la réglementation communautaire au sein de la Communauté économique européenne.

1. V. le texte, (1962) 51 *Rev. crit. dr. int. priv.* 798.

De toute évidence, chaque fois que le législateur intervient par des règles impératives dans les contrats de distribution, se pose la question de l'applicabilité de ces règles aux situations ayant un caractère international.

L'intérêt du conflit de lois apparaît sur un autre terrain. Jusqu'ici je n'ai évoqué que les rapports entre le fournisseur et le distributeur. Mais le contrat de distribution intéresse aussi les tiers, chaque fois que le distributeur se comporte juridiquement (et pas seulement économiquement) comme un intermédiaire. La question essentielle est alors de savoir si l'intermédiaire peut engager le fournisseur envers le tiers, et réciproquement. Les règles des droits internes qui sont alors en jeu ne sont plus des règles ponctuelles de protection du distributeur, mais les principes généraux du droit civil afférant à la représentation. Ces principes varient fortement d'un droit à l'autre et la question du pouvoir de représentation de l'intermédiaire est l'un des ponts-aux-ânes classiques du droit international privé.

3. Les questions de droit international privé, même limitées comme je l'ai indiqué, sont tout de même suffisamment délicates pour qu'on ait tenté, soit de les unifier par des conventions internationales, soit plus radicalement encore de les éliminer par une unification, régionale ou mondiale, des droits matériels. L'exemple d'une convention de droit international privé est donné par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, non encore en vigueur², celui d'une unification des droits matériels est fourni, sur le plan mondial, par la Convention Unidroit signée à Genève le 15 février 1983, qui, elle non plus, n'est pas encore entrée en vigueur³. Il faut y ajouter, sur le plan régional, la directive C.E.E. sur les agents commerciaux du 18 décembre 1986⁴.

4. Compte tenu de ce qui précède, j'étudierai successivement la loi applicable aux relations entre fournisseur et distributeur (I.), puis la loi applicable au pouvoir de représentation (II.), enfin les perspectives d'unification du droit matériel (III.).

I. LA LOI APPLICABLE AUX RELATIONS ENTRE FOURNISSEUR ET DISTRIBUTEUR

5. Il faut noter ici que nous sommes en matière contractuelle et que s'appliquent donc les règles de conflit générales en la matière. Si nous

2. V. le texte dans le *Recueil des conventions*, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1977, p. 252 et (1977) 66 *Rev. crit. dr. int. priv.* 639.

3. V. le texte dans les Actes de la Conférence de Genève, pp. 164 et s., publiés dans [1983] *Rev. dr. unif.*, vols. 1 et 2. Adde le rapport de M. EVANS, [1984] *Rev. dr. unif.*, vol. 1, pp. 73 et ss.; cf. en France, le doc. Ass. nat., 1^{re} session ord. 1986-1987, n° 441.

4. Directive 86/653/C.E.E., *J.O.C.E.*, n° L 382, 31 déc. 1986; (1987) 114 *Clunet* 502.

raisonnons de manière habituelle en considérant le contrat comme une catégorie de rattachement soumise globalement à une loi déterminée — et non pas, comme on l'a fait beaucoup aux États-Unis, en dépeçant le contrat question par question, *issue* par *issue*, en se demandant pour chacune d'elles quelle est la loi qui a le plus intérêt à s'appliquer, ou quelle est la *better rule* — nous dirons que le contrat est régi d'abord par la loi choisie par les parties, et c'est seulement à défaut de choix que nous chercherons la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

A. AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

6. Il y a peu à dire sur la règle de l'autonomie de la volonté, car elle ne présente pas de particularité notable en matière de distribution commerciale. Elle est reconnue très généralement, sauf en cas de représentation salariée à laquelle s'appliquent les règles de conflit spécifiques au contrat de travail, et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 s'y réfère évidemment (art. 5).

B. LOI APPLICABLE À DÉFAUT DE CHOIX

7. Les difficultés commencent lorsqu'il n'y a pas eu de choix de la loi applicable. La tendance de certains droits modernes, comme notamment les droits anglais, américain, canadien et français, étant de rattacher le contrat à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, sans prévoir de rattachement fixe, par exemple au lieu de conclusion du contrat⁵, et sans même donner de directive précise quant à cette localisation, il est bien difficile de prévoir à l'avance la solution qui sera donnée. D'où l'intérêt des conventions internationales qui vont nous permettre de dégager des tendances nouvelles.

1. Les solutions des droits nationaux

8. Permettez-moi de commencer par la France où nous disposons d'une jurisprudence abondante. La loi française est pratiquement toujours déclarée applicable lorsque le contrat de distribution s'exécute en France. C'est toujours le cas si ce contrat est un contrat de travail, quelle que soit la loi choisie par les parties⁶. Mais ce l'est aussi, quoique les motifs soient

5. Certains États, et non des moindres, maintiennent encore dans leur droit international privé le rattachement subsidiaire à la loi du lieu de conclusion du contrat : U.R.S.S., Italie, Espagne, Portugal, Algérie, etc.

6. Soc. 9 déc. 1960, J.C.P. 1961.II.12029, note M. SIMON-DEPITRE ; 25 mai 1972, (1978) 67 *Rev. crit. dr. int. priv.* 701, 1^{re} esp., note A. LYON-CAEN.

très variables et reposent le plus souvent sur des indices divers desquels est déduite une prétendue volonté implicite, dans le cas où le distributeur n'est pas subordonné, par exemple dans des hypothèses de commission de transport lorsque le contrat à conclure devait l'être en France⁷, ou pour une concession exclusive de vente⁸.

Il faut d'ailleurs ajouter que les tribunaux français ont souvent appliqué également la loi française à des contrats de distribution s'exécutant à l'étranger, en recherchant dans le contrat divers indices desquels aurait résulté que le contrat présentait ses liens les plus étroits avec la France, ou que la volonté implicite des parties aurait été de se soumettre à la loi française. Des agents commerciaux étrangers travaillant dans leur pays national pour le compte de sociétés françaises ont ainsi été soumis à la loi française, ce qui les a privés du bénéfice des indemnités de fin de contrat prévues par des dispositions impératives de leur propre loi⁹. On aurait pu penser que l'application du droit français, qui connaît un statut des agents commerciaux assez protecteur, serait favorable à l'agent étranger travaillant à l'étranger, mais il n'en est rien. Les décisions précitées ont considéré que ce statut n'était pas applicable aux agents travaillant à l'étranger, qui relèvent donc du droit commun, c'est-à-dire du mandat d'intérêt commun, lequel n'est nullement protecteur du mandataire en cas de révocation. Un arrêt récent s'est prononcé en sens contraire^{9bis}.

9. En Angleterre et au Canada, les solutions paraissent très incertaines. Dicey et Morris¹⁰, ainsi que Castel¹¹ indiquent que les relations entre le *principal* et l'*agent* sont régies en général par la loi du pays où ces relations sont créées, mais Dicey et Morris précisent dans le commentaire

7. En ce sens, quoique peu explicites, Paris, 22 avril 1977, D.1977.531, note VASSEUR; Com. 8 juill. 1981, D.1982.I.R.73, obs. Audit.

8. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1982, G.P.1973.1. Panorama 113: concession exclusive de vente, concédant français, concessionnaire français, loi française applicable; Civ. 1^{re} 15 mars 1988, G.P.1988.1. Panorama 133: concédant allemand, concessionnaire français, loi française applicable.

9. V. pour un agent commercial allemand, Civ. 1^{re} 24 janv. 1978, (1978) 67 *Rev. crit. dr. int. priv.* 689, note V. DELAPORTE, J.C.P. 1978.II.18821, concl. Gulphe; pour un agent commercial italien, Com. 2 mars 1982, J.C.P. 1982.IV.175; *contra*, pour la loi italienne du lieu d'exécution du contrat, Lyon, 21 mars 1973, (1974) 101 *Clunet* 345, note P. KAHN; comp., pour la mise à l'écart de la loi française sans affirmation de la compétence de la loi italienne, Soc. 5 mars 1969, (1970) 59 *Rev. crit. dr. int. priv.* 279, note H. BATIFFOL; pour un représentant saoudien, Versailles, 17 sept. 1986, D. 1987. 41, note ESTOUP.

9bis. Civ 1^{re}, 9 oct. 1990, D. 1990. I.R. 239 appliquant conformément au contrat le statut français des agents commerciaux, bien que l'agent fût établi en Espagne.

10. A.V. DICEY et J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 11^e éd., London, Stevens and Sons, 1987, rule 200, p. 1339.

11. J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1986, n° 435.

que, lorsque le contrat est conclu entre personnes résidant dans des pays différents, la loi du lieu d'activité du *principal* sera souvent retenue surtout si c'est l'*agent* qui a pris l'initiative du contrat. Ils ajoutent toutefois que même dans ce cas on retiendra souvent la loi du lieu où l'agent exercera son activité¹².

Ces solutions, tant françaises qu'anglaises ne sont pas satisfaisantes. Elles ne sont guère meilleures aux États-Unis. Scoles et Hay¹³ indiquent que pour les relations internes entre le *principal* et l'*agent*, les tribunaux ont utilisé toutes les règles de conflit imaginables et que le résultat pratique est le plus souvent l'application de la *lex fori*. Leur conclusion, désabusée, est que "the proper choice-of-law rule for the internal relationship in agency remains unsettled in American law".

Il faut souhaiter que les conventions internationales déjà conclues mettent fin à cette situation assez anarchique.

2. Les conventions internationales

10. Les conventions internationales récemment conclues, même si elles ne sont pas toutes entrées en vigueur, en tout cas pas complètement, ont déjà contribué à mieux fixer les solutions.

La Convention de La Haye du 14 mars 1978¹⁴ retient, à défaut de choix par les parties¹⁵, la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle (art. 6(1)). Donc, le fournisseur, dès lors qu'il s'adresse à un intermédiaire établi dans un pays étranger, est soumis en principe, dans ses rapports avec cet intermédiaire, à la loi du pays dans lequel celui-ci est établi et, si l'intermédiaire a plusieurs établissements, à la loi du pays où est situé l'établissement auquel le rapport de représentation se rattache le plus étroitement (art. 6(3)).

C'est seulement dans le cas de figure assez exceptionnel, où l'intermédiaire doit exercer son activité dans l'État où le représenté a lui-même son établissement professionnel, que la loi de cet État est applicable. Dans un pareil cas, en effet, le contrat entre le fournisseur et l'intermédiaire a des liens plus étroits avec cet État qu'avec celui où l'intermédiaire a son établissement (art. 6(2)).

Cette convention, qui n'a pour l'instant été ratifiée que par la France et le Portugal, a, par rapport au problème de la distribution

12. A.V. DICEY et J.H.C. MORRIS, *op. cit.*, note 10, p. 1340 et *infra*, note 53,

13. SCOLES et HAY, *Conflict of Laws*, 1982, pp. 682 et ss.

14. Voir l'article de P. LAGARDE, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », (1978) 67 *Rev. crit. dr. int. priv.* 31.

15. Lequel choix doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause, art. 5.

commerciale, un champ d'application relativement restreint. Elle s'applique certainement aux agents commerciaux, dès lors que le contrat créant le rapport de représentation n'est pas un contrat de travail¹⁶. Elle s'applique aussi aux contrats de courtage et de commission, mais elle ne s'applique pas au concessionnaire ni au distributeur exclusif qui n'ont pas pour mission de contribuer, même indirectement, à la création d'un lien juridique entre leur client et leur concédant.

11. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁷, conclue entre les États membres de la Communauté économique européenne et qui, après la récente ratification du Royaume-Uni, entre en vigueur le 1^{er} avril 1991, a un domaine beaucoup plus large, qui couvre tous les cas de distribution commerciale¹⁸.

Cette convention prévoit qu'à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4(1)), et elle présume que ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, son principal établissement (art. 4(2)).

La solution est donc globalement la même que celle de la Convention de La Haye si l'on veut bien admettre (v. *infra*, par. n° 12) que c'est le distributeur qui, dans le contrat de distribution commerciale, fournit la prestation caractéristique. Toutefois, alors que la Convention de La Haye prévoit une exception bien délimitée en faveur de la loi du lieu d'activité de l'intermédiaire, la Convention de Rome comporte une clause d'exception beaucoup plus souple. En effet, la présomption en faveur de la loi du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (art. 4(5)).

Il faut encore ajouter que cet article 4 ne s'applique pas aux contrats de distribution qui sont des contrats de travail. La Convention de Rome comporte une règle de conflit spécifique au contrat de travail, reposant

16. L'article 10 de la convention déclare le chapitre sur les relations internes non applicable « lorsque le contrat créant le rapport de représentation est un contrat de travail ». Mais les dispositions de la convention concernant les relations avec le tiers (v. *infra*) sont applicables dans cette hypothèse.

17. Convention 80/934/C.E.E., J.O.C.E., n° L 266, 9 oct. 1980. La littérature juridique sur cette convention est déjà surabondante. Citons seulement le rapport GIULIANO-LAGARDE, J.O.C.E., n° C 282, 31 oct. 1980 et l'étude d'H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats », (1981) 17 *Rev. trim. dr. europ.* 215, reprise et actualisée dans *J. Cl. Europe*, fasc. 3200, 1989.

18. L'art. 1(2) f) exclut du domaine de la convention le pouvoir de l'intermédiaire d'engager envers le tiers le représenté, mais non les relations internes entre le représenté et l'intermédiaire.

sur la compétence de principe de la loi du lieu d'exécution du travail ou, s'il n'est pas accompli habituellement dans un seul pays, de la loi du pays où est situé l'établissement d'embauche, avec une limitation de l'autonomie de la volonté, le choix par les parties d'une autre loi ne pouvant priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable (art. 6).

12. Cette convention de Rome est capitale car, avant même le 1^{er} avril 1991, elle est déjà entrée en vigueur, par des lois spéciales, au Danemark¹⁹, en Allemagne²⁰, au Luxembourg²¹ et en Belgique²², elle a inspiré la jurisprudence dans d'autres pays de la Communauté économique européenne et ses dispositions ont été reprises en substance et pour l'essentiel en Finlande²³, en Suisse²⁴ et le seront bientôt au Québec²⁵. Elle est devenue en quelque sorte une loi modèle.

Son application au contrat de distribution conduira le plus souvent à l'application de la loi du distributeur, car c'est sa prestation qui est considérée comme la prestation caractéristique.

Ainsi la loi suisse de droit international privé du 18 décembre 1987, après avoir posé la présomption que le contrat présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a son établissement, ajoute que « par prestation caractéristique, on entend notamment : [...] c) la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service » (art. 117), ce qui couvre de toute évidence au minimum l'agent commercial, le courtier, le commissionnaire et le *sponsor*.

En Allemagne, où les dispositions de la Convention de Rome ont été incorporées dans la loi sur le droit international privé du 25 juillet 1986, les commentateurs et déjà la jurisprudence se prononcent en faveur de la loi du distributeur. Reithmann et Martiny²⁶ citent diverses décisions soumettant le contrat de représentation commerciale à la loi du siège du représentant²⁷, sauf si sont relevés des indices en sens contraire d'une volonté tacite des parties. Même chose pour le contrat de courtage soumis à la loi de l'établissement du courtier²⁸, le contrat de commission à la loi

19. Loi du 9 mai 1984.

20. Loi du 25 juillet 1986.

21. Loi du 27 mars 1986.

22. Loi du 14 juillet 1987.

23. Loi du 27 mai 1988, texte anglais in (1989) *IPRax*, 407, avec une présentation de K. BUURE-HAGGLUND.

24. Loi du 18 déc. 1987, art. 116 et ss.

25. Avant-projet de loi-*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, Éditeur officiel du Québec, 1988, art. 3479 et ss.

26. REITHMANN et MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 4^e éd. 1988.

27. P. 754: BGH 28 nov. 1980, (1989) *IPRax*, 217.

28. P. 774.

du commissionnaire²⁹. Ces auteurs sont plus hésitants pour la concession et la distribution exclusive. Toutefois, après une analyse approfondie, c'est la prestation du concessionnaire qu'ils qualifient de caractéristique, ce qui leur permet de se prononcer pour la loi du siège du concessionnaire (p. 786).

Je n'ai rien dit encore du contrat de franchisage. Les opinions sont ici très partagées³⁰, selon que l'on qualifie de caractéristique la prestation du franchiseur³¹ ou celle du franchisé³². Je pencherais pour considérer comme caractéristique la prestation du franchiseur, qui transmet son savoir-faire contre des royalties, mais j'admettrais facilement que le contrat puisse présenter des liens plus étroits avec le pays d'implantation de la franchise qu'avec celui du franchiseur.

Au vu de ce qui précède, il semble donc possible d'affirmer qu'il existe une tendance très nette, dans le droit international privé venu d'Europe occidentale, à l'application aux contrats de distribution commerciale, à défaut de choix par les parties, de la loi du pays où est situé l'établissement professionnel du distributeur.

C. LOIS DE POLICE

13. Il reste toutefois à se demander si les règles de conflit sus-indiquées ne doivent pas céder la place en présence de ce que l'on appelle aujourd'hui les lois de police, ou les lois d'application immédiate.

Ce problème de l'application des lois de police est un problème général du droit international privé des contrats. Quelles peuvent être ses particularités en matière de distribution commerciale?

14. Une première question est de savoir si les parties peuvent, par le choix d'une certaine loi, éluder les dispositions impératives protectrices du distributeur contenues dans la loi qui se serait appliquée à défaut de choix, par exemple l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial ou, dans certains droits, au concessionnaire lors de la cessation du contrat.

La réponse se trouve dans la Convention de Rome, qu'on peut considérer ici encore comme une sorte de droit commun. Si tous les éléments du contrat sont localisés dans un même État, le choix par les parties d'une loi étrangère ne peut porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de ce pays. Si par exemple le concédant et le concessionnaire ont leurs établissements dans le même pays, le choix de la loi d'un autre pays pour régir le contrat ne permettra pas au concédant d'éluder les règles impératives du premier pays protectrices du concessionnaire (art. 3(3)).

29. P. 776.

30. D. FERRIER, « La franchise internationale », (1988) 115 *Clunet* 625 spéc. 650 et les réf.

31. M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, Paris, Librairies techniques, 1977, p. 331.

32. MARTINY, in *Münchener Kommentar*, tome 7, 2^e éd. 1989, Art. 28, n° 161.

Mais si l'on est en présence d'un contrat véritablement plurilocalisé, ce sont seulement les dispositions internationalement impératives, — les lois de police — qui vont pouvoir s'appliquer à l'encontre de la loi normalement applicable.

La Convention de Rome distingue à ce sujet entre les lois de police du *for*, toujours applicables dans les limites qu'elles se fixent à elles-mêmes, et les lois de police d'un État étranger (par hypothèse différent de celui dont la loi régit le contrat), auxquelles le juge saisi pourra donner effet, après une appréciation globale qui n'exclut pas l'opportunité (art. 7)³³. En matière de contrat de distribution, la tendance est à ne pas considérer comme des lois de police, mais seulement comme des dispositions impératives au plan interne, les règles protectrices du distributeur, spécialement les indemnités de clientèle³⁴.

15. D'autres lois de police peuvent intervenir. Je signale seulement pour mémoire les lois sur la concurrence qui peuvent entrer en conflit avec certaines clauses d'exclusivité. Il ne fait pas de doute que les lois du *for* annulant les clauses constituant des restrictions illicites de la concurrence s'appliquent quelle que soit la loi du contrat. Quant aux lois étrangères de ce genre, elles peuvent s'appliquer si le juge estime suffisant leur lien avec le contrat auquel elles veulent s'appliquer³⁵.

II. LA LOI APPLICABLE AU POUVOIR DE REPRÉSENTATION

16. Le distributeur est assez souvent un intermédiaire, en ce sens que son activité est ordonnée à la création d'un lien de droit entre le fournisseur et le client. Ce n'est pas le cas du concessionnaire, mais c'est celui de l'agent commercial, du courtier, du commissionnaire et du *sponsor*.

Dans ces cas se pose la question de savoir si, par son activité, le distributeur engage son commettant. Par exemple, il se peut que le distributeur ait dépassé ses pouvoirs, ou que ceux-ci soient expirés. Le tiers qui a traité avec le distributeur intermédiaire peut-il se voir opposer les limites posées par le fournisseur au pouvoir de représentation de l'intermédiaire?

17. Sur ce point les droits internes divergent sensiblement. Certaines législations, spécialement les législations allemande et suisse, séparant strictement le contrat de mandat des pouvoirs de représentation de l'intermédiaire, assurent avant tout la protection du tiers, tandis que les droits de common law et dans une large mesure le droit français, refusant cette

33. Dans le même sens, v. art. 16 de la Convention de La Haye, 14 mars 1978.

34. REITHMANN et MARTINY, *op. cit.*, note 26, p. 777.

35. Dans le sens du refus, Bruxelles, 9 déc. 1968, G.P. 1970.1.75.

séparation, protègent en principe le représenté lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoirs³⁶.

18. Les solutions ne sont pas moins divergentes en droit international privé. En France, la tendance est, ou était, d'appliquer la loi du contrat unissant le représenté et l'intermédiaire, le pouvoir de représentation donné à l'intermédiaire dérivant de ce contrat³⁷. En Suisse et en Allemagne, des décisions assez récentes avaient retenu la loi du lieu dans lequel l'intermédiaire avait exercé son activité³⁸. En Angleterre, la primauté a été accordée à la loi du contrat conclu entre l'intermédiaire et le tiers³⁹, qui se confond assez souvent avec la loi du lieu d'activité de l'intermédiaire. Aux États-Unis, les précédents sont incertains, et le besoin est exprimé de disposer de règles plus sûres⁴⁰. Le projet du Québec retient la loi du lieu d'activité de l'intermédiaire, si elle coïncide avec celle du domicile du représenté, du tiers ou de l'intermédiaire (art. 3483).

19. La question a été réexaminée de manière approfondie lors de la préparation de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. La Commission a compris que la règle de conflit devait en quelque sorte rester au dessus de la mêlée et elle a cherché un rattachement qui tienne compte à la fois des intérêts du représenté et de ceux du tiers. La solution traditionnelle française, faisant prévaloir la loi des relations internes entre représenté et intermédiaire, favorisait à l'excès le représenté, puisque cette loi fait souvent l'objet d'un choix entre représenté et intermédiaire, auquel le tiers reste étranger. À l'inverse, la solution anglaise préférant la loi des relations externes, c'est-à-dire du contrat principal conclu entre intermédiaire et tiers, sacrifiait le représenté, puisqu'elle pouvait avoir été choisie par l'intermédiaire et le tiers, à l'insu du représenté.

Finalement, le choix d'une solution équilibrée se limitait à un choix entre la loi du lieu d'activité de l'intermédiaire et celle de son lieu d'établissement. C'est cette dernière qui a été retenue. La loi applicable est « la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi » (art. 11(1)). S'agissant d'un intermédiaire professionnel, la situation de son établissement est

36. V. sur ce point les explications approfondies de M. PELICHET dans le chapitre premier de son rapport préliminaire, *Actes et Documents de la 13^e session*, tome IV, Contrats d'intermédiaires, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1978, pp. 9 et ss.

37. H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, tome 2, 7^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, n° 603, p. 328.

38. V. Trib. féd. suisse, 1^{er} juill. 1974, (1977) 66 *Rev. crit. dr. int. priv.* 55, note H. VISCHER; BGH 16 avril 1975, (1977) 66 *Rev. crit. dr. int. priv.* 72, note E. MEZGER. Même solution de principe dans le Code civil portugais (art. 39, paragraphe 1^{er}), qui lui substitue toutefois la loi du domicile professionnel de l'intermédiaire si ce dernier fait profession de la représentation (art. 39, paragraphe 3).

39. V. A.V. DICEY et J.H.C. MORRIS, *op. cit.*, note 10, rule 201, p. 1341; dans le même sens, J.G. CASTEL, *op. cit.*, note 11, n° 436.

40. V. SCOLES-HAY, *op. cit.*, note 13, p. 687.

normalement connue du représenté et du tiers, tandis que le lieu où il agit peut être ignoré du représenté. La solution a de surcroît l'avantage de coïncider avec celle qui est retenue par la convention pour les relations entre le représenté et l'intermédiaire (*supra*, par. n° 10).

Toutefois ce n'est là que le rattachement de principe. La Convention (art. 11(2)) a retenu « la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire a agi » lorsque la situation a des liens plus étroits avec ce pays, c'est-à-dire, pour ne retenir ici que ce qui peut intéresser la distribution commerciale, lorsque cet État est aussi celui de l'établissement professionnel du représenté et que l'intermédiaire a agi au nom du représenté⁴¹ ou celui de l'établissement du tiers⁴².

Ces solutions sont cohérentes et équilibrées. Leur application sera du reste facilitée par la précision apportée par l'article 13, selon lequel lorsque l'intermédiaire traite à distance avec le tiers, d'un État à un autre, il est réputé avoir agi au lieu où est situé son établissement professionnel.

Bien entendu, ces règles de conflit ne feront pas disparaître les disparités des législations internes. Mais j'ai déjà signalé que des efforts avaient été entrepris, au niveau européen comme au niveau mondial, pour harmoniser le droit matériel de la distribution commerciale.

III. PERSPECTIVES D'HARMONISATION MATÉRIELLE DES LÉGISLATIONS

20. Les deux principaux instruments sont la directive C.E.E. du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux et la Convention de Genève du 17 février 1983.

Ces deux textes n'ont évidemment pas le même champ d'application géographique ni les mêmes signataires, mais, d'un point de vue matériel, ils se complètent, car la directive traite des relations internes entre le commettant et l'agent commercial, tandis que la convention a pour objet les relations externes, c'est-à-dire celles qui se nouent entre, d'une part, le représenté ou l'agent, d'autre part, le tiers avec lequel l'agent est entré en relation.

A. LA DIRECTIVE C.E.E. DU 18 DÉCEMBRE 1986

21. Pour comprendre cette directive, il faut savoir qu'une directive déjà ancienne du 25 février 1964⁴³ avait supprimé au sein de la

41. Cette dernière précision sauvegarde les intérêts du tiers. Il est remarquable que ce premier groupement d'indices coïncide avec celui retenu pour les relations internes par l'art. 6(2).

42. La solution protège ici le tiers que l'intermédiaire est venu chercher chez lui. Elle rappelle l'exception en faveur de la loi de la résidence habituelle de l'acheteur prévue par l'art. 3, al. 2 de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente.

43. Directive n° 64/224/C.E.E. *J.O.C.E.*, 4 mars 1964.

Communauté économique européenne les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services pour les activités d'intermédiaires du commerce, de l'industrie et de l'artisanat. Mais cette première directive laissait subsister toutes les différences entre les législations nationales en matière de représentation commerciale, ce qui pouvait entraîner la conséquence, inacceptable dans un marché unique, de fausser les conditions de la concurrence. Par exemple, si le fournisseur d'un pays A, dans lequel n'existait pas de législation protectrice de l'agent commercial, pouvait envoyer à bon compte ses agents dans le pays B, où existait une telle protection, en désignant comme applicable la loi de A, une distorsion de concurrence se créait au détriment des fournisseurs établis en B, puisque ceux-ci ne pouvaient faire distribuer leurs produits en B qu'aux conditions, très onéreuses pour eux, de la loi de B. D'où le souci d'harmoniser dans les pays de la Communauté, au moins sur les points essentiels, le statut de l'agent commercial dans ses relations avec son commettant.

22. La directive s'applique à l'agent commercial indépendant et permanent, ce qui élimine les V.R.P. salariés.

Les traits principaux du statut concernent essentiellement la rémunération de l'agent et la cessation du contrat.

Sur le premier point, la directive indique en détail les conditions auxquelles l'agent peut prétendre à des commissions. C'est principalement lorsque l'opération a été conclue, pendant la durée et dans le secteur du contrat, grâce à l'intervention de l'agent ou avec un client qu'il avait démarché précédemment ou appartenant à son secteur exclusif.

Pour obtenir paiement de ses commissions, la directive donne à l'agent une garantie importante. Le droit lui est reconnu d'exiger la communication de la comptabilité du commettant aux fins de vérifier le montant des commissions qui lui sont dues.

Sur le second point, la directive indique qu'un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée, auquel il ne peut être mis fin que moyennant un préavis dont la durée varie avec la durée d'existence du contrat. Lors de la cessation du contrat, et sauf si l'agent a lui-même mis fin au contrat pour des raisons autres que l'âge ou la maladie, l'agent a droit à une indemnité qui peut aller jusqu'à un chiffre équivalant à la moyenne annuelle des rémunérations touchées au cours des cinq dernières années.

Les clauses de non-concurrence après la cessation du contrat sont réglementées par la directive. Elles sont limitées dans l'espace, dans le temps et quant aux activités professionnelles dont elles restreignent l'exercice.

B. LA CONVENTION DE GENÈVE DU 17 FÉVRIER 1983

23. Cette convention, qui n'est pas encore entrée en vigueur, est le prolongement naturel de la Convention de Vienne sur la vente internationale

de marchandises. Il s'agit d'ailleurs expressément d'une convention « sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises », et son importance se mesure à la fréquence des ventes internationales conclues par un intermédiaire.

24. Au fond, cette convention est intéressante en ce qu'elle s'efforce de trouver un moyen terme entre les solutions prévalant dans les pays de common law et celles des pays de droit civil.

Dans les pays de droit civil, on distingue généralement la représentation directe, dont le prototype est le mandat, et la représentation indirecte, illustrée par la commission.

En cas de représentation directe, lorsque l'intermédiaire traite avec un tiers, il le fait au nom et pour le compte du représenté. Le résultat est que, par son acte, un rapport juridique est créé entre le représenté et le tiers, et que l'intermédiaire disparaît de ce rapport de droit. Il n'est pas lié envers le tiers, sauf évidemment s'il accepte de s'engager personnellement.

En cas de représentation indirecte, l'intermédiaire agit bien pour le compte du représenté, mais il le fait en son nom propre. C'est donc lui qui est engagé envers le tiers. Le représenté reste en dehors du contrat conclu entre l'intermédiaire et le tiers.

Dans la common law cette dichotomie entre représentation directe et représentation indirecte n'est pas connue. La common law a une conception unitaire de la représentation. L'intermédiaire dûment habilité va, par son activité de représentation, créer un lien contractuel direct entre le représenté et le tiers, même si le tiers n'a pas connaissance de l'identité du représenté. L'intermédiaire, comme dans le mandat du droit civil, ne sera pas lié envers le tiers.

Et, par la doctrine de l'*undisclosed principal*, la common law admet la création de ce lien entre le représenté et le tiers même lorsque le tiers ignorait que l'intermédiaire agissait pour le compte d'autrui. En pareil cas, en effet, le représenté peut agir directement contre le tiers pour obtenir l'exécution du contrat, sauf alors au tiers de choisir — définitivement — d'être lié envers l'intermédiaire ou envers le représenté.

25. La convention de 1983 s'efforce de trouver une conciliation entre ces deux systèmes juridiques.

L'article 12 envisage le cas normal d'un intermédiaire agissant en cette qualité dans les limites de ses pouvoirs. En pareil cas, ses actes lient directement le représenté et le tiers, sauf s'il résulte du contrat que l'intermédiaire n'a entendu engager que lui-même.

Mais si le tiers ne connaissait pas la qualité de l'intermédiaire, l'article 13, qui constitue le cœur de la convention pose d'abord la règle que les actes de l'intermédiaire n'engagent alors que l'intermédiaire et le tiers.

Toutefois cette règle est tempérée, dans le paragraphe 2, dans le cas où l'intermédiaire n'exécute pas ses obligations, soit envers le représenté, par exemple du fait de la défaillance du tiers, soit envers le tiers, par exemple du fait de la défaillance du représenté. Dans ces hypothèses,

soit le représenté, soit le tiers pourront exercer l'un contre l'autre les droits qu'ils possèdent chacun contre l'intermédiaire, grevés de toutes les exceptions que la partie attaquée aurait pu opposer à l'intermédiaire.

La convention comporte aussi quelques autres dispositions de moindre importance. Signalons simplement que le *falsus procurator*, c'est-à-dire l'intermédiaire qui agit sans pouvoir ou au delà de ses pouvoirs, n'engage ni le représenté ni le tiers. Toutefois si le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir, le tiers peut se prévaloir de cette apparence de pouvoir contre le représenté (art. 14).

26. Cette convention a prévu aussi, et là nous rejoignons le droit international privé, son domaine d'application dans l'espace. Celui-ci est plus difficile à déterminer que pour la Convention de Vienne, puisqu'il y a trois personnes au lieu de deux.

La Convention de Vienne s'applique dès lors que le vendeur et l'acheteur sont établis dans deux États différents, si ces États sont des États contractants ou si les règles de droit international privé conduisent à la loi d'un État contractant.

La Convention de Genève exige elle aussi que le représenté et le tiers, c'est-à-dire en termes économiques le vendeur et l'acheteur, soient établis dans des États différents. Elle demande en outre que l'intermédiaire, c'est-à-dire celui qui agit en cette qualité, soit établi dans un État contractant, ou, si tel n'est pas le cas, que les règles de droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un État contractant. Mais si l'intermédiaire n'agit pas en cette qualité, c'est-à-dire lorsque le tiers ignorait légitimement sa qualité, la convention ne s'applique que si, en plus des conditions précédentes, l'intermédiaire et le tiers, qui apparaissent alors comme le vendeur et l'acheteur, ont leur établissement dans des États différents.

CONCLUSION

27. Ces règles d'application de la convention font donc une large place aux règles de droit international privé et donnent leur intérêt aux dispositions de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. On peut même penser que le succès de la Convention de Genève, s'il se produit, entraînera celui de la Convention de La Haye.

Certes, la Convention de La Haye rattache en principe, comme on l'a vu, le pouvoir de représentation de l'intermédiaire à la loi du pays d'établissement de celui-ci, et, dans cette mesure, elle n'ajoute rien à la Convention de Genève qui se déclare applicable précisément si l'intermédiaire a son établissement dans un État contractant. Mais la Convention de La Haye retient aussi dans certains cas, qui ne sont pas négligeables, la loi du lieu d'activité de l'intermédiaire (v. *supra*, par.

n° 19). Si ce lieu est situé dans un État contractant, la Convention de La Haye ajoute alors à celle de Genève, en rendant celle-ci applicable.

On peut donc penser que, grâce à ces deux conventions, l'histoire prochaine de la loi applicable aux contrats de distribution est déjà tracée. Mais il faudra encore un peu de temps et quelques ratifications pour que cette histoire puisse s'accomplir.