

Doctorat nouveau régime - cotutelle

LE CONTRAT INTERNATIONAL DE DISTRIBUTION EN DROITS FRANÇAIS ET BRÉSILIEN

Thèse pour l'obtention du titre de :

Docteur en droit international

Présentée et soutenue publiquement le 20 mai 2014

par

Roberta RIBEIRO OERTEL

Thèse dirigée par :

M. Jochen BAUERREIS, Maître de conférences HDR de l'Université de Strasbourg,

Professeur honoraire à l'Université de Freiburg, Directeur de recherche en France.

Monsieur Paulo Borba CASELLA, Professeur agrégé de l'Universidade de São Paulo,
Directeur de recherche au Brésil.

Rapporteurs :

Madame Florence G'SELL, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale.

Madame Véra Maria Jacob de FRADERA, Professeur agrégé de l'Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Brésil.

Doctorat nouveau régime - cotutelle

LE CONTRAT INTERNATIONAL DE DISTRIBUTION EN DROITS FRANÇAIS ET BRÉSILIEN

Thèse pour l'obtention du titre de :
Docteur en droit international

Présentée et soutenue publiquement le 20 mai 2014

par

Roberta RIBEIRO OERTEL

Thèse dirigée par :

M. Jochen BAUERREIS, Maître de conférences HDR de l'Université de Strasbourg,
Professeur honoraire à l'Université de Freiburg, Directeur de recherche en France.

Monsieur Paulo Borba CASELLA, Professeur agrégé de l'Universidade de São Paulo,
Directeur de recherche au Brésil.

Rapporteurs :

Madame Florence G'SELL, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale.

Madame Véra Maria Jacob de FRADERA, Professeur agrégé de l'Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Brésil.

Cette étude est dédiée à ma famille germano-franco-brésilienne

Je remercie vivement Monsieur Jochen Bauerreis et Monsieur Paulo Borba Casella, pour l'attention avec laquelle ils ont dirigé mes recherches, pour les encouragements qu'ils m'ont adressés et pour leur bienveillance.

Mes plus sincères remerciements à Madame Véra Maria Jacob de Fradera et Madame Florence G'Sell, de l'honneur qu'elles me font en s'intéressant à mon travail et en acceptant de siéger à mon jury de thèse.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le Bâtonnier Jean Jacques Forrer et à Madame Christine Behl pour leur soutien pendant toutes ces années de travail.

Je remercie vivement Marina Grundenwald, Delphine Porcheron, Gabriela Cetrulo Rangel, Kalliroi Grammenou, Michel Feuerbach, François-Xavier Licari et Alexandre Vagenheim pour leur inestimable apport intellectuel.

Je tiens aussi à remercier Sophie Huguenet, Pierre Weiss et Jean Christophe Meyer pour leur apport précieux dans la révision finale du français.

Je tiens tout particulièrement à remercier mes parents, ma sœur, ma belle-mère et mon ami Pierre Weiss pour leur encouragement constant tout au long de cette thèse.

« Mme Roberta Ribeiro Oertel a été membre de la promotion Péricles (2004) du Collège Doctoral Européen des universités de Strasbourg pendant la préparation de sa thèse. Elle a bénéficié des aides spécifiques du CDE et a suivi un enseignement hebdomadaire sur les affaires européennes dispensé par des spécialistes internationaux. Ses travaux de recherche ont été effectués dans le cadre d'une convention de cotutelle avec l'Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brésil, et l'Université de Strasbourg, France »

SOMMAIRE

SOMMAIRE	9
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
INTRODUCTION	17
PREMIÈRE PARTIE : LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN DROITS INTERNES FRANÇAIS ET BRÉSILIEN	41
<i>Titre premier : La notion de contrat de distribution</i>	43
Chapitre I – La concession commerciale.....	44
Section 1 – Le régime juridique du contrat de concession commerciale.....	44
Section 2 - La portée de la clause d'exclusivité au regard du contrat de concession.....	60
Section 3 - Les principales obligations des parties.....	71
Chapitre II- La franchise.....	79
Section 1- Le régime juridique du contrat de franchise.....	79
Section 2- Les caractéristiques essentielles du contrat de franchise.....	86
Section 3- Les principales obligations des parties.....	93
Conclusion Titre Premier.....	104
<i>Titre deuxième : La rupture du contrat de distribution</i>	105
Chapitre I- Les conditions de rupture du contrat de distribution.....	106
Section 1- La liberté de rupture du contrat de distribution.....	107
Section 2- L'obligation de respecter un délai de préavis de rupture.....	125
Chapitre II - Le fondement de la responsabilité découlant de la rupture du contrat.....	152
Section 1- Le caractère abusif de la rupture brutale du contrat.....	152
Section 2 – La nature de la responsabilité engendrée lors de la rupture du contrat.....	177
Conclusion Titre Deuxième.....	198
DEUXIÈME PARTIE : LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE DISTRIBUTION EN DROITS FRANÇAIS ET BRÉSILIEN	201
<i>Titre Premier : La détermination de la juridiction compétente au contrat de distribution</i>	203
Chapitre I – Le choix de la juridiction par les parties.....	204
Section 1 – La compétence internationale désignée par la clause d'élection de for.....	205
Section 2 - Le règlement du litige par voie arbitrale.....	222
Chapitre II – Le tribunal compétent en l'absence de choix des parties.....	253
Section 1 - Les règles de droit international privé de source interne.....	254
Section 2- Les règles de droit international privé de source interrégionale.....	261
Conclusion Titre Premier.....	289
<i>Titre Deuxième : La détermination du droit applicable au contrat de distribution</i>	291
Chapitre I – La place du principe de l'autonomie de la volonté en droits français et brésilien.....	292
Section 1 - La mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté.....	293
Section 2 - Les limites au principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de distribution.....	316
Chapitre II – La désignation de la loi applicable en dehors du principe de l'autonomie de la volonté.....	327
Section 1- La recherche de la <i>lex contractus</i> du contrat de distribution à partir de critères approximatifs.....	328
Section 2 - La tendance à l'adoption de critères de rattachement objectifs.....	339
Conclusion Titre Deuxième.....	356
CONCLUSION GÉNÉRALE	359
ANNEXE I	365
ANNEXE II	384
BIBLIOGRAPHIE	389
RÉSUMÉ EN PORTUGAIS O CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO FRANCÊS E BRASILEIRO	471
TABLE DES MATIÈRES	491

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	affaire
AgIn	Agravo de Instrumento (recours en interprétation dirigé aux Tribunaux de justice des États)
al.	alinéa
Ap. civ.	Apelação civil (recours dirigé aux Tribunaux de justice des États)
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bull. ASA	Bulletin ASA
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
c.	Contre
C. com. français	Code de commerce français
CA	Cour d'appel
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
Cah. arb.	Cahier d'arbitrage
Cah. dr. de l'ent.	Cahier droit de l'entreprise
Cass. civ.	Chambres civiles Cour de cassation
Cass. com.	Chambres commerciales Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence et consommation
CE	Communauté européenne
CF	Constitution Fédérale
CDC	Code de protection du consommateur
CISG	Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises de 11 avril 1980
CJCE	Cour de justice des communautés européennes

CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Coll. Bibl. Dr. Privé	Collection bibliothèque de droit privé
Coll. Nouv. Bibl. Th.	Collection nouvelle bibliothèque de thèse
comm.	commentaire
Cons. Conc.	Conseil de la concurrence
CPC brésilien	Code de procédure civile brésilien
CPC français	Code de procédure civile français
D.	Dalloz
Des.	Desembargador (Juge des Tribunaux de justice des États)
D. th. et comm.	Dalloz thèmes et commentaires
DJ	Diário de Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
Int. Arb. Law Rev.	International Arbitration Law Review
j.	jugé
JB	Jurisprudence belge
J.-Cl.	Juris-classeur
J.-Cl. Dr. int	Juris-classeur droit international
JCP	La semaine juridique
JCP A	La semaine juridique affaires
JCP E	La semaine juridique entreprise
JCP G	La semaine juridique général
JDI	Journal de droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne

JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Jurisp. argentina	Jurisprudencia argentina
LA	Loi de l'arbitrage
Lettre distr.	Lettre de la distribution
LICC	Loi d'introduction au code civil
LINDB	Loi d'introduction aux normes du droit brésilien
LEXSTJ	Revue législative de jurisprudence du Tribunal supérieur de justice
LPA	Les petites affiches
Min.	Ministre (juge du Tribunal supérieur de justice et de la Cour Suprême fédérale)
n.	note
NCCB	Nouveau Code civil brésilien
obs.	observation
préc.	précitée
RABPI	Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual
RBDCiv.	Revista Brasileira de Direito Civil
RBDC	Revista Brasileira do Direito Comparado
RBAr	Revista Brasileira de Arbitragem
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDBMCA	Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem
RDC	Revista de Direito do Consumidor
RDCO	Revue des contrats
RDGV	Revista de Direito GV
RDM	Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro
Rec. CJCE	Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de la communauté européenne
REDC	Revue européenne de droit de la consommation

Rel.	Relator (juge rapporteur des Tribunaux de justice des États)
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil Dalloz
Rép. dr. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. dr. commun. Dalloz	Répertoire de droit communautaire Dalloz
Rép. intern. Dalloz	Répertoire international Dalloz
Rép. soc. Dalloz	Répertoire société dalloz
REsp.	Recurso especial (recours dirigé au Tribunal supérieur de justice)
Rev. arb.	Revue d'arbitrage
Rev dr. unif.	Revue de droit uniforme
Rev. écon.	Revue économique
Rev. Inf. Leg.	Revista de Informação Legislativa
Rev. proc.	Revista de processo
REVJMG	Revista de Jurisprudência do Estado de Minas Gerais
RExt.	Recurso extraordinário (recours dirigé à la Cour Suprême fédérale)
RF	Revista Forense
RF comemorativa	Revista Forense comemorativa
RFDL	Revista da Faculdade de Direito de Lisboa
RFDUFRGS	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
RFDUSP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
RFTJ	Revue française de théorie juridique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue juridique commercial
RJDA	Revue juridique de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RMA	Revista de Mediação e Arbitragem
RRJP	Revue de jurisprudence
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça

RTDC	Revista trimestrial de direito civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTJ	Revista Trimestrial de Jurisprudência dos Estados
SE	Sentence étrangère
SLC	Société de législation comparé
STJ	Tribunal supérieur de justice
STF	Cour suprême fédérale
somm.	sommaire
TA civ.	Tribunal de Alçada Cível
TC	Tribunal de Commerce
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TFUE	Traité de fonctionnement de l'Union européenne
TJEP	Tribunal de justice de l'État du Paraná
TJMG	Tribunal de justice de l'État de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de justice de l'État de Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de justice de l'État de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de justice de l'État de São Paulo
UE	Union européenne
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
V.	Voir
vol.	volume
Yearbook PIL	Yearbook of Private International Law

INTRODUCTION

Les contrats de distribution sont la clé de voûte du commerce international et des échanges commerciaux en France et au Brésil. La pratique des affaires a forgé des techniques de distribution qui s'adaptent parfaitement au contexte économique et à la complexité des opérations du commerce international. Plus précisément, l'utilisation croissante de deux types de contrat de distribution a suscité notre intérêt, à savoir : la concession commerciale et la franchise. Ces techniques plus récentes de distribution sont les fruits du perfectionnement et de la sophistication du commerce toujours en quête de stratégies qui favorisent la captation de la clientèle¹.

La concession commerciale et la franchise s'insèrent dans le contexte plus moderne de la distribution. L'activité de distribution est définie comme une technique de commercialisation de biens et de services qui permet au producteur d'atteindre le consommateur à travers l'activité d'un intermédiaire². Par cette technique, le producteur peut s'investir uniquement dans la fabrication laissant au distributeur la tâche de se spécialiser dans la prospection d'une clientèle et dans la revente au consommateur. Le distributeur est un intermédiaire en droits français et brésilien. Son activité a un sens économique incontestable dans le commerce international. Il a donc un rôle d'« *agent économique* »³ qui s'adapte aux situations nées de circonstances de temps et de lieu diverses.

Le développement de la distribution en France et au Brésil résulte à la fois des évolutions sociales, du rôle de l'État et des exigences des marchés domestique et international. La conjoncture historique peut nous éclairer sur les diverses étapes de cette évolution. Elle s'est d'abord développée sur le Vieux Continent et s'est ensuite étendue au Nouveau Monde. L'approche historique du phénomène permet de constater que l'apparition du contrat de concession commerciale et de franchise découle d'une concentration d'intérêts économiques et de la transposition de modèles juridiques.

¹ Ils existe d'autres types de contrat de distribution fréquemment utilisé dans le commerce interne et international, tel que la distribution sélective, le contrat de fourniture et l'agence commerciale qui ne seront pas directement abordés dans le cadre de cette étude, mais éventuellement de façon indirecte et à titre de comparaison.

² M. MARTINEK, F.-J. SEMLER et S. HABERMEIER, (*Handbuch des Vertriebsrechts*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003) considèrent le droit de la distribution comme un « *droit d'intermédiation distributive* » ou « *des intermédiaires de la distribution* » (*Vertriebsrecht als Absatzmittlungsrecht*).

³ F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2002, p. 10 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Coll. Bibl. Dr. Privé, LGDJ, 2007.

En France, l'activité d'intermédiaire se développe au cours de deux périodes distinctes. Les premières interventions effectives d'intermédiaires du commerce voient le jour entre le XI^{ème} et le XVIII^{ème} siècles après l'apparition du « *contrat de commission* »⁴ et du contrat de « *courtier* »⁵. Pendant cette période, le commerce est marqué par la « *sédentarisation* »⁶ dans la mesure où les producteurs fabriquent et vendent leurs produits eux-mêmes et s'organisent en corporations⁷ limitant considérablement la libre circulation des vendeurs ambulants dans les villes.

Selon les historiens⁸, la seconde période importante est celle de la grande « *révolution de la distribution* » qui se déroule après la révolution industrielle du XVIII^{ème} siècle. Les corporations ont perdu de leur force économique et politique au détriment de la production en série plus performante en termes quantitatifs et financiers. La « *consommation de masse* » permet la séparation de l'activité industrielle et de l'activité commerciale, ce qui favorise le développement de l'intermédiation. L'apparition à cette époque-là de la figure du « *voyageur* », une espèce de grossiste travaillant au nom et pour le compte du mandant, doit être soulignée. Il offre l'opportunité aux fabricants de produits manufacturés de se faire connaître sur plusieurs marchés. Son activité consiste à approvisionner en quantité des magasins locaux avec des produits qui deviennent peu à peu connus des consommateurs à travers leur marque⁹. Aux alentours de 1830, l'augmentation du pouvoir d'achat de la population française annonce le début d'une époque très favorable à la consommation. Le concept des « *grands magasins français* »¹⁰ proposant des produits manufacturés et des vêtements de prêt-à-porter apparaît au cours de cette période. Ces commerçants ont des

⁴ Par ce contrat, le « *commissionnaire* » conclut des affaires en son nom et pour le compte du commettant qui reste chez lui, (R. BALDI, *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, Bruxelles, Bruyant, 1988, p. 15).

⁵ Le courtier est un médiateur dont la fonction est d'amener les parties à conclure un contrat. Son activité fut toutefois conditionnée à un registre spécial. *Ibidem*, p. 16.

⁶ M.-L. ALLAIN et C. CHAMBOLLE, *Economie de la distribution*, La Découverte, 2003, p. 22 ; F. N. BOITEAUX, *Contratos mercantis*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 99.

⁷ Comme l'indique H. JORDA (« Les recompositions de l'artisanat : des corporations à la « *première entreprise de France* », *Marché et organisation*, n° 1, 2006, p. 39-53, spéc. p. 45) : « *Les corps avaient pour fonction d'assurer une protection et de régler les relations entre leurs membres* ». En contrepartie, aucun commerçant ne peut exercer son métier sans être affilié à une corporation dans la ville où il est domicilié. Le commerçant est tenu de payer un droit d'entrée et de se présenter à un examen d'aptitude.

⁸ E. CHADEAU, « Le commerce de détail: entreprises et « *révolutions commerciales* » », *Entreprises et Histoire*, 1993, n°4, p. 5-11, spéc. p. 11.

⁹ M.-L. ALLAIN et C. CHAMBOLLE, *Economie de la distribution*, *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰ Les premiers grands magasins français étaient : La Belle Jardinière (1824), Aux Trois Quartiers (1829), Au bon Marché (rattaché par Boucicaud 1852), Le Louvre (1855), Printemps (1865), cf. A. CHATRIOT et M.-E. CHESSEL, « L'histoire de la distribution : un chantier inachevé », in *Histoire, économie et société*, 2006, n°1, p. 67-82, spéc. p. 69. En outre, Les Galeries Lafayette ont été créées en 1894 par deux cousins alsaciens, Théophile Bader et Alphonse Kahn. À ce propos, v. S. LAUER, « Galeries Lafayette. Dans les coulisses d'une machine à vendre », *Le Monde Magazine*, 19 déc. 2009, p. 28-35.

moyens financiers pour constituer un stock de marchandises, ce qui permet de répondre rapidement à la demande de la clientèle constituée notamment par la petite et moyenne bourgeoisie.

A la différence de la France, le processus d'industrialisation¹¹ au Brésil a effectivement démarré à la fin du XIX^{ème} siècle avec « *l'essor de la culture du café et la construction d'un réseau ferroviaire, lorsque l'abolition de l'esclavage et l'afflux d'immigrants font apparaître, en même temps que la main-d'œuvre, un marché intérieur suffisant pour que naissent les premières industries (textiles, alimentaires, etc.)* »¹². Durant cette période, la distribution des produits est réalisée principalement par le biais des « *viajantes comerciais* » (voyageurs commerciaux), aussi appelés « *representantes comerciais* » (représentants commerciaux)¹³. Dans les années 1950, l'installation de l'industrie automobile d'origine étrangère relance la croissance économique au Brésil¹⁴. Ce pays devient très attractif pour les multinationales nord-américaines et européennes qui découvrent un marché consommateur grandissant. Dans ce contexte, il a fallu que le commerce s'adapte afin d'écouler les marchandises de façon performante dans plusieurs villes sur un territoire très vaste. C'est ainsi que certains commerçants deviennent des grossistes afin d'assurer la distribution des produits manufacturés qui requièrent parfois des conditions spécifiques de présentation pour la revente.

Il faut remarquer que, dans les années 1945, l'influence du mode de vie nord-américain se traduit par l'intensification de la culture de consommation en France et au Brésil. Ainsi, les États-Unis créent deux nouveaux concepts de distribution qui sont transposés dans ces deux pays. Une première formule est celle des « *supermarchés* » pour la distribution au détail de produits alimentaires visant le marché de masse et à prix très réduit¹⁵. En France,

¹¹ Par industrialisation, nous entendons ici « *un processus de restructuration de l'ensemble économique et social sous l'influence d'un complexe coordonné de machines* », (J.-M. MARTIN, *Industrialisation et développement énergétique du Brésil*, [Mémoire], Coll. Travaux et mémoires de l'Institut des hautes études de l'Amérique Latine, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine, Paris, 1966, n° 14).

¹² M.-L. MARCILIO, « Industrialisation et mouvement ouvrier à Sao Paulo au début du xx^e siècle », *Le Mouvement social*, n° 53, p. 111-129 ; B. FAUSTO, *História do Brasil*, São Paulo, Ed. da USP, 1994.

¹³ L'activité du « *representante comercial* » est la forme d'intermédiation la plus ancienne au Brésil (R. REQUIAO, *Do representante comercial*, São Paulo, Ed. Forense, 2004). Le contrat d'agence fait l'objet d'une loi spécifique, la Loi n°4886 du 9 décembre 1965, modifiée par la Loi 8420 du 8 mai 1992, particulièrement protectrice de l'agent. L'activité du représentant commercial consiste à prospecter une clientèle et à recueillir des commandes pour le compte du mandant (art. 1).

¹⁴ F. A. R. de OLIVEIRA, « Concessão comercial de veículos automotores », *RF/99*, vol. 368, 2003, p. 63-79.

¹⁵ A. CHATRIOT et M.-E. CHESSEL, « L'histoire de la distribution : un chantier inachevé », in *Histoire, économie et société*, 2006, n°1, p. 73.

cette forme de commerce est appelée la « *grande distribution* »¹⁶. Dans ce secteur, les grandes enseignes proposent également des produits non-alimentaires en magasins « *hypermarchés* »¹⁷. Au Brésil, les supermarchés et hypermarchés sont installés dans les grandes villes pour capter un maximum de consommateurs issus des différents milieux sociaux et économiques. Le « *shopping center* », en français « *galerie commerciale* », est l'autre concept rencontrant un franc succès au Brésil. Cette technique regroupe une grande variété d'enseignes dans plusieurs secteurs et des services qui facilitent la vie dans les grandes villes. En France, les centres commerciaux attirent plutôt la classe moyenne et des consommateurs aux goûts plus sophistiqués. C'est une option de commerce de proximité diversifié.

Dans ces lieux consacrés à la consommation ou encore dans le commerce de rue¹⁸, plusieurs nouvelles techniques de distribution se sont développées telles que la concession commerciale et la franchise. Ces contrats sont apparus – spontanément, sans intervention officielle – afin de combler un vide dans le monde des affaires qui nécessite parfois une opération plus complexe dans le but d'écouler la production. Ces techniques offrent la possibilité à un commerçant de revendre des produits de marque et d'intégrer un groupe ou réseau de distributeurs¹⁹. L'unicité de l'ensemble du réseau de distributeurs est généralement assurée grâce à la mise en place d'une stratégie de publicité qui rend ces techniques encore plus performantes dès lors qu'un « *plan marketing* »²⁰ est élaboré afin de vendre un produit inconnu sur le marché. Dans cette configuration, le magasin devient un simple point de vente

¹⁶ Sur le développement de la grande distribution en France, v. Y. TINARD et J.-C. SERNA, *La grande distribution française: bouc émissaire ou prédateur ?*, Litec, 2003, p. 203-331; E. COMBE, *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2002.

¹⁷ Malgré le succès de la grande distribution en France, la crise économique de 2008 a frappé fort les ventes dans les grandes surfaces alimentaires. Entre 2003 et 2011, le volume de ventes est en recul dans les hypermarchés où le repli de vente s'est accentué, passant de 2,3% à - 0,9%. Pour une étude économique complète sur l'évolution de la grande distribution, v. O. TARTERET et H. HANNE, « Grande distribution et croissance économique en France », in *Étude soutenue par le Service du soutien au réseau*, sous-direction de la communication, programmation et veille économique, Bureau de la veille économique et des prix, n° 11, décembre 2012. Disponible sur le site : www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/dgccrf_eco/dgccrf_eco11.pdf

V. également P. MOATI, *L'avenir de la grande distribution*, Odile Jacob, 2001.

¹⁸ Des coutumes locales développées par les commerçants situés sur des grandes zones de chalandise de produits manufacturés, à l'exemple de la rua José Paulino dans le quartier Bom Retiro à São Paulo, révèlent l'existence de contrats verbaux de concession commerciale avec une exclusivité de revente octroyée à des grossistes de l'intérieur de l'État. Le manquement à une clause d'exclusivité de revente verbale permet au distributeur lésé de se procurer un nouveau fournisseur (cf., *Revista Veja*, Editora Abril, octobre 2008, p. 67 et s.).

¹⁹ L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995 ; D. FERRIER, « La considération juridique du réseau », in *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 65.

²⁰ La stratégie marketing a été introduite dans la grande distribution par les grandes enseignes des hypermarchés aux États-Unis déjà dans les années 1930. A ce propos, v. P. B. GONÇALVES, *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição*, São Paulo, Ed. Singular, 2002, p. 18.

physique et le commerçant perd son indépendance au détriment de la participation à un réseau. Dans plusieurs secteurs d'activité, ces techniques contractuelles ont pu se développer et évoluer en suivant les nouvelles tendances de consommation en France et au Brésil ; c'est le cas, par exemple, de la distribution en ligne.

De toute évidence, l'intérêt que nous apportons à l'analyse juridique des contrats de concession commerciale et de franchise en droits français et brésilien est fondé sur leur importance économique. En matière de franchise, par exemple, la France²¹ est classée première en Europe en nombre de marques franchisées²². Le Brésil²³, quant à lui, est classé, aux côtés de la Chine et des États-Unis, parmi les premiers pays au monde où le nombre de franchises a le plus augmenté au cours des dernières années²⁴. En France, les segments phares de la franchise sont toujours l'équipement de la personne et de la maison, l'hôtellerie, l'alimentaire et la coiffure. Au Brésil, les segments les plus importants sont l'hôtellerie, l'alimentaire, la formation professionnelle (cours de spécialisation et de langues) et l'équipement de la personne. Finalement, la concession commerciale est une technique fréquemment utilisée dans la distribution de boissons, de véhicules automobiles, et de vêtements aussi bien en France qu'au Brésil.

La complexité des opérations de concession commerciale et de franchise a d'abord attiré l'attention des juristes français²⁵. La définition de contrat de concession commerciale (*concessão comercial*) fut alors proposée par Claude Champaud dans un fameux article dans lequel il indiqua qu'un « *commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer*

²¹ En 2012, le nombre de réseaux de franchise estimé à 1568 représente 65 059 points de vente (+10%), 323 497 salariés et un chiffre d'affaires de 50,68 milliards d'euros. En 2002, le nombre de réseaux s'élève à 719 et un chiffre d'affaires de 33,71 milliards d'euros selon la Fédération française de la franchise (ou FFF) sur le site internet : www.franchise-fff.com. V. aussi le Centre d'études internationales de la franchise à l'adresse internet : www.ceipi.edu ; et une association de franchisés à l'adresse internet : www.lecidef.com.

²² En 2009, le nombre de franchises en Europe est de 11.731 dont 1369 françaises. L'Europe à elle seule dispose d'autant d'enseignes que l'ensemble des principaux marchés économiques mondiaux réunis. V. tableau comparatif sur le site internet de la Fédération européenne du franchisage : www.eff-franchise.com.

²³ L'Association brésilienne de la franchise indique qu'en 2002 le secteur de franchise a facturé 22.8 milliards de reais et, en 2012, 102.292 milliards de reais. Le nombre de réseaux de franchises en 2002 fut de 650 et, en 2012, le nombre est de 2.426. Disponible sur le site : www.portaldofranchising.com.br.

²⁴ V. tableau comparatif sur le site internet de la Fédération européenne du franchisage à l'adresse : www.eff-franchise.com.

²⁵ J. GUYENOT, *Les contrats de concession commerciale en droit français et communautaire*, Sirey, 1968 ; J.-M. MOUSSERON et alii, *Droit de la distribution*, Litec, 1975 ; J.-M. MOUSSERON, *Producteurs, distributeurs, quelle concurrence?*, Litec, 1986 ; D. FERRIER, *Le droit de la distribution*, 4e éd., Litec, 2006 ; M. VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 2012.

exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution de produits dont le monopole de revente lui est concédé »²⁶.

La doctrine française a fini par inspirer le droit brésilien, où la notion de contrat de distribution s'est concrétisée principalement dans la concession commerciale. Ce contrat dénommé *concessão comercial* fut exploité par Rubens Requião. Pour lui, la concession commerciale est une convention issue du développement économique et de la nécessité d'une efficacité accrue lors de la commercialisation des produits sur la base d'une clause d'exclusivité réciproque²⁷. Il s'agit donc d'une « *technique de commercialisation et d'organisation du marché distributeur de produits industrialisés ou de haute technicité* »²⁸ par laquelle le « *fabricant décentralise l'activité de vente en déférant à une autre entreprise la distribution de ses produits dans le marché* »²⁹.

Il est important de noter que le contrat de concession commerciale panache dépendance économique et indépendance juridique des entreprises contractantes au nom de la commercialisation d'un produit parfois inconnu sur le marché. Il permet en même temps au concédant d'uniformiser la politique d'exploitation de l'activité dans le but d'établir un contrôle sur la qualité des services et sur les ventes réalisées dans le réseau. L'imposition des règles uniformes à tous les membres du réseau de distribution, qui sont des entreprises autonomes, est indispensable si l'on veut créer une image unitaire propre du réseau. Le concessionnaire obtiendra des bénéfices sur la revente mais, en contrepartie, il doit accepter que le concédant dirige la politique de vente de son entreprise.

Le contrat de franchise semble plus contraignant que la concession commerciale, en termes de dépendance économique dans la relation entre fournisseur et distributeur. Dans la définition proposée par M. Didier Ferrier, la franchise est « *une méthode de collaboration entre le franchiseur qui a connu une réussite dans une activité de distributeur et des franchisés qui souhaitent la réitérer moyennant rémunération* »³⁰. Cette méthode de distribution implique une intégration partielle des partenaires en vue d'obtenir la réitération d'un concept sur le marché. Dans la franchise, un partenariat effectif entre le franchiseur et le

²⁶ Cl. CHAMPAUD, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451.

²⁷ Ainsi, le concédant accorde exclusivement au concessionnaire le droit de revendre ses produits de marque sur un territoire déterminé, tandis que celui-ci s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès du concédant. Selon O. CACHARD, « *L'exclusivité est encore et surtout l'une des techniques qui sous-tend l'organisation des réseaux de distribution* », (« L'exclusivité », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 215-227, spéc. p. 225).

²⁸ R. REQUIAO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *RDM*, 1972, n. 11, p. 15-45, spéc. p. 19.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ D. FERRIER, *Le droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 307.

franchisé impose une transparence totale entre eux, ainsi que l'acceptation des règles parfois lourdes du promoteur du réseau. Sur un plan juridique, la relation entre le franchiseur et le franchisé est caractérisée par le point suivant : ce dernier est un commerçant indépendant qui conserve son autonomie, puisqu'il exerce son activité en son nom propre et pour son propre compte.

Néanmoins, les contrats de franchise et de concession commerciale sont appelés « *contrats de dépendance* »³¹, puisque le franchisé et le concessionnaire sont tenus d'accepter et de respecter les directives imposées par le fournisseur et/ou la tête du réseau quant à l'organisation de la distribution de produits et de services.

Il faut noter qu'en dépit des spécificités propres à chaque contrat, le législateur français n'a encadré légalement ni le contrat de concession commerciale, ni le contrat de franchise. Ces contrats appartiennent à la catégorie des contrats innommés en droit français. Ils sont ainsi constitués de plusieurs obligations et règles caractéristiques d'autres contrats sans être spécialement organisés par une loi particulière³². En droit brésilien, cependant, deux techniques de distribution possèdent un cadre juridique spécifique. Il s'agit du contrat de franchise régi par la loi n° 8.955 du 15 décembre 1994³³ et, en matière de distribution de véhicules automobiles de voie terrestre, le contrat de concession est règlementé par la loi n° 6.729 du 26 décembre 1979, connu sous l'appellation de « *loi Ferrari* »³⁴. A l'exception de ces deux techniques, le contrat de concession commerciale reste un contrat innommé, même après l'entrée en vigueur le 11 janvier 2003 du Code civil brésilien de 2002, loi n° 10.406 du 11 janvier 2002.

Le nouveau Code civil brésilien s'est inspiré du droit italien, en particulier du *Codice Civile*³⁵ qui, en 1942, a regroupé dans un code civil unique les matières de droit civil et de droit commercial³⁶. Dans ce même esprit, les rédacteurs du Code civil brésilien ont également opté pour un régime unitaire des obligations et des contrats civils et commerciaux, ainsi que

³¹ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, p. 81.

³² Pour une étude approfondie sur ce sujet, v. spécialement P. P. de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 211 et s.

³³ La loi sur la franchise a été traduite en français, v. annexe II.

³⁴ La loi sur la revente de véhicules automobiles de voie terrestre a été traduite en français, v. annexe I.

³⁵ Pour un aperçu sur le droit civil italien, v. spécialement G. ALPA (*Tradition and Europeanization in Italian Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2005). Dans cet ouvrage, l'auteur aborde des questions centrales de grande importance, comme la notion et le contenu de principes généraux de droit, relatives au droit italien. La solution italienne du « *Drittwirkung* », c'est-à-dire de la constitutionnalisation du droit civil, est un des aspects très intéressants et la comparaison avec le modèle allemand est très révélatrice.

³⁶ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 9e éd., Dalloz, 1988, p. 97 ; G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, 2004.

des dispositions relatives au régime du droit des sociétés réglementées dans l'ancien Code de commerce brésilien de 1850³⁷. Il s'agit pourtant d'un code de « *transition* »³⁸ qui respecte le passé et qui doit inscrire le droit brésilien dans la modernité³⁹.

La réforme du Code civil brésilien eu égard aux contrats de distribution conduit à deux observations importantes. Il faut tout d'abord savoir que le Code a introduit le principe de la sociabilité (*sociabilidade*)⁴⁰ et de la concrétion (*concreção*)⁴¹. Ces principes doivent assurer que les intérêts de la collectivité prévalent sur les intérêts de l'individu⁴². Cette nouvelle vision du droit confère aux relations une dimension éthique et morale qui correspond mieux aux valeurs de la société brésilienne moderne. Il institue en outre le principe de la fonction sociale⁴³ du contrat et de la bonne foi. Par ces principes empruntés au Code de protection du consommateur, le Code civil brésilien s'est imprégné des idées consuméristes à l'égard des contrats civils, notamment celles relatives à la protection du plus faible.

Ensuite, il faut tenir compte du fait qu'en matière de droit des contrats, les rédacteurs du Code civil brésilien ont maladroitement introduit dans un chapitre unique des dispositions applicables au contrat d'agence et au contrat de distribution (le Chapitre XII intitulé *Da Agência e Distribuição* (De l'agence et distribution) du Titre V sur les contrats en général).

³⁷ G. V. da COSTA CERQUEIRA et I. de AGUILAR VIEIRA, « L'influence du Code de commerce français au Brésil - (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807) », *RIDC*, 1-2007, p. 27-77.

³⁸ A. WALD, « Le droit brésilien et le code civil de 2002 », in *Code civil brésilien*, traduit sous la direction de A. Wald, SLC, 2009, p. 22 et s.

³⁹ Le Code civil brésilien est entré en vigueur le 12 janvier 2003. L'auteur de la réforme du droit civil a été le Professeur Miguel Reale (*O Novo Código Civil*, disponible sur internet à l'adresse suivante : www.miguelreale.com.br). V. aussi M. REALE, « O sentido inovador do projeto do novo Código civil (exposição e debate) », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 735-766 ; S. RODRIGUES, « A Projetada Reforma do Código Civil », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 637-644 ; M. REALE, « Visão Geral do Novo Código Civil », *RT/92*, v. 808, 2003, p. 11-19 ; R. S. LISBOA, « Miguel Reale, o Código Civil e a redução das desigualdades sociais », *RT/96*, v. 861, julho 2007, p. 30-34 ; E. R. GRAU, « Um novo paradigma dos contratos ? », *RFDUSP*, vol. 96, 2001, p. 423-433.

⁴⁰ A propos des nouveaux principes du droit des contrats brésilien, v. P.-A. FORGIONI, « A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro », *RDM/130*, 2003, p. 7-37 ; A. WALD, « O novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos », *RDM/130*, p. 39-55 ; G. TEPEDINO, « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 », *RF/364*, p. 113-123.

⁴¹ L.-O. BAPTISTA, « Boa fé nos contratos internacionais », *RDBMCA*, n° 20, 2003, p. 24-46.

⁴² En ce qui concerne le droit privé, le législateur avait trois possibilités : continuer à favoriser les intérêts individuels au détriment de l'intérêt collectif, suivant le modèle adopté par le Code civil de 1916 ; ou promouvoir la socialisation du droit des contrats ; ou adopter une position intermédiaire, c'est-à-dire, accommoder les intérêts sociaux et individuels de façon complémentaire au travers de l'insertion de clauses dites « ouvertes », dont l'objectif est la recherche de solutions par équité. Le choix s'est porté sur la troisième solution. En ce sens, v. G. TEPEDINO, « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 1-22, spéc. p.15.

⁴³ Le principe de la fonction sociale du contrat est prévu à l'art. 421 du NCCB : « *La liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat* ». Ce principe peut atténuer le principe de l'effet relatif du contrat et celui de l'autonomie de la volonté des parties en droit des obligations au détriment des intérêts individuels si la manutention du contrat est indispensable à la collectivité. Sur ce point, v. spécialement J. MARTINS-COSTA, « Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos », *RDGV* 2005, vol.1, p. 41.

Malgré la terminologie utilisée, ces dispositifs ne sont pas applicables aux divers types de contrats de distribution⁴⁴, tels que la concession commerciale et la franchise. En fait, les nouvelles règles du Code civil brésilien s'appliquent toujours au contrat d'agence commerciale dont le statut est réglementé par la Loi n° 4.886 du 9 décembre 1965 portant sur l'activité du représentant commercial indépendant⁴⁵. En réalité, les dispositifs du nouveau Code civil classifient l'activité de l'agent commercial de « *distribution* », si ce dernier peut disposer de la chose objet de la négociation (art. 710)⁴⁶.

La publication récente de l'énoncé⁴⁷ n° 31 issu de la Première journée de droit commercial organisée par le Conseil National de Justice abonde dans notre sens. Cet énoncé indique que le « *contrat de distribution prévu à l'article 710 du Code civil est une modalité d'agence dans laquelle l'agent agit en tant qu'intermédiaire ou mandataire du principal et aura droit à une rémunération correspondant aux affaires conclues dans sa zone de chalandise. Dans le contrat de distribution strictu sensu, le distributeur commercialise le produit du fabricant ou du fournisseur et, son chiffre d'affaires résulte de ses ventes réalisées pour son compte et risque* »⁴⁸. Cet énoncé clôt une discussion menée par une partie de la doctrine brésilienne qui considère que le contrat de distribution a été réglementé dans le Code civil de 2002⁴⁹. En réalité, le contrat de distribution reste encore un contrat innommé. C'est pourquoi nous trouvons important d'étudier les spécificités et les caractéristiques des contrats de concession commerciale, qui sont également des contrats innommés en droit français.

En revanche, le contrat d'agence commerciale ne fera pas l'objet d'une étude spécifique dans le cadre de notre recherche. En droits français et brésilien, l'agent est un « *mandataire d'intérêt commun qui diffuse de manière habituelle des produits et services au*

⁴⁴ F. ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 12 et s. ; P.-A. FORGIONI, *Direito da Distribuição*, São Paulo, Ed. Forense, 2005; C.-E. J. RAGAZZO, « Agência e Distribuição », *RTDC* 2004, vol. 19, p. 3-28.

⁴⁵ En effet, le nouveau Code civil a adopté le *nomen juris* de l'agence commerciale comme l'ont fait d'autres systèmes juridiques en droit comparé. En ce sens, v. notamment R. REQUIAO, *Do Representante Comercial*, Rio de Janeiro, Forense, 2002 ; J. SADDI, « Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil », *RDM* 2003, v. 62, n° 129, p. 35-45.

⁴⁶ Art. 710: « *Par le contrat d'agence, une personne assume, de manière non éventuelle et sans lien de dépendance, l'obligation de promouvoir, pour le compte d'une autre et moyennant rétribution, la réalisation de certaines affaires, dans une zone déterminée, et la distribution sera constituée quand l'agent aura à sa disposition la chose objet de la négociation* ».

⁴⁷ Les énoncés sont ainsi utilisés afin de donner une orientation sur la manière d'appliquer et d'interpréter certains articles après la réforme du Code civil brésilien de 2002.

⁴⁸ Première journée de droit commercial, le 23 et 24 octobre 2012, Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

⁴⁹ En ce sens, v. G. TEPEDINO, *Comentários ao Novo Código Civil. Das várias espécies de contrato. Do Mandato. Da Comissão. Da Agência e Distribuição. Da corretagem. Do Transporte. Arts. 653 a 756*, vol. X, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 263-382; C. M. da SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil. Contratos*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 391-392.

nom et pour le compte du mandant »⁵⁰. Il est mandaté pour prospecter une clientèle et recueillir des commandes. A l'inverse, nous nous intéresserons à la concession commerciale et à la franchise puisque ces deux contrats ont en commun la distribution des produits de services réalisée sur la base de la revente. De plus, l'absence d'un cadre législatif spécialement en droits français et européen⁵¹, est un facteur qui accentue le déséquilibre économique au sein du rapport contractuel entre le fournisseur et le distributeur.

Dans cette perspective, le droit comparé nous permettra d'analyser la typologie du contrat de concession et de franchise dans le but de mieux comprendre leur structure juridique⁵² et la relation qui unit uniquement fournisseur et distributeur⁵³. L'exploration détaillée de ces contrats nous permettra de dégager plus clairement leur régime juridique et leur *modus operandi* en droits internes français et brésilien. Il s'agit enfin d'une étude préalable et essentielle qui nous permettra de mettre en relief les solutions proposées par chaque système juridique lorsqu'on abordera une problématique particulièrement d'actualité concernant la concession commerciale et la franchise : la rupture du contrat.

Le sens de rupture à retenir ici est celui qui désigne « *la terminaison d'un contrat résultant de la décision unilatérale d'une partie contractante* »⁵⁴. Pour les contrats de distribution à durée déterminée les rapports contractuels peuvent s'achever dès lors que le contrat n'est pas renouvelé ou si le contrat est interrompu avant son terme final. Pour le contrat de distribution à durée indéterminée, la rupture est une espèce de dénonciation unilatérale⁵⁵ du contrat par une des parties qui ne s'intéresse plus à la relation contractuelle. Puisque les contrats de distribution s'inscrivent dans le temps, le distributeur ne peut pas «

⁵⁰ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, *Op. cit.* p. 89.

⁵¹ L'absence d'une politique d'harmonisation est également perçue au niveau du droit européen. En ce sens, v. D. FERRIER, « La politique d'harmonisation du droit des contrats de distribution en Europe », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 83-95. En revanche, le statut de l'agent commercial a fait l'objet 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 (JOCE, n° L 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021), compte tenu de la nécessité de moraliser la cessation du contrat, notamment en cas de rupture abusive du contrat.

⁵² En ce sens, v. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 10 : « *la meilleure connaissance des modèles peut être considérée comme un but de la comparaison* ».

⁵³ Nous n'aborderons pas dans la présente étude la relation entre fabricant et distributeur à l'égard des tiers dans le cadre des contrats de concession commerciale et de franchise.

⁵⁴ P. SIMON, *La rupture du contrat international, contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Defrénois, 2007, p. 2 et s.

⁵⁵ Voir M. J. de FRADERA, G. TEPEDINO et A. SCHREIBER, « La rupture du contrat, Rapport brésilien », in *La rupture du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. IV, SLC, 2005, p. 695-712.

prétendre à une sécurité du contrat absolue »⁵⁶. C'est dire que ces contrats sont à risque et que la rupture est véritablement un fait inévitable.

Au Brésil et en France, nous observons que la fragilité du rapport contractuel entre fournisseur et distributeur est mise en évidence au moment de la rupture du contrat. C'est pourquoi le contentieux est important. Les archétypes de litiges relatifs à la rupture des contrats de distribution ne manque pas afin d'illustrer notre propos: le concédant et le franchiseur invoquent des motifs fallacieux pour justifier la rupture du contrat, ou le franchiseur laisse croire au concessionnaire qu'il va renouveler le contrat, ou l'incite à réaliser des investissements, pour ensuite résilier le contrat ou ne pas le renouveler, ou rompre le contrat sans octroyer un délai de préavis raisonnable. Ces exemples mettent en évidence le paradoxe qui consiste, d'une part, à défendre la continuité du rapport contractuel et, d'autre part, la précarité contractuelle⁵⁷ favorable au libre jeu de la concurrence.

Si la rupture du contrat met fin à une intense collaboration entre les cocontractants, la manière par laquelle la relation se termine ne doit en aucun cas porter préjudice à la partie évincée⁵⁸. Les manifestations plus fréquentes d'abus sont caractérisées lorsque le comportement de l'auteur de la rupture est affecté par l'incohérence qui l'anime⁵⁹ et par l'absence ou l'insuffisance d'un délai de préavis de rupture. C'est grâce à la bonne foi, que les tribunaux français et brésiliens ont pu exercer un contrôle sur la rupture pendant la phase d'extinction des relations commerciales⁶⁰. La bonne foi représente ici la loyauté contractuelle qui régit les rapports des cocontractants pendant toute la durée de vie du contrat. Mais elle régit encore et enfin la rupture des liens contractuels.

⁵⁶ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, PUAM, 2006, p. 430 et s.

⁵⁷ Comme l'a indiqué M. Denis Mazeaud : « C'est lors de la rupture du contrat que le « solidarisme » appuyé sur la loyauté et la fraternité peut anéantir le déséquilibre contractuel excessif et abusif », (D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité et fraternité: la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 628 et s.).

⁵⁸ Le contrôle de l'abus du droit de rompre ne remet pas en question la licéité du droit de rompre, mais la façon selon laquelle ce droit est exercé.

⁵⁹ Selon D. MAZEAUD, (« Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178) : « la jurisprudence canalise, au nom d'une exigence de cohérence, la liberté des maîtres des réseaux de distribution de mettre fin aux contrats qui les lient à leurs distributeurs, lorsque leurs comportements, lors de l'exécution du contrat, ont fait naître dans l'esprit de ces derniers une confiance légitime dans une certaine stabilité du lien contractuel ». Ces idées expriment un courant solidariste des relations contractuelles à l'égard des contrats qui demandent une collaboration étroite entre les partenaires, malgré la dépendance économique caractéristique de certains contrats. Dans ce contexte, la thèse de l'abus de dépendance économique figure également en bonne place dans l'arsenal mis en œuvre par les distributeurs évincés en quête d'indemnisation.

⁶⁰ D'après S. PETIT, (« La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 2008, n° 188, p. 33) : « au temps de l'exécution du contrat qui, étiré en amont jusqu'à la phase précontractuelle comme en aval jusqu'à la phase d'extinction des relations contractuelles, fut jugé apte à remplir cette mission de moralisation, laquelle devait donc consister à infiltrer la phase terminale des relations contractuelles afin d'y vanter les vertus d'une désunion empreinte de loyauté ».

En dépit de l'application du principe général de la bonne foi, les droits français et brésilien ont adopté des règles spécifiques qui permettent de sanctionner la « rupture abusive » d'une relation juridique.

Ainsi, le droit de la concurrence français sanctionne comme un délit le fait 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 (...) » (art. L. 442,6-I-5° du C. com.)⁶¹. Ce texte stigmatise la rupture abusive par la brutalité de la résiliation unilatérale. Cependant, il pose également une difficulté quant à la nature juridique de la règle : il s'agit en effet d'un dispositif qui régleme la cessation du contrat dont la source est le droit commun des contrats, toutefois, cette règle relève du droit spécial de la concurrence qui encadre finalement la rupture des relations commerciales établies⁶².

A la différence du droit français, en droit brésilien, la rupture abusive du contrat de concession et de franchise est soumise uniquement aux règles générales du droit des contrats, hormis le contrat de concession automobile qui est régi par la *loi Ferrari*. En réalité, la loi brésilienne de défense de la concurrence n° 12.529 du 30 novembre 2011 également intitulée « loi antitrust »⁶³, institue un système juridique de prévention et de répression contre les pratiques considérées comme contraires à l'ordre économique brésilien. Cette loi a pour but de contrôler les actes de concentration et les clauses contractuelles abusives qui peuvent restreindre la libre concurrence sur le marché national⁶⁴ sur le fondement de l'art. 170⁶⁵ de la

⁶¹ L'art. L. 442-6-1- 5° du C. com. prévoit un délai de préavis raisonnable afin d'éviter la soudaineté de la rupture qui peut causer d'éventuels préjudices au distributeur. Le préavis est gage de respect dans les relations à longue durée fondées sur la confiance mutuelle des parties.

⁶² Pour un débat sur la question, v. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Coll. Nouv. Bibl. Th., 2004, vol. 32, n° 302.

⁶³ Diário Oficial da União du 1er décembre 2011, disponible en langue portugaise sur site www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm et langue anglaise sur le site <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>, p. 181. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2012 et a remplacé la loi n° 8.884, du 11 juin 1994, disponible sur le site en langue anglaise : http://unctad.org/fr/Docs/c2clpd64_fr.pdf, p. 43. Concernant l'ancienne loi antitrust, v. C. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 301 ; M.-C. ANDRADE, *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei n° 8.884/94*, São Paulo, Singular, 2002, p. 324.

⁶⁴ L'art. 36 de la « loi antitrust » énumère les pratiques considérées comme contraires à l'ordre économique, telles que celles indiquées au paragraphe I : « limiter, frauder ou porter préjudice à la libre concurrence ; II- dominer un marché important de biens ou de services ; III- augmenter arbitrairement les intérêts ; IV- exercer de façon abusive une position dominante ».

⁶⁵ Art. 170 de la CF : « L'ordre économique brésilienne, fondée sur la valorisation du travail humain et dans la liberté de la concurrence, a pour but d'assurer à tous une existence digne, conformément aux valeurs édictées par la justice sociale, et dans la mesure du respect des principes suivants : IV- libre concurrence ». Sur ce point, v. E.-R. GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 3e éd., Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 224.

Constitution fédérale brésilienne. Il appartient à l'autorité de la concurrence brésilienne appelée « Conseil administratif de droit économique », ci-après dénommé CADE⁶⁶, d'effectuer le contrôle préalable des concentrations et d'opérer la centralisation de fonctions d'instruction et jugement, à l'instar de la compétence de l'Autorité de la concurrence en France⁶⁷. Le contrôle *a posteriori* relève également de la compétence du CADE, ainsi que des juridictions fédérales et parfois étatiques qui peuvent appliquer la loi antitrust *per se*⁶⁸.

Les sanctions prévues par la loi antitrust sont applicables au contrat de distribution, dès lors qu'un acte ou qu'une pratique qui attente à l'intérêt général de la concurrence a un impact sur le marché pertinent. L'application de cette loi est conditionnée à l'existence d'une domination du marché de la part de l'agent économique⁶⁹. Il apparaît que le droit de la concurrence brésilien ne se prête pas à réglementer les relations d'affaires entre le fabricant et le distributeur qui n'affecte la libre concurrence sur le marché. Il appartient, de ce fait, au droit des contrats brésilien de réglementer les aspects privés et commerciaux de la relation entre les cocontractants.

Il reste évident que l'approche du droit de la concurrence en matière de rupture abusive du contrat de concession et de franchise dans les systèmes juridiques français et brésilien est distincte. En effet, pour le droit français, la rupture du contrat de concession et de franchise se trouve à la croisée du droit des contrats et du droit de la concurrence en raison de la norme de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. La question est donc de savoir quelles sont les conséquences d'une telle constatation à l'égard de la proposition d'une action en dommages et intérêts. Pour y répondre, il est important de tenir compte du fait que la règle qui sanctionne la rupture brutale est rattachée à un régime de responsabilité. En effet, la prétention en justice

⁶⁶ La nouvelle « loi antitrust » a introduit plusieurs modifications, à savoir : le concept de contrôle préalable des opérations de concentration et des pratiques anticoncurrentielles à travers une notification préalable qui sera soumise au CADE, la modification de la procédure légale lors d'une enquête relative à une fusion et des nouvelles sanctions pénales contre les pratiques anticoncurrentielles.

⁶⁷ En ce sens, le CADE et l'Autorité de la concurrence en France ont signé un « Accord de coopération technique entre le Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência et l'Autorité de la concurrence » le 15 décembre 2011, afin d'aider le CADE, en tant que seule autorité de la concurrence au Brésil, à mettre en place le système de contrôle préalable de notifications de concentrations et pratiques anticoncurrentielles. L'accord est disponible sur le site internet à l'adresse suivante: http://www.cade.gov.br/upload/Accord_de_cooperacion_entre_CADE_et_Autorite_de_la_concurrence.pdf. Pour un tableau approfondi sur la nouvelle « loi antitrust », v. le *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, avril 2012, n° 31. Disponible sur le site : <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/> et, spécialement, la contribution de L. SALGADO et R. MORAES, « The New Brazilian Antitrust Law : beyond the basis », p. 60 et s.

⁶⁸ V. *infra* p. 70.

⁶⁹ Comme l'indique L.-C. BUCHAIN, (*O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, Porto Alegre, Ed. Nova Prova, 2006, p. 44), la pratique anticoncurrentielle doit affecter le marché, au-delà de la relation contractuelle, ce qui justifie l'application des règles antitrust afin de sanctionner l'abus de puissance économique.

qui se traduit par l'action des dommages et intérêts proposée par le distributeur ayant subi un préjudice résultant de la rupture abusive est fondée sur un chef de responsabilité civile⁷⁰.

En droit français, la responsabilité civile comporte deux régimes : y sont admis, d'une part, le rattachement de l'inexécution contractuelle à la notion de « responsabilité » et, d'autre part, le régime délictuel pour la réparation d'un dommage né en-dehors du contrat. Le droit brésilien, qui s'est beaucoup inspiré de la théorie de la responsabilité civile française dans le Code civil de 1916, a adopté le même régime fondé sur la division de responsabilité extracontractuelle et contractuelle⁷¹. Toutefois, le nouveau Code civil brésilien de 2002 a suivi une nouvelle orientation. Ce code a privilégié la théorie du risque en adoptant des chefs de responsabilité civile « subjective » et « objective ».

Si le droit français conserve la séparation classique entre responsabilité délictuelle et contractuelle, tandis que le droit brésilien a adopté une conception différente concernant le régime de la responsabilité, c'est parce que le droit s'adapte à des contextes socio-économiques nationaux toujours en évolution.

Néanmoins la question de la nature de la responsabilité engagée lors de la rupture du contrat de distribution est particulièrement problématique en droit français. En effet, l'art. L. 442-6, I-5° du C. com. est une loi délictuelle. Elle a vocation à s'appliquer contre le fabricant qui se trouve en France et dès lors que le préjudice subi par le distributeur est ressenti sur le territoire français. Cette règle du droit de la concurrence s'insère dans un contexte de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence et d'abus de puissance économique. Mais est-ce que le caractère territorial de ce texte peut être mis en cause dans certains cas ? Ou bien, la loi française peut-elle être appliquée contre le fabricant domicilié à l'étranger afin de le condamner à payer des dommages et intérêts ? Le cas échéant, quelle loi doit être appliquée à la rupture abusive ?

En raison de la mondialisation des échanges et de l'intensification du commerce international qui en découle, le débat relatif aux impératifs du droit de la concurrence et son application à l'égard du contrat international de distribution est devenu plus vif. En effet, l'internationalité du contrat pose des questions spécifiques relatives à la détermination du système juridique ou des règles de droit qui peuvent être appliqués dans le contentieux relatif

⁷⁰ R. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, LGDJ, 1951, p. 1: la responsabilité civile est fréquemment définie comme l'obligation de réparer le dommage qu'une personne cause à autrui.

⁷¹ V. M. J. de FRADERA, « La responsabilité, Aspects nouveaux », Rapport brésilien, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées Panaméennes, t. L, LGDJ, 1999, p. 217; E. S. ZULIANI, « Responsabilidade Civil e Reparação de Danos, Raízes Históricas, Função e Objetivo », *RDM*, 2005, n° 9, p. 12-32.

à la rupture abusive du contrat qui vont au-delà de la simple application du droit matériel du for⁷².

Cependant avant d'aborder les règles de droit international privé français et brésilien qui peuvent être appliquées à la rupture du contrat de distribution, il est nécessaire de vérifier si les droits français et brésilien partagent la même notion de « contrat international ». Le droit international privé français connaît deux acceptions de la définition du contrat international⁷³. La première dite « économique » qui consiste à dire que le contrat produit « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre »⁷⁴, ou alors qui « met en jeu les intérêts du commerce international »⁷⁵. La seconde acception est dite « juridique ». Selon cette approche, un contrat international est un contrat « se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs États »⁷⁶. Or, ces deux critères coexistent en droit international privé français, même si la définition économique du contrat international est plutôt de jurisprudence constante⁷⁷. Toutefois, lorsque celle-ci ne peut être invoquée, la définition juridique du contrat international vient sauver l'acception économique non transposable à certaines espèces⁷⁸. La jurisprudence française fait ainsi œuvre de casuistique pour définir la notion de contrat international⁷⁹.

En droit brésilien, cependant, la doctrine et la jurisprudence privilégient plutôt le critère « juridique » et tendent à qualifier le contrat « d'international », lorsqu'il présente des liens avec deux ou plusieurs ordres juridiques distincts⁸⁰. En l'absence d'une définition

⁷² A ce propos, P. SIMON (*La rupture du contrat international, contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, *Op. cit.*, p. 9) indique que : « Le régime de la rupture du contrat dont l'existence est recherchée (...) ne devra pas méconnaître l'internationalité de ce contrat ».

⁷³ V. notamment, J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, 2e éd., Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1999, p. 136.

⁷⁴ Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, arrêt dit « Matter », *D.* 1928, I, p. 25, concl. de l'avocat général Matter, n. Capitant : l'arrêt précisait qu' « il faut que l'opération, le contrat, la transaction que l'on considère ait ou ait eu des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre ».

⁷⁵ Cass. civ., 19 fév. 1930 et 27 janvier 1931, *Mardelé et Dambricourt*, *S.*, 1933, p. 141, n. J.-P. Niboyet, *RCDIP* 1931, p. 514-517.

⁷⁶ Cass. 1er civ. 4 juil. 1972, arrêt *Hecht*, *RCDIP*, 1974, p. 82, n. P. Level, *JDI* 1972, p. 843, n. B. Oppetit, *RTD com.* 1973, p. 419, obs. Y. Loussouarn.

⁷⁷ V. les nombreuses références dans la note de J. Mestre, sous Cass. 1er civ. 7 octobre 1980, arrêt *Tardieu*, *RCDIP* 1981, p. 313.

⁷⁸ Cass. 1er civ. 7 octobre 1980, arrêt *Tardieu*, *J.C.P.G.* 1981, II, p.13462, n. Gulphe, *Rev. arb.*, mars 1982, p. 36, n. P. Level ; *RCDIP* 1981, p. 313, n. J. Mestre.

⁷⁹ V. note J. Mestre, sous Cass. 1er civ. 7 octobre 1980, *Op. cit.* p. 314.

⁸⁰ J. GRANDINO RODAS, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », in *Contratos internacionais*, 3e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 21 ; A. de CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 5e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 446-447 ; I. STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 23-24. Le Tribunal supérieur de justice a estimé que le contrat était international puisqu'il existait un rattachement réel avec l'ordre

uniforme qui permet de préciser l'internationalité du contrat en droit brésilien, il appartiendra au juge de la définir au cas par cas.

En outre, il apparaît que les juristes français et brésiliens sont confrontés à des questions tout aussi laborieuses concernant la détermination de la juridiction compétente et de la désignation du droit applicable dans les affaires relatives à la rupture d'un contrat international de distribution. D'emblée, il est bon de tenir compte du fait qu'il existe des différences importantes quant à la teneur du droit international privé français et brésilien qui seront dévoilées à travers l'exemple de la rupture abusive du contrat international de concession et de franchise.

En matière de conflits de lois, la nature juridique de la responsabilité résultant de la rupture abusive du contrat n'est pas sans conséquences en droit international privé français. La qualification de la responsabilité résultant de la rupture abusive du contrat de distribution en responsabilité délictuelle ou contractuelle peut mener à l'application de règlements européens en matière de conflits de lois bien distincts : le premier, le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, ci-après dénommé « Rome II »⁸¹ et, le deuxième, le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, connue sous l'appellation « Rome I »⁸².

En matière de conflits de juridictions, la confrontation entre la loi du marché et le droit international privé français peut également être envisagée, si les parties n'ont pas choisi le tribunal compétent ou l'arbitrage avant la naissance d'un différend entre elles. Des stratégies consistant en la stipulation d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissoire peuvent contourner des difficultés découlant soit du rattachement à la responsabilité délictuelle ou contractuelle, soit de l'application des lois impératives du for.

A l'égard du droit français, l'intérêt majeur du sujet sera de confronter les impératifs du droit interne et du droit international privé européen⁸³ dans les litiges liés à la rupture abusive du contrat international de distribution. Dans la perspective de ce clivage concernant

juridique de deux pays différents (le Brésil et les États-Unis), dans une affaire où des entreprises étrangères faisant partie d'un consortium national avaient souscrit aussi un contrat d'assurance afin de garantir le contrat de construction. Ce dernier a été conclu et exécuté au Brésil : STJ, REsp. 251438- RJ, j. 08.08.2000, DJ : 02.10.2000, p. 173.

⁸¹ JOCE n° L 199 du 31/07/2007, p. 0040-0049.

⁸² JOCE n° L 177 du 04/07/2008, p. 0006-0016.

⁸³ P. DEUMIER et J.-B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDCO* 2008, p. 1309 et s.

la nature de l'action en responsabilité, dans le cadre de la rupture abusive des contrats de distribution, on constate que la qualification repose sur l'identification d'un contrat interne ou international. En fait, ce qui permet donc de justifier l'analyse des juges est « *l'internationalité du contrat* » afin de ne pas contrarier l'application des règles de droit international privé communautaire. Il se peut néanmoins que cette dualité d'analyse soit spécifique à la jurisprudence française.

Toutefois si « *le droit comparé est nécessaire pour que l'on se rende compte des convergences ou des divergences existant entre les différents droits* »⁸⁴, il s'agit aussi d'une méthode fructueuse encourageant le chercheur à relativiser la doxa interne de la culture juridique dans laquelle il (le chercheur) est lui-même enraciné. Autrement dit, le meilleur résultat d'un croisement des cultures est le regard critique et distancié que l'on tourne vers soi-même.

Dans cet esprit, l'étude comparative offre l'opportunité à l'égard du droit brésilien de se questionner sur la place et l'importance du droit international privé dans son ordre juridique. A la différence du droit français, la qualification de la responsabilité de l'auteur de la rupture abusive du contrat de distribution n'est pas un critère qui peut influencer dans la détermination du rattachement au contrat de concession commerciale et de franchise. En réalité, la problématique relative au droit international privé brésilien se réfère à l'inadaptation de ces règles aux contrats du commerce international.

Il est important de souligner que le droit international privé brésilien se trouve systématisé dans la *Loi d'introduction aux normes du droit brésilien*⁸⁵. Ces règles sont les mêmes que celles de l'ancienne *Loi d'introduction au code civil brésilien* qui date de 1942⁸⁶. Le changement opéré se réfère au champ général d'application des normes du droit international privé qui a été élargi depuis la fusion du Code de commerce et du Code civil en 2002. Selon les règles en vigueur, l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le choix de la

⁸⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9e éd., Dalloz, 1988, p. 10-12. Dans le cadre du droit de l'Union européenne, v. Monsieur V. Constantinesco (« Brève note sur l'utilisation de la méthode comparative en droit européen », in F. R. van der Mensbrugge, *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, n. 25, 2003, p. 174) indique que le droit comparé est plutôt un « *révélateur des différences entre droits nationaux que de leur unité : plus exactement, la comparaison des droits traduit leur unité au niveau des grands principes, (...) mais souligne aussi leurs différences au niveau des modalités de leur application. La révélation de cette différence ouvre à la Cour une opportunité de choisir la solution qu'elle estime la mieux adaptée aux intérêts de la communauté* ». Pour une approche de la méthode comparative, v. notamment L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Economica, 1983.

⁸⁵ Loi n° 12.376 du 30 décembre de 2010.

⁸⁶ Décret-loi n° 4.657 du 4 septembre 1942.

loi applicable reste encore nuancée⁸⁷. Le droit brésilien laisse aux parties la possibilité de choisir la juridiction compétente dans certains cas, mais n'ouvre pas, en principe, cette possibilité pour la loi applicable.

Il est également important de remarquer que le Brésil n'a pas pour habitude de ratifier des conventions internationales⁸⁸, à l'inverse de la France qui est partie prenante de conventions dans plusieurs domaines⁸⁹. L'explication plausible à ce manque d'intérêt pour les accords internationaux peut se trouver dans la conjoncture politique brésilienne qui n'était pas favorable à une telle ouverture pendant de nombreuses années où prévalait un régime d'exception⁹⁰. Par ailleurs, le rôle moins important joué par le Brésil sur la scène du commerce international constituait un facteur explicatif supplémentaire.

Dans ce contexte, la création d'un bloc économique intitulé *Marché Commun du Sud (Mercosur)* a accéléré « l'ouverture » croissante du Brésil aux échanges internationaux⁹¹. Les objectifs principaux du *Mercosur* sont définis à l'art. 1^{er} du *Traité d'Asunción*⁹², à savoir : la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production à travers l'élimination des droits de douane et d'autres restrictions non tarifaires, l'établissement d'un tarif extérieur commun, la coordination des politiques macroéconomiques et sectorielles ainsi que l'harmonisation des législations des États membres. Adopté dans le cadre de la politique d'harmonisation du droit international privé, le *Protocole de Buenos Aires* porte sur la compétence internationale en matière contractuelle⁹³. Cependant, dans ce domaine les règles

⁸⁷ L'art. 9 de la *Loi d'Introduction aux normes du droit brésilien* prévoit que le contrat sera régi par la loi du lieu de conclusion du contrat.

⁸⁸ A titre d'exemple, le Brésil a seulement ratifié trois conventions internationales issues des Conventions de la Haye, à savoir : la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice et la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

⁸⁹ Une recherche sur tous les domaines est disponible sur le site Archives diplomatiques des traités et accords signés par la France. Disponible sur internet : http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/Traites/Accords_Traites.php

⁹⁰ F.-A. PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises et des droits français et brésilien*, [thèse en cotutelle], Université Robert Schuman et Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 24.

⁹¹ Le *Mercosur* est un groupement d'intégration économique fondé en 1991 par le *Traité d'Asunción*. Ce traité a établi les bases de la constitution d'un Marché Commun du Sud, à partir du 31 décembre 1994, en instaurant une zone de libre échange et un tarif douanier extérieur commun. Depuis l'adoption du *Protocole d'Ouro Preto* le 17 décembre 1994 (entré en vigueur le 15 décembre 1995), le *Mercosur* est doté de la personnalité juridique de droit international. Ce protocole est disponible sur internet à l'adresse : www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/1994_protocolo_pt_ouropreto.tif. A l'heure actuelle, les pays membres du *Mercosur* sont : le Brésil, l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. C'est le troisième marché intégré au monde, après l'Union européenne et l'ALENA (NAFTA en anglais).

⁹² Disponible sur le site internet : www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/tratado_de_asuncion_pt.pdf.

⁹³ Décision n° 1/94, Buenos Aires, 5 août 1994 (ce Protocole a été signé et ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay ; il est entré en vigueur le 6 juin 1996 et, selon son art. 16, il fait partie intégrante du *Traité d'Asunción*. Disponible sur le site internet : www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria

de conflits de lois ne sont pas harmonisées, car il n'existe aucune norme conventionnelle liant l'ensemble des États membres à cet effet. L'absence de telles règles uniformes est un véritable problème dès lors qu'elle entrave le développement du commerce intra-régional⁹⁴ et international, dans la mesure où la désignation du droit applicable dépendra du tribunal saisi.

C'est depuis la dernière décennie que le commerce international se développe exponentiellement et que la place du Brésil parmi les grandes économies mondiales ne peut plus être remise en question⁹⁵. Ce contexte économique a certainement été favorable à une prise de conscience de la nécessité d'« ouverture » du pays vers l'international, ce qui explique la ratification de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969⁹⁶ et la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980⁹⁷.

Dans le cadre de l'harmonisation du droit international privé au sein de l'Amérique latine, il a été adopté au cours de la Cinquième Conférence Spécialisée Interaméricaine de droit international privé (CIDIP V) au sein de l'Organisation des États Interaméricains (OEA)⁹⁸, la Convention Interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, connue sous le nom de *Convention de Mexico de 1994*. Cette convention a été seulement

⁹⁴ S. ZIGNAGO et M. CASTILHO, « Commerce et IDE dans un cadre de régionalisation. Le cas du Mercosur », *Rev. écon.* 2000, vol. 51, n. 3, pp. 761-774. Pour une analyse comparative du droit international privé dans le cadre de l'Amérique Latine, v. M.-M. ALBERNOZ, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, [thèse], Paris II, Université Panthéon-Assas, 2006 et F. V. da C. CERQUEIRA, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, [thèse en cotutelle], Université de Strasbourg et Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

⁹⁵ P. B. CASELLA, *BRIC Uma perspectiva de cooperação internacional*, 1e éd., São Paulo, Atlas, 2011.

⁹⁶ Décret n° 7.030 du 14 décembre 2009. Le Brésil a toutefois émis des réserves portant sur les art. 25 et 66 de la convention (cf., P. B. CASELLA, « Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e Relações entre Direito Internacional e Direito Interno », in A. Wald et S. F. Lemes (coord.), *Arbitragem Comercial Internacional, a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 19-51). La France cependant n'a pas ratifiée cette convention (O. DELEAU, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *AFDI* 1969, vol. 15, n° 15, p. 7-23).

⁹⁷ Décret n° 538, du 18 octobre 2012. Pour une étude de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dans le droit brésilien, v. spécialement I. de A. VIEIRA, *L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, Ed. PUS, 2010 ; F.-A. PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises et des droits français et brésilien*, préc. p. 87.

⁹⁸ L'Organisation des États Américains, ci-après dénommée « OEA », est une organisation intergouvernementale régionale. Elle fut créée lors de la neuvième Conférence Panaméricaine qui s'est déroulée à Bogota en 1948. Actuellement, elle compte parmi ses membres 35 États américains. Cette organisation a pour but essentiel de « garantir la paix et la sécurité du continent, encourager et consolider la démocratie représentative dans le respect du principe de non-intervention, prévenir les causes possibles de difficultés et assurer le règlement pacifique des différends qui surgissent entre les États membres, organiser l'action solidaire de ces derniers en cas d'agression, tâcher de trouver une solution aux problèmes politiques, juridiques et économiques qui surgissent entre eux, favoriser, au moyen d'une action coopérative, le développement économique, social et culturel de ceux-ci, éradiquer la pauvreté absolue qui constitue un obstacle au plein développement démocratique des peuples du continent, rechercher une limitation effective des armements classiques et permettre de ce fait que des ressources plus importantes soient consacrées au développement économique et social des États membres », (v. l'art. 2 de la Charte de l'OEA).

signée par le gouvernement brésilien sans aucune prévision de ratification ultérieure. Le principe de l'autonomie de la volonté y est consacré, tandis qu'en droit international privé brésilien il n'est pas accepté.

C'est pourquoi nous accorderons une importance particulière à la *Convention de Mexico de 1994*. Cette convention s'est inspirée de l'expérience de la Convention de Rome (80/934/CEE) sur la loi applicable aux contrats internationaux⁹⁹ au sein de l'Union européenne. Nous envisageons d'analyser l'ensemble des instruments d'harmonisation et d'uniformisation des règles de conflit de lois en matière contractuelle dans le cadre de ce travail. L'apport de la comparaison entre les différents instruments normatifs nous permettra d'évaluer l'efficacité des règles de conflits de lois en droit brésilien relativement au contrat de distribution.

Néanmoins, l'analyse du droit international privé commencera par la détermination de la juridiction compétente en matière de contrats de concession commerciale et de franchise. C'est en fonction de l'approche propre au juge français et brésilien ou de l'arbitre que les règles de conflits de lois sont applicables. De plus, cette démarche n'est pas moins problématique que celle de la désignation du droit applicable. Bien au contraire, à l'égard du droit français, l'introduction d'une action en justice résultant d'un litige né de la rupture du contrat international de distribution nécessite une étude des règles de droit international privé de sources interne, européenne et internationale.

Le droit commun français impose des règles spéciales pour la détermination du tribunal compétent dans les litiges relatifs à l'application de l'art. L. 442-6 du C. com. issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008¹⁰⁰. Parallèlement, au niveau européen, le règlement (CE) n°44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a vocation à s'appliquer, en principe, dans les litiges intra-communautaires¹⁰¹. Ce règlement ne dispose pas de règles spécifiques de compétence juridictionnelle applicables aux contrats de concession commerciale et de franchise. L'absence d'un cadre spécifique oblige le juge à chercher une autre catégorie de rattachement pour la détermination de la juridiction compétente. La solution retenue par la jurisprudence française reposait sur la différence de

⁹⁹ JOCE n° C 027 du 26/01/1998, p. 0034 – 0046. Cette convention a unifié les règles de conflit de lois en matière contractuelle entre les États membres de la Communauté européenne, en se substituant aux droits nationaux préexistants dans ces États, en raison de son caractère universel.

¹⁰⁰ Le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 dresse la liste des juridictions spécialisées désormais compétentes pour trancher le contentieux de l'art. L. 442-6 du C. com.

¹⁰¹ JOCE n° L 012 du 16/01/2001, p. 0001 – 0023. Ci-après dénommée « Bruxelles I ».

qualification entre la matière contractuelle et délictuelle. C'est loin d'être une qualification aisée à établir, qui dépend en outre d'une interprétation communautaire autonome.

Pour arriver alors à la détermination de la juridiction compétente pour les litiges nés de la rupture abusive du contrat de distribution, il faut préalablement établir la catégorie de rattachement dans laquelle la situation litigieuse s'inscrit. Mais il faut tenir compte du fait que la « rupture » du contrat ne consiste pas en une catégorie de rattachement entrant dans le présupposé d'une règle de conflit de juridictions et de lois en droits français et brésilien. Par conséquent, le juge se portera vers celle dont le domaine assimile les effets du contrat et ses difficultés d'exécution. Nous verrons que notamment à l'égard du droit français cette démarche n'est pas si évidente, même si les règles de droit international privé européen préconisent une interprétation harmonisée et cohérente des instruments¹⁰².

Néanmoins, un juriste avisé ne manquera pas de vérifier précédemment si les parties n'ont pas inséré dans leur contrat une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire. Ces deux techniques contractuelles sont admises en droits français et brésilien et permettent avant la naissance d'un litige de déterminer la juridiction compétente dès lors que le litige a un caractère international. Il convient de dire que les parties peuvent se servir de ces clauses pour échapper à l'application d'une loi matérielle moins favorable à leurs intérêts¹⁰³. Dans la pratique, il est fréquent que le concédant ou le franchiseur prévoie une clause attributive de juridiction dans le contrat de distribution qui établisse en avance la compétence d'un tribunal du pays dans lequel ils ont leur résidence. Cette clause évite qu'en cas de litige chaque distributeur puisse saisir le tribunal du pays de sa résidence, ce qui serait presque intolérable pour le fournisseur à la tête du réseau. En effet, il aurait potentiellement à faire face à des procédures éparpillées dans plusieurs pays.

Les cocontractants peuvent encore stipuler une clause compromissoire dans le contrat afin de soumettre à l'arbitrage tous les différends nés du contrat international de distribution. A savoir que tout arbitrage suppose un accord dans la mesure où l'institution d'un juge privé ne peut être que le fruit de la volonté des parties. En effet, le principe de base du « *respect de*

¹⁰² Cf. les considérants 7 et 17 du Règlement (CE) n. 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

¹⁰³ La technique du *forum shopping* « résulte du simple fait pour un plaider de profiter de la coexistence, assez fréquente dans les relations internationales, de tribunaux de pays différents compétents pour trancher le même litige », (M.-L. NIBOYET et G. de G. de La PRADELLE, *Droit international privé*, 2e éd., LGDJ, 2010, p. 291).

la volonté » de ces dernières¹⁰⁴ régit l'arbitrage en France et au Brésil. L'origine contractuelle de l'arbitrage et le principe de l'autonomie de la volonté permettent à l'arbitre d'adopter des démarches qui vont à la rencontre de la volonté des parties¹⁰⁵.

L'avantage de ce mode alternatif de règlement de conflit consiste à dire que l'arbitre du commerce international n'est pas tenu de se référer à une règle de conflit de lois pour désigner la loi applicable, sauf si les parties y ont expressément fait référence. En réalité, l'arbitre international n'est pas rattaché à un ordre juridique car il n'a pas de for. Cette différence par rapport au juge étatique s'accroît davantage dès lors que l'application des règles matérielles du droit de la concurrence est obligatoire dans l'ordre juridique du for.

Compte tenu des différences qui existent entre les méthodes relatives à la clause attributive de juridiction et la clause compromissoire, nous proposons donc de comparer ces deux techniques. Notre objectif ici est d'explorer si ces clauses offrent aux parties un moyen efficace de contournement des lois impératives du for dans les litiges résultant de la rupture du contrat international de distribution¹⁰⁶. Il apparaît qu'en droit français cette problématique ne soit pas résolue convenablement.

Par ailleurs, en droit brésilien, nous examinerons si la mise en place d'un mécanisme de compétence juridictionnelle concurrente en faveur du juge brésilien peut écarter l'application d'une clause attributive de juridiction qui prévoit la compétence d'un tribunal étranger. Il conviendra donc de relever dans quelles circonstances le juge brésilien peut se déclarer compétent pour juger un litige et, de ce fait, écarter une clause d'élection du for valable. Ce mécanisme menace également la prévisibilité souhaitée dans les contrats internationaux dès lors que la clause d'élection du for librement stipulée par les parties n'est pas reconnue par le juge du for.

Les réflexions que nous apporterons dans le cadre de cette étude comparée sur les contrats de concession commerciale et de franchise ne visent pas à définir « le » bon modèle,

¹⁰⁴ A ce propos v. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999.

¹⁰⁵ En fait, l'autonomie de la volonté des parties se manifeste « *par la liberté reconnue à celles-ci dans le choix des règles applicables à la procédure arbitrale, ainsi que par l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal qui la contient* », (A. WALD, « Le droit brésilien de l'arbitrage », in Wald, A. et Jauffret-Spinozi, C. (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2007, spéc. p. 409).

¹⁰⁶ A ce propos, en droit français, la jurisprudence a rendu quelques décisions dans des affaires où les parties ont essayé d'écarter les clauses donnant compétence à une juridiction étrangère ou à un tribunal arbitral au prétexte de vouloir appliquer une loi d'ordre public. Mais si ces clauses sont formellement valables, nous nous interrogeons sur la possibilité *in concreto* que la juridiction saisie puisse les écarter dès lors qu'il s'agit d'un contrat international.

sous peine de remettre en cause la neutralité et l'objectivité de la comparaison¹⁰⁷. Mais elle vise à attirer l'attention des juristes français et brésiliens sur plusieurs difficultés relatives à ces contrats, notamment sur la rupture abusive du contrat de distribution.

Dès lors que les difficultés soulevées dans chaque système juridique ne sont pas forcément les mêmes, nous pensons que la façon la plus adaptée d'aborder les différentes interrogations sera d'analyser les contrats de concession commerciale et de franchise sur le plan interne et international séparément. Cette délimitation offre la possibilité de démontrer que les impératifs de l'ordre interne ne seront pas forcément les mêmes que dans l'ordre international¹⁰⁸.

Ainsi, dans **la première partie**, nous passerons en revue la typologie des contrats de concession commerciale et de franchise en droits français et brésilien en tant que véritables techniques contractuelles du commerce international. Cette analyse offre l'avantage de mettre en évidence les principales caractéristiques de ces contrats et de tracer leur cadre juridique dans chaque système juridique¹⁰⁹. Ensuite, une analyse comparative et fonctionnelle de la jurisprudence relative à la rupture du contrat interne de distribution démontrera par contre que les solutions sont en réalité semblables, non dans leur motivation mais au moins dans leurs résultats concrets.

A partir d'une analyse des droits internes français et brésilien relative à la rupture du contrat de distribution, il sera possible d'aborder les difficultés engendrées par des contrats de distribution internationaux. On le verra, l'articulation des impératifs reliés à l'ordre interne pourra varier de ceux liés à l'ordre international peut-être plus en France qu'au Brésil. La question du traitement juridique de la rupture du contrat servira d'exemple. Il pourra même servir de révélateur de la façon dont, dans chaque pays, on va concilier la rupture d'un contrat international de distribution avec la nature de la responsabilité des parties, et avec la nécessité de cohérence et de prévisibilité requise au plan international.

¹⁰⁷ C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales*, La Découverte, 2005, p. 27 : « *La comparaison reste en droit et en science politique caractérisée par une double dimension classificatrice et normative, à travers l'identification et l'évaluation des « meilleures pratiques ». L'analyse conjugue l'approche descriptive (recherche d'informations et présentation des systèmes) et l'étude des dynamiques (conséquence des changements de législation, phénomènes de transfert par exemple) ».*

¹⁰⁸ En ce sens, le droit comparé peut aider à « *améliorer la coopération internationale et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale* », (R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9e éd., Dalloz, 1988, p. 4.

¹⁰⁹ Selon M. WEBER (*Economie et société*, Pocket, 1995, p. 46), connaître « *quelle activité typique est importante pour l'analyse et entre en ligne de compte (étant donné que cela seul permet de la classer dans une des ces catégories), avant de s'attaquer à l'analyse elle même* ».

Dans **la deuxième partie**, nous proposons donc d'étudier le contrat international de distribution. Les opérateurs du commerce international ont besoin de solutions prévisibles et stables spécialement concernant l'hypothèse de la rupture du contrat de distribution. Dès lors que le contrat sera soumis à une juridiction internationale, il est important de vérifier tout d'abord s'il existe une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire dans le contrat. En l'absence de choix des parties, nous analyserons les règles de conflits de juridictions afin de déterminer le tribunal compétent. Deuxièmement, nous aborderons les règles de conflits de lois qui peuvent s'appliquer au contrat international de distribution en droits français et brésilien.

PREMIÈRE PARTIE : LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN DROITS INTERNES FRANÇAIS ET BRÉSILIEN

Les contrats de concession commerciale et de franchise sont nés de la pratique commerciale et se révèlent être d'une grande complexité, d'une part, en raison de l'absence de réglementation spécifique en droit des contrats et, d'autre part, en fonction des enjeux résultant d'un panachage d'intérêts économiques qui peuvent perturber l'application des règles de droit.

Ces difficultés renforcent le besoin d'étudier la notion de contrat de concession et de franchise en droits français et brésilien. Cette approche comparative consistera à analyser les principaux traits caractéristiques de ces contrats afin de dégager leurs ressemblances et différences. Nous verrons que, si l'objectif global de l'opération est *grosso modo* le même – l'écoulement des produits à travers la « distribution » –, chaque modèle contractuel possède des spécificités qui le rendent unique (**Titre Premier**).

Parfois, l'absence d'un cadre juridique spécifique au contrat de concession commerciale et de franchise peut se faire sentir notamment à la fin de la relation contractuelle. Dans ce contexte, nous nous proposons d'étudier la problématique relative à la rupture du contrat de concession et de franchise en droits français et brésilien. En effet, le dénouement de la relation juridique entre fournisseur et distributeur est licite, à condition qu'aucune des parties n'abuse de ce droit. Cette proximité de solution s'éloigne cependant du chef de responsabilité résultant de la rupture en droits français et brésilien, ce qui montre l'intérêt de comparer leur cadre juridique (**Titre Deuxième**).

Titre premier : La notion de contrat de distribution

Le contrat de concession commerciale présente, avec la franchise, de nombreux points communs en droits français et brésilien. Concessionnaires et franchisés sont des commerçants indépendants qui vendent des produits en leur propre nom et pour leur propre compte mais généralement sous une marque qui ne leur appartient pas. La comparaison pourrait être poursuivie et détaillée. Mais, même si certains font des contrats de franchise une catégorie autonome en raison de ses caractéristiques propres – la transmission du savoir-faire par exemple – l’analogie est telle que l’on passe facilement d’une convention à l’autre. De même, le parallélisme se retrouve dès lors que l’on parle de la résiliation unilatérale du contrat par le concédant et le franchiseur, puisque c’est de nature à causer un préjudice important au concessionnaire et au franchisé.

Cependant, il est opportun de distinguer le contrat de franchise de celui de concession commerciale. Il faut observer tout d’abord que le franchisé a normalement interdiction de commercialiser des produits d’autres marques que ceux stipulés dans le contrat par le franchiseur, ce qui diffère de la concession commerciale qui peut autoriser la vente multimarque de véhicules automobiles. Un autre élément constant dans le contrat de franchise est le paiement d’une redevance (*royalties*) et d’une rémunération périodique au franchiseur par le franchisé jusqu’à la fin du contrat. Cette obligation n’est pas un élément essentiel à la concession commerciale. C’est pour cette raison qu’on observe un niveau nettement plus élevé d’ingérence du franchiseur dans l’activité du franchisé que dans le cas des conventions de concession commerciale¹¹⁰.

Ces premières caractéristiques de la franchise mettent en évidence des différences non négligeables avec la concession commerciale. C’est pourquoi, il conviendra d’abord d’étudier le contrat de concession commerciale (**Chapitre 1**) et, ensuite, le contrat de franchise en droits français et brésilien (**Chapitre 2**).

¹¹⁰ A. P. MONTEIRO, « Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”) », in *Estudos em Homenagem a Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial 1984, p. 303-327 et *Contratos de distribuição comercial*, 2e éd., Coimbra, Almedina, 2004, p. 117, affirme que le franchising est un « *développement de la concession et représente la plus stricte forme de coopération entre des entreprises indépendantes et le plus élevé degré d’intégration du distributeur (franchisé) dans le réseau créée par le franchiseur, laissant l’impression au public que c’est le propre fabricant, ou une des filiales, qui distribue ses produits* ».

Chapitre I – La concession commerciale

En droits français et brésilien, le contrat de concession commerciale est une technique de distribution qui s'organise principalement sur l'exclusivité. Mais, au-delà de cette caractéristique essentielle du contrat de concession commerciale, force est de constater que tant en droit français que brésilien, les obligations des parties se ressemblent. Les contraintes contractuelles mises à charge des parties lors de l'exécution du contrat sont de degrés différents, compte tenu de l'intensité de l'intégration établie entre eux. C'est pour cela également que, souvent, nous associons l'expression « *contrat de domination* »¹¹¹ aux contrats de concession afin d'expliquer la forte dépendance économique du concessionnaire au profit du concédant, même si le concessionnaire est un revendeur juridiquement indépendant du concédant¹¹². En réalité, le but de cet accord est de constituer un « *réseau intégré de revendeurs indépendants qui s'inscrit dans la durée* »¹¹³ et fidélise les relations avec le concédant. Il ressort que tant la clause d'exclusivité (**Section 2**) que les obligations à la charge des parties (**Section 3**) sont des caractéristiques communes au contrat de concession commerciale en droits français et brésilien.

Néanmoins avant de passer en revue ces aspects communs, nous analyserons préalablement le régime juridique du contrat de concession commerciale en droits français et brésilien. Nous verrons que chaque système juridique classe le contrat de concession commerciale à sa manière en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence et de la pratique commerciale (**Section 1**).

Section 1 – Le régime juridique du contrat de concession commerciale

Le contrat de concession est l'instrument juridique qui permet la création de réseaux de distribution. Il permet de stipuler les aspects essentiels de la relation qui unit le fournisseur à son distributeur.

¹¹¹ Cette domination est plus manifeste dans le cadre des accords de distribution qui mettent en place une coopération commerciale entre le fournisseur et le revendeur dans la concession commerciale ou entre le franchiseur et le franchisé dans les accords de franchise. Sur ce point, v. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5e éd., Dalloz Sirey, 2011, p. 427.

¹¹² Le concessionnaire n'est ni un salarié soumis à l'autorité d'un employeur, ni un mandataire d'intérêt commun ou agent commercial car il achète pour vendre des produits pour son propre compte. Sur ce point, v. spécialement, D. FERRIER, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 156 et s.

¹¹³ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 158.

En droit français, le contrat de concession commerciale est un « contrat-cadre » puisqu'il organise les ventes successives entre le fournisseur et le distributeur. En revanche, en droit brésilien, la concession commerciale est un contrat mixte.

Les différences fondamentales de concept justifient d'étudier séparément le droit français (§1) et le droit brésilien (§2).

§ 1- La théorie du contrat-cadre en France

La notion de contrat-cadre semble s'être imposée en droit français avant même d'avoir été appliquée au contrat de distribution. L'expression « contrat-cadre » est un emprunt au droit public que l'on retrouve dans la notion de « loi-cadre ». Cette loi permettait la « *délégation limitée des pouvoirs du parlement au gouvernement, afin que ce dernier intervienne en urgence dans certains cas* »¹¹⁴. La terminologie employée actuellement suggère qu'à l'instar d'une loi-cadre, le contrat-cadre contenant des normes abstraites a pour but de favoriser d'autres engagements contractuels.

La théorie du contrat-cadre a évolué en France au fil des années. Elle a été invoquée en présence de relations contractuelles dans plusieurs secteurs d'activité s'inscrivant dans la durée¹¹⁵. Mais la notoriété du contrat-cadre s'est forgée en raison d'une jurisprudence importante relative à la détermination du prix dans les contrats de distribution en France¹¹⁶. Cette jurisprudence a consacré la formule du contrat-cadre et des contrats d'application comme une structure contractuelle plus souple et mieux adaptée à des rapports de longue durée.

Il conviendra ainsi d'aborder la théorie du contrat-cadre issue des décisions prétorienne françaises (A) pour que nous puissions par la suite relever les aspects structurels de la notion de contrat-cadre (B).

¹¹⁴ La loi-cadre était une technique législative consistant à poser un simple cadre législatif que l'exécutif était chargé de remplir, très utilisé pour réaliser des réformes fiscales et sociales à la fin de la Troisième République jusqu'à la Quatrième République. Sur ce point, v. J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996, p. 5.

¹¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179.

¹¹⁶ La question de la détermination du prix est une question purement française, selon A. SAYAG (dir.), *La détermination du prix dans les contrats, Etude de droit comparé*, Litec, 1994.

A- La théorie du contrat-cadre consacrée par la jurisprudence française

L'application de la notion de contrat-cadre aux rapports contractuels de longue durée est devenue une solution intermédiaire entre le contrat unique à exécution successive¹¹⁷ et la juxtaposition des contrats ponctuels et indépendants. Les tribunaux français ont bien utilisé le terme « contrat-cadre » afin de légitimer la vente de produits sans que toutes les conditions de formation du contrat soient réunies. Ainsi, le contrat-cadre se dévoile comme une solution aux situations contractuelles complexes qui demandent un contrat souple¹¹⁸. Les magistrats français se sont intéressés à l'application de la notion de contrat-cadre sans toutefois proposer une définition de cette institution juridique.

En effet, le terme « contrat-cadre » a été utilisé par une juridiction française pour la première fois en 1966, dans une affaire relative à la détermination du prix du carburant concernant plusieurs distributeurs. Le contentieux portait sur un arrêté en date du 27 mai 1963 qui laissait la fixation des marges à la discrétion des compagnies pétrolières. Ce texte a engendré des abus qui ont conduit les pompistes de marque à assigner les compagnies pétrolières. La cour d'appel de Paris a utilisé les expressions « contrats-cadre » et « contrats d'application » pour désigner les relations liant une société pétrolière à un pompiste de marque¹¹⁹. La jurisprudence emploie, on le voit, le terme générique de contrat-cadre pour désigner un contrat à long terme qui définit les conditions générales des rapports contractuels.

Néanmoins, quelques années plus tard, les tribunaux français ont dû trancher une nouvelle affaire qui a mis en évidence la notion du contrat-cadre et son intérêt, à la lumière de l'exigence de la détermination du prix de la vente selon l'art. 1591 du Code civil français¹²⁰. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les conséquences de l'indétermination du prix. Elle a finalement accueilli la prétention des pompistes qui entendaient faire prédominer la qualification de la vente, à laquelle s'appliquent les art. 1591 et 1592 du Code

¹¹⁷ En France, Mme D. SEYSEN-GUERIN a proposé de classer le contrat de distribution en droit français parmi les contrats à exécution successive (cf., *Le contrat de distribution internationale*, [thèse], Paris XI, 2001). Cependant, la majorité de la doctrine française ne souscrit pas à cette proposition puisque le contrat de distribution représente une opération globale constituée d'un contrat-cadre qui organise la distribution et d'un contrat d'application qui concrétise la vente entre le fournisseur et le distributeur. C'est ce dernier contrat qui finalement se succède dans le temps. Ainsi, les incertitudes du marché auxquelles le contrat de distribution est susceptible d'être soumis peuvent être dépassées puisque le contrat d'application pourra être adapté à l'avenir.

¹¹⁸ J. GATSI, *Le contrat-cadre*, *Op. cit.*, p. 3.

¹¹⁹ Le premier arrêt publié en faisant usage est, semble-t-il, CA Paris, 26 janv. 1966, *JCP G* 1966, II, 14558; *D.* 1966, jurispr. p. 295; CA Paris, 26 janv. 1966, *D.* 1966.294, *Gaz. Pal.* 1966. II. 210, concl. Lecourtier. Cass. Com., 29 janv. 1968, *D.* 1968, p. 341, rapp. Dallant : cependant, la Cour de cassation fut d'abord insensible à l'argument des pompistes.

¹²⁰ F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par delà les paradoxes », *Op. cit.*, p. 184.

civil. La solution retenue par la Cour de cassation consistait à dire que si le prix n'était pas déterminé, ni déterminable, la nullité des contrats de distribution devait être prononcée¹²¹.

Il apparaît que la solution appliquée dans cette jurisprudence a été de protéger la partie économiquement plus faible (le pompiste), aux prises avec les puissantes sociétés pétrolières. Cette solution a été étendue à l'ensemble des contrats de distribution, qu'il s'agisse d'un contrat de concession ou de franchise. Mais suite aux critiques et à la discussion doctrinale qui la remettait en cause au visa de l'art. 1591 du Code civil français, la Haute juridiction a modifié son fondement légal en visant dorénavant l'art. 1129 du Code civil français¹²². Ce faisant, elle a rattaché le prix à l'objet, ce qui n'a pas suffi à apaiser les critiques¹²³, puisqu'il en résultait l'annulation de quantités de contrats, faute de détermination initiale de prix.

Néanmoins la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ce stade d'interprétation de l'art. 1129 du Code civil français. Dans un arrêt de 1987¹²⁴, elle a jugé que le contrat-cadre litigieux n'impliquait que des obligations de faire, ce qui excluait toute obligation de déterminer le prix. Dans un arrêt postérieur daté de 1991, elle a censuré une décision de fond qui avait appliqué l'art. 1129 du Code civil à un contrat de concession exclusive, en énonçant que l'obligation de faire visait seulement le contrat-cadre, alors que les obligations de donner correspondent aux contrats de vente successifs qui sont seuls soumis au régime de la détermination du prix¹²⁵. Dès lors, les contrats organisant une exclusivité d'approvisionnement pesant sur le distributeur auraient été soumis comme auparavant à l'exigence de l'art. 1129 du Code civil, car ils comportent des obligations de donner. A l'inverse, les contrats organisant une exclusivité de fourniture au profit du distributeur auraient échappé aux dispositions de l'art. 1129, pour ne comporter, à titre principal, que des obligations de faire. Mais la distinction entre l'obligation de faire et l'obligation de donner a

¹²¹ Cass. com., 27 avr. 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 107, p. 99 ; *D.* 1972 p. 353, n. J. Ghestin ; *JCP* 1972, II, 16975, n. J. Bore.

¹²² Cass. com., 11 oct. 1978, *JCP G* 1979, II, 19034, n. Y. Loussouarn, *D.* 1979, p. 135, n. R. Houin, *Rev. jur. com.* 1979, p. 378, n. Ph. Le Tourneau. Cet arrêt a permis que « l'objet de l'obligation soit assimilé au prix » (*cf.*, Ph. Le TORNEAU, « Concession commerciale », *J.-cl.*, fasc. 1035, p. 14).

¹²³ V. notamment D. FERRIER, « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif », *D.* 1991, p. 237-240 ; F. LEDUC, « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle », *JCP* 1992, I, 3631 ; L. AYNES, « L'indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse? », *D.* 1993, p. 25.

¹²⁴ Cass. com., 9 nov. 1987, *JCP G* 1989, II, 21186, n. G. Virassamy ; *Bull. civ.* IV, n° 237 ; *RTD civ.* 1988, p. 527, obs. J. Mestre ; *D.* 1989, jurispr. p. 35, n. Ph. Malaurie.

¹²⁵ Cass. com., 22 janv. 1991, *JCP G* 1991, II, 21679, n. G. Virassamy ; *JCP E* 1991, II, 201, n. L. Leveneur ; *D.* 1991, somm. p. 249, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac. V. également M. BEHAR-TOUCHAIS, « La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », *JCP E* 1994, I, 3800.

suscité de vives critiques de la part de la doctrine qui a trouvé cette jurisprudence plus discutable encore que la précédente¹²⁶.

Par un revirement de jurisprudence, la Première chambre civile de la Cour de cassation a abandonné l'obligation de détermination du prix en admettant qu'il puisse être fixé en référence à un tarif catalogue, sans abus de la part du fournisseur en vue d'en « tirer un profit illégitime »¹²⁷. La Cour exige que le fournisseur exécute le contrat de bonne foi, ce qui revient à dire que la détermination du prix a posteriori requiert un comportement transparent et loyal vis-à-vis du distributeur. Ainsi, l'Assemblée plénière a prononcé quatre arrêts très remarquables le 1^{er} décembre 1995¹²⁸ dans lesquels elle énonce que l'indétermination du prix des contrats ultérieurs n'affecte pas la validité de la convention initiale¹²⁹. Autrement dit, le prix peut être fixé unilatéralement lors de chaque contrat d'application, mais de bonne foi et sans abus. Cette jurisprudence a eu le mérite de mettre un terme à l'insécurité juridique provoquée par la série de revirements en la matière depuis quelques années.

Nous constatons toutefois que cette solution favorise d'une certaine façon le concédant, au détriment du concessionnaire, car la détermination du prix reste à la discrétion exclusive du fournisseur¹³⁰. En conséquence de quoi, la police des prix sous l'égide de l'art. 1129 du Code civil a été écartée au profit parfois de la police de l'abus. Dorénavant, le concédant doit fixer le prix de ses produits sans détournement de pouvoir, c'est-à-dire, sans

¹²⁶ D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, p. 67 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85. La vraie question était de savoir, puisque toute obligation doit être déterminée, qu'elle soit de faire ou de donner, si le distributeur était en mesure de discuter le prix, ce qui dépendait assez fréquemment de l'existence d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement à sa charge.

¹²⁷ Cass. 1^{er} civ. 29 nov. 1994, *Alcatel*, *JCP G* 1995, II, 22371, n. J. Ghestin ; *D.* 1995, jurispr. p. 122, n. L. Aynès ; *Bull. civ.* I, n° 348 ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. Mestre.

¹²⁸ Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, 4 arrêts, *Bull. civ.* n°s 7, 8, et 9 ; *D.* 96, 17, concl. M. Jéol et n. L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, n. J. Ghestin ; PA 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, n. D. Bureau et N. Molfessis ; *RTD civ.* 1996, n° 9, p. 153, obs. J. Mestre. V. aussi L. LEVENEUR, « L'indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC*, janv. 1996, p. 1-4 ; L. VOGEL, Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, *D.* 1995, p. 155 et s. ; A. BRUNET et A. GHOZI, « La fonction du prix en droit de la concurrence », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 27-48.

¹²⁹ Cette solution a été évoquée par L. VOGEL (« Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 157) et fut apparemment entendu par la Cour de cassation.

¹³⁰ En effet, comme l'indique L. AYNES, les arrêts de 1995 « n'ouvrent la voie ni au juste prix, ni au prix judiciaire ». Autrement dit, les fournisseurs restent libres de déterminer le prix en fonction de la politique du réseau et de la libre concurrence (« La question de la détermination du prix », in *Actes du colloque le contrat-cadre de distribution : enjeux et perspective* organisée par le CREDA le 11 et 12 décembre 1996, p. 37, disponible sur: <http://www.creda.ccip.fr>).

abuser de sa position de force vis-à-vis du distributeur¹³¹. Il reste donc aux magistrats de juger au cas par cas le comportement des fournisseurs au moment de la fixation du prix¹³².

B- Le contrat-cadre de concession commerciale : une double opération

Une grande incertitude subsiste en doctrine quant à la définition du contrat-cadre¹³³. Les solutions proposées par la jurisprudence française, quant à la flexibilité d'un cadre contractuel qui permet de conclure des contrats pour l'avenir, ont été vivement débattues par la doctrine. Cette dernière s'est intéressée à produire des études comparatives qui ont montré que le contrat-cadre n'est pas inconnu à l'étranger¹³⁴, même si le problème de détermination du prix et de l'objet ne s'y est jamais posé dans les mêmes termes qu'en France¹³⁵.

Les Professeurs Jean-Marc Mousseron et Alain Seube définissent le contrat-cadre comme un contrat « *visant à définir les principales règles auxquelles seront soumises les accords à traiter, rapidement, dans le futur* »¹³⁶. C'est la convention qui prépare « *le cadre pour les relations futures entre les cocontractants* »¹³⁷, en établissant par exemple, les produits à distribuer, la politique commerciale de vente en présence d'une exclusivité.

¹³¹ L'abus visé par la Cour de cassation dans les arrêts de 1995 concernait « *l'exercice abusif d'une prérogative qui est confiée par le contrat* ». Ainsi, il fallait apprécier l'abus tenant compte des objectifs du contrat. *Ibidem*, p. 43 et s.

¹³² Cass. com., 21 janv. 1997, *Barrach*, *D.* 1997, jurispr. p. 414, n. C. Jamin ; *D.* 1997, p. 312.

¹³³ J. GHESTIN, « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'attachent », *JCP E* 1997, *Cah. dr. entr.* n° 3, p. 7 ss.

¹³⁴ Le droit allemand conçoit par exemple deux catégories de contrat-cadre : le contrat-cadre résultant d'un accord sur les conditions générales d'affaires ou contrat-cadre accepté, et les conditions contractuelles négociées dans le détail par les parties pour leurs contrats futurs ou contrat-cadre négocié (Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, Actes juridiques, Litec, 1992, n° 180 et 188). Ainsi, le contrat de distribution en droit allemand est considéré comme un contrat-cadre qui implique la conclusion de contrats d'application. Ils sont aussi considérés comme des contrats d'organisation et de gestion (F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *Op. cit.*, p. 15 et s.). En Italie, la solution qui propose la qualification de contrat-cadre au contrat de concession s'est affirmée par un arrêt de la Cour Suprême : Cass. 17 sept. 1990, n° 11960, *Società Ford italiana c. Fallimento Automarengo*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 773. En l'espèce, le concessionnaire devait transmettre, pour chaque fourniture de produits, une commande au concédant que ce dernier est libre d'accepter ou de refuser, le contrat de concession ne peut pas être considéré comme un contrat de fourniture exclusive (*somministrazione*), mais il doit être qualifié de contrat-cadre qui oblige le concessionnaire à promouvoir les ventes des produits qui lui seront fournis en vertu d'une série de contrats de vente. Cependant, un autre arrêt a énoncé que si les produits sont livrés par le concédant, sans qu'un accord subséquent n'intervienne, il s'agirait plutôt d'un contrat de fourniture (Cass. 28 août 1995, n° 9035, *Soc. Ford it. c. Fall. Soc. Garbin*, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 1543). Ainsi, la cour opère une distinction avec le contrat-cadre dès lors que celui-ci fait l'objet d'un accord autonome (F. BORTOLOTTI, « Le contrat de distribution en Italie », in *Actes du colloque le contrat-cadre de de distribution: enjeux et perspective* organisée par le CREDA le 11 et 12 décembre 1996, p. 56, disponible sur le site internet : <http://www.creda.ccip.fr>). V. également, G. SCORZA, « La concessione di vendita », in G. Cassano (dir.), *Il contratti di distribuzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 499 et s. : « *en raison de la qualification incertaine du contrat de distribution, le régime juridique du contrat peut être soumis aux règles du contrat de fourniture, du mandat ou à celles de la vente* ».

¹³⁵ N. ERESEO, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, p. 32 et s.

¹³⁶ J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, « A propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.* 1973, p. 197.

¹³⁷ J. GATSI, *Op. cit.*, p. 60 et s.

Le contrat-cadre exige des parties, de ce fait, qu'elles concluent à l'avenir des contrats d'application ou d'exécution, lesquels sont assimilés à de simples bons de commande ou ordres de service. Les contrats d'application sont pourtant des conventions par lesquelles les parties exécutent au moyen de ventes fermes les engagements établis dans l'accord-cadre. Ces deux conventions forment un ensemble contractuel dont le plus important est le contrat-cadre, car il définit les règles fondamentales d'exécution du contrat ; sans lui, il serait impossible d'aboutir à l'intégration nécessaire dans un réseau de distribution¹³⁸.

En droit français, la théorie du contrat-cadre de concession et des contrats d'application s'articule à propos d'une opération juridique double : le contrat-cadre détermine les conditions par lesquelles les parties souhaitent s'engager, ce qui nécessite la conclusion de contrats d'application ultérieurs¹³⁹. En fait, l'originalité de la construction du contrat-cadre et des contrats d'application apparaît du fait de la coexistence de deux types de contrats distincts qui, ensemble, forment une opération économique unique. L'ensemble contractuel formé par ces deux contrats distincts entretient des rapports de dépendance, ainsi que de complémentarité ce qui les distinguent de la formule classique du contrat unique à exécution successive¹⁴⁰. Ainsi le concept de contrat-cadre permet de conserver l'autonomie de chaque convention qui compose l'accord de concession. Il permet davantage de souplesse dans le cadre des relations contractuelles durables et complexes à l'exemple du contrat de concession et de franchise¹⁴¹.

On doit cependant s'interroger sur la force obligatoire allouée au contrat-cadre de concession, à savoir s'il se limite à imposer une obligation de négocier de bonne foi des contrats d'application successifs. Une réponse a été proposée par M. Jacques Ghestin qui a indiqué que la conclusion des contrats d'application reste du « *domaine de la liberté contractuelle* »¹⁴² des parties. Ainsi, même si des mesures ont été prévues en cas d'abus lors de la détermination arbitraire du prix par le concédant grâce aux arrêts du 1^{er} décembre 1995,

¹³⁸ L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, spéc. p. 42 et 43.

¹³⁹ C'est pour cela qu'on dit que les contrats-cadre de distribution comportent une double obligation de contracter. En ces termes, le contrat-cadre ne pourra être pleinement réalisé que par la conclusion des contrats d'application qu'il implique. Il stipule les règles permanentes qui régiront la relation contractuelle future entre le concédant et le concessionnaire. Il peut définir avec plus ou moins de précision les objectifs que les parties sont convenues d'atteindre et les moyens à mettre en œuvre, notamment les contrats d'application à conclure. Sur ce point, v. J. GATSI, *Op. cit.*, p. 59 et s.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹⁴¹ En droit français, le contrat de franchise est également considéré comme un contrat-cadre. V. le Chapitre II, p. 81.

¹⁴² J. GHESTIN, « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent », in *Actes du colloque: Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives*, JCP E., supplément 03/04 du n° 31-35 du 31 juillet 1997, p. 23.

telles que la résiliation ou l'indemnisation au visa des art. 1134 et 1135 du Code civil, l'existence d'une obligation de passation des contrats futurs de vente reste moins évidente.

De fait, le manque de spécificité des objets désignés par les parties dans le contrat-cadre ne permet pas qu'on le qualifie de promesse de contrat. La promesse synallagmatique ou unilatérale doit rendre au moins déterminables les termes essentiels du contrat (art. 1589 du Code civil français), sans que la volonté des parties n'intervienne à ce stade¹⁴³. Il reste ainsi un instrument suggérant une grande probabilité concernant la conclusion des contrats d'application. Toutefois, il paraît difficile de soutenir qu'il oblige à la conclusion de contrats ultérieurs.

Il faut souligner qu'en théorie, les contrats de concession sont rangés dans la catégorie de contrat-cadre avec une obligation de contracter¹⁴⁴. Ils obligent le concédant à vendre au concessionnaire les marchandises dont celui-ci aura besoin à l'avenir, et le concessionnaire se charge d'acheter les produits à distribuer à son cocontractant. Cependant, dans la pratique, on constate que la conclusion des contrats d'application est sans doute la raison d'être de la convention-cadre, voire une « *nécessité organique* »¹⁴⁵, ce qui ne veut pas dire forcément une obligation de contracter.

Si la poursuite de la relation entre concédant et concessionnaire à travers la conclusion des contrats d'application demeure un besoin pour l'économie de l'opération, il faut dire aussi qu'elle peut être assurée dès lors que les parties entendent inscrire dans la durée leur relation commerciale.

Le contrat-cadre de concession est l'acte qui définit les règles générales qui amèneront les parties à vouloir conclure des contrats ultérieurs qui sont eux-mêmes des contrats de vente. Il est alors destiné à encadrer les principales dispositions sans pour autant opérer le transfert de propriété des marchandises dès la conclusion du contrat. Il se peut que la dissociation entre les deux contrats puisse avoir des conséquences.

Sur le plan du droit interne, on peut se demander si la nullité du contrat d'application pourra résulter de celle encourue par le contrat-cadre. Il semble que la jurisprudence française ait tranché la question, en énonçant que la nullité du contrat-cadre n'entraînerait pas la nullité des contrats d'application déjà conclus. Elle affirme dans un arrêt du 4 février 1986 que la

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ V. J. GATSI, *Op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁵ V. la note 36 de l'article « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes » de F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, *Op. cit.*, p. 179 et s. : « le contrat cadre implique économiquement la conclusion des contrats d'application, plus qu'il n'y oblige juridiquement de façon systématique ».

nullité du contrat-cadre « *n'a pas éteint l'obligation de payer les livraisons effectués* »¹⁴⁶. Sur ce point, la doctrine semble être d'accord pour admettre que « *la nullité du contrat-cadre ne remet pas en cause les contrats d'application déjà conclus et exécutés* »¹⁴⁷.

Pour notre part, le contrat-cadre de concession est une convention par laquelle les parties peuvent stipuler le contenu des principales règles qui régiront la conclusion des contrats d'application dans le futur.

§ 2- La théorie du contrat mixte au Brésil

La notion de contrat-cadre est également connue de la doctrine brésilienne sous le terme « *contrato-quadro* »¹⁴⁸. Cependant, elle n'a pas été retenue pour qualifier les contrats de distribution. Le contrat-cadre est un contrat préliminaire qui prépare la conclusion des contrats d'application, selon l'art. 462 du NCCB qui dispose que : « *Le contrat préliminaire, à l'exception de la forme, doit contenir toutes les caractéristiques essentielles du contrat à conclure* ». Autrement dit, le contrat préliminaire de concession commerciale doit prévoir les principales obligations des parties dépassant une simple opération de vente. Ce contrat doit stipuler les conditions dans lesquelles les transactions à l'avenir seront exécutées pour qu'il devienne un contrat définitif.

Le *contrato-quadro* de distribution ne peut donc pas être assimilé au contrat-cadre de distribution du droit français et, par conséquence, ne peut remplir la même fonction, c'est-à-dire la conclusion des contrats de vente successive. Le contrat de concession commerciale est classé parmi la catégorie des « contrats mixtes » (*contrato misto*), car il est constitué par une pluralité de prestations typiques d'autres contrats et regroupés dans un seul contrat¹⁴⁹, de façon à constituer une nouvelle espèce de contrat sans régime juridique propre¹⁵⁰.

Le contrat mixte de concession commerciale peut être un contrat innommé en droit brésilien¹⁵¹. En effet, un contrat peut être qualifié d'innommé s'il est constitué de plusieurs obligations et règles caractéristiques d'autres contrats sans être spécialement organisé par une

¹⁴⁶ Cass. com., 4 févr. 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 1, p. 1; *D.* 1987, somm., p. 451, obs. L. Aynes.

¹⁴⁷ V. notamment M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁸ P.-A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

¹⁴⁹ H. MONTEIRO, « Contrato misto », *RFDUSP*, 1937, p. 535 ; A. V. de AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, 2e éd., São Paulo, Atlas, 2004, p. 141 et s.

¹⁵⁰ En ce sens, v. O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 26e éd., 2007, p. 121; P. P. de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 214.

¹⁵¹ Le droit brésilien permet aux parties de conclure des conventions qui ne sont pas expressément prévues par la loi sur le fondement de l'art. 425 du NCCB : « *Les parties peuvent stipuler des contrats innommés, pourvu que les règles générales établies par le présent Code soient observées* » (notre traduction). V. aussi H. M. D. VERCOSA, « Os contratos inominados e o novo Código civil », *RDM*, n° 126, 2002, p. 31 et s.

loi particulière¹⁵². Bien que la concession commerciale soit un contrat innommé *stricto sensu* aux yeux du droit brésilien, du point de vue de la pratique commerciale, elle pourrait néanmoins être assimilée à un « contrat nommé » en raison de son usage fortement ancré dans la vie des affaires depuis ces dernières années¹⁵³.

Le seul contrat de concession nommé en droit brésilien est celui de la concession commerciale entre producteurs et distributeurs de véhicules terrestres automoteurs (Loi n° 6.729/79), dite « loi Ferrari ». En effet, cette loi résulte de la nécessité d'une réglementation minutieuse dans le secteur automobile afin de donner plus de sécurité juridique aux relations entre fabricants étrangers et distributeurs brésiliens. Il s'agit d'une loi d'ordre public applicable sur le territoire brésilien.

Comme nous allons le voir, la consécration de la théorie du contrat mixte de concession commerciale est principalement l'œuvre de la jurisprudence brésilienne. Il conviendra donc de vérifier comment les tribunaux ont bâti cette théorie (A), avant de révéler les spécificités de cette qualification (B).

A- La consécration de la théorie du contrat mixte par la jurisprudence brésilienne

C'est grâce à la jurisprudence brésilienne que le contrat de concession commerciale a été rangé dans la catégorie de contrat mixte.

Dans un premier arrêt, la cour d'appel de Guanabara s'est prononcée en 1972 sur la classification de contrat mixte d'un litige concernant un pompiste de marque¹⁵⁴. En l'espèce, la cour a infirmé la décision de première instance qui avait établi que les obligations de nature diverse insérées dans un contrat de revente de combustible étaient des prestations indépendantes. Il s'agissait d'un contrat de dépôt d'équipements et outils associé à un contrat d'achat et vente de combustibles par le pompiste. Dans cet arrêt, la cour a évoqué la notion de contrat mixte pour caractériser l'existence d'une opération économique unique fondée sur des « *prestations caractéristiques d'autres contrats qui se coordonnent de façon réciproque* ». En

¹⁵² P. P. de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos, Op. cit.*, p. 211.

¹⁵³ M.-H. BRITO, *O contrato de concessão comercial – descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 16. Dans le même sens, on retrouve en droit italien cette idée de contrat « *socialement nommé* » se référant au contrat de concession commerciale et de franchise, dont le régime juridique commun est celui prévu à l'art. 1322 du Code civil italien pour les contrats innommés. En revanche, le contrat de dépôt (*contratto estimatorio*) et le contrat d'approvisionnement (*contratto de somministrazione*) sont prévus dans le Code civil italien aux art. 1556 à 1559 respectivement. Sur ce point, v. M. MONTMARI, *Diritto Commerciale, Contratti commerciali*, vol. primo, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 161 et s.

¹⁵⁴ Tribunal de Justiça da Guanabara, Ap. civ. n° 79.863, j. 10.10.1972.

statuant ainsi, les juges ont décidé que le contrat de dépôt conditionnait l'usage exclusif des équipements mis à disposition du distributeur pour les seuls produits du fournisseur. Elle a également constaté que la seule raison d'être du contrat de dépôt était celle de favoriser la revente des combustibles de la marque et, de ce fait, le nouvel ensemble contractuel né de l'opération avait un caractère unitaire.

Dans un deuxième arrêt, la Cour suprême fédérale brésilienne s'est prononcée quant à la qualification du contrat de concession en 1974¹⁵⁵. Cette décision est intervenue à l'occasion d'une demande de dommages et intérêts consécutive à des manquements contractuels dans le cadre d'un contrat de location et sous-location d'une station essence de l'enseigne *Shell* adossé à un contrat d'approvisionnement de carburant. Dans le premier contrat, la compagnie pétrolière était locataire à titre principal des locaux pour une durée de dix ans. Il a été convenu que le locataire devait effectuer des travaux d'aménagements dans les locaux et pourrait les sous-louer. Ainsi, un deuxième contrat de location a été conclu entre *Shell* (à titre principal) et la société *Auto Posto Diadema* (sous-locataire) pendant une durée de dix ans. Dans cette convention, la compagnie pétrolière a transféré la charge des travaux d'installation de pompes de la marque *Shell* au sous-locataire. Toujours par ce contrat de sous-location, le sous-locataire était obligé d'utiliser exclusivement les pompes de la marque *Shell*, sous peine de résolution du contrat.

Toutefois, le locataire *Shell* accuse le sous-locataire de ne pas avoir payé des loyers et de vendre des produits d'une marque concurrente (*Petrobras*). En fait, la société *Auto Posto Diadema* avait conclu un contrat de location, cette fois-ci directement avec le bailleur. Apparemment, l'entreprise sous-locataire avait fait l'objet d'une cession de la majorité des parts sociales au profit des nouveaux associés.

Afin de pouvoir trancher ces demandes, les juges ont commencé par frapper de nullité le dernier contrat de location conclu par les nouveaux associés de la société *Auto Posto Diadema* auprès du bailleur principal. La question essentielle évoquée par le juge concernait l'approche d'une définition de la nature juridique composée d'une pluralité d'obligations. Dans un premier temps, la cour a relevé que même sans avoir analysé le contrat d'achat et vente de carburants et d'autres dérivés de pétrole, elle pouvait déduire des contrats de location et sous-location qu'en réalité ils ne formaient qu'un seul « *contrat de concession de vente exclusive* ». De la sorte, on se trouvait en présence d'un contrat innommé au regard de sa fonction économique. Dans un second temps, la cour a encore précisé que le contrat de

¹⁵⁵ Cour suprême fédérale, RExt. n° 78.051, 27/08/1974, *RTJ*/72, p. 881-891.

concession de vente exclusive est un outil important pour la commercialisation efficace de certains produits en considération de leur nature. C'est pour cela que pour la cour, les contrats de concession de carburant font partie de cette catégorie.

La jurisprudence a ainsi conforté la doctrine brésilienne, largement inspirée par la doctrine française, quant à l'existence du contrat de concession¹⁵⁶. En revanche, le droit brésilien a privilégié la thèse de l'unicité du contrat de concession dès lors que les obligations caractéristiques des contrats d'achat et vente, de location et de dépôt ne peuvent pas coexister de manière autonome¹⁵⁷.

Le principal enseignement des deux décisions commentées tient à ce que les tribunaux brésiliens considèrent que l'ensemble contractuel est un contrat mixte. Ce faisant, le contrat de concession commerciale apparaît comme une nouvelle formule contractuelle, sans que les contrats d'achat et de vente, ou encore une quelconque autre obligation¹⁵⁸ ne prennent le dessus sur la qualification de l'ensemble de l'opération. Cette équation peut susciter la dénaturation de chaque prestation prise en compte isolément afin de permettre la création d'une convention unique¹⁵⁹. En fait, le contrat de revente des combustibles ne pouvait pas, pour exister individuellement, être envisagé sans d'autres prestations caractéristiques d'autres contrats. C'est pourquoi le contrat mixte est une convention « *individuelle et indivisible* »¹⁶⁰.

Il convient également de constater que, à l'instar de la cour d'appel de Guanabara, l'indivisibilité des contrats est la résultante de la « *fonction économique qui est la cause du contrat ou sa finalité objective* »¹⁶¹. Il semblerait donc que la valeur économique du contrat repose sur l'accord des volontés, constitué par la combinaison d'obligations de contrats

¹⁵⁶ R. REQUIAO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *Op. cit.*, p. 25 et s.

¹⁵⁷ C. E. J. RAGAZZO, « Agência e distribuição », *RTDC*, vol. 19, 2004, p. 3-28 : cependant, cet auteur indique que des différents degrés d'intégration des obligations au sein d'un contrat mixte peuvent exister en fonction de la prestation plus importante qui ressort de la relation juridique. C'est pour cela que parfois la doctrine met l'accent sur l'obligation d'achat et vente afin de distinguer le contrat de concession du contrat d'agence commerciale. En ce sens, v. TJRS, Ap. civ. n° 70000956383, Rel. Des. José Conrado de Souza Junior, j. 14.03.01 : l'agent commercial agit pour le compte du principal, tandis que l'activité du distributeur est centrée sur la revente.

¹⁵⁸ R. REQUIAO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *RDM, Op. cit.*, p. 26 ; H. MONTEIRO, « Contrato misto », *Op. cit.*, p. 538.

¹⁵⁹ A titre d'exemple, la doctrine italienne avait déjà démontré que, dans certains rapports contractuels, en dépit de la conclusion de plusieurs contrats distincts, la volonté des parties dénotait l'intention d'organiser une opération juridique unique. En effet, T. ASCARELLI (« Negozio único o pluralità di negozi – Contratti misti e innominati », in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949, p. 158) a affirmé que « *lorsque l'intention économique des parties est étroitement liée, il existe un negotium unique* ».

¹⁶⁰ A. V. de AZEVEDO, « Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório », *RT/737*, 1997, p. 99.

¹⁶¹ Tribunal de Justiça da Guanabara, Ap. civ. n° 79.863, j.10.10.1972.

différents. Dans ce contexte, l'identité d'objectifs¹⁶² peut exister pour justifier la « *função socio-econômica* »¹⁶³ de nouvelles conventions sans prévision légale.

B- Les spécificités du contrat mixte de concession commerciale

Si le contrat de concession est une véritable combinaison de plusieurs autres obligations réunies dans une seule convention dite « contrat mixte » et sans prévision légale, il reste pourtant un contrat innommé. Par conséquent, les principes généraux des contrats auront vocation à s'appliquer aux contrats de concession afin de combler cette lacune législative¹⁶⁴.

Pour ce faire, il convient d'examiner certaines spécificités concernant le contrat mixte de concession commerciale en droit brésilien, telles que son mode d'exécution dans le temps (1) et son caractère de contrat d'adhésion (2).

1- Le contrat de concession : un contrat à exécution successive

Le contrat mixte de concession commerciale est une convention de longue durée dans laquelle les parties ont intérêt à prévoir toutes les obligations qui devront être exécutées au long de la relation contractuelle. La doctrine brésilienne a qualifié le contrat de concession de contrat à exécution différée (*execução diferida*) ou continue (*execução continuada*) ou encore à exécution successive (*execução sucessiva*)¹⁶⁵.

Il s'agit alors d'un contrat de longue durée qui peut avoir un terme final (contrat à durée déterminée) ou pas (contrat à durée indéterminée) et dont l'exécution requiert une certaine maîtrise du temps¹⁶⁶, car l'anticipation de toutes les prestations et de leurs contenus peut apparaître difficile. C'est le cas par exemple de la détermination du prix de vente des produits entre le concédant et le concessionnaire. Dans ce cas, les parties sont censées avoir accepté le prix courant de vente pratiqué de forme habituelle par le concédant (art. 488 NCCB)¹⁶⁷, généralement à travers un prix catalogue. Avec ce système, le prix périodiquement

¹⁶² Sur ce point, v. P.-A. FORGIONI, *Contrato de Distribuição*, *Op. cit.*, p. 88.

¹⁶³ TJSP, Ap. civ. n° 57.522-1, Rel. Des. Rangel Dinamarco, j. 30.04.1985. V. aussi O. GOMES, « Traços do perfil jurídico de um shopping center », in *Shopping Centers, Aspectos Jurídicos*, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 94-96.

¹⁶⁴ H. M. D. VERCOSA, « Os contratos inominados e o novo Código Civil », *RDM*, n° 126, 2002, p. 31 et s.

¹⁶⁵ R. REQUIAO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁶ M. TROCHU, « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 377-389.

¹⁶⁷ Art. 488 : « Lorsque la vente est convenue sans fixation d'un prix ou des critères pour sa détermination, et s'il n'en existe pas une fixation officielle, il est considéré que les parties se soumettent au prix courant des

réajusté se conforme aux variations des barèmes économiques et de l'inflation. Cette pratique commerciale est courante au Brésil et tout abus peut être sanctionné par la loi.

De plus, il faut tenir compte du fait que le contrat de concession commerciale peut se flexibiliser en fonction des incertitudes économiques par les biais de la théorie de l'imprévision¹⁶⁸. Les parties disposent d'une opportunité de modifier de façon équitable la prestation ou les prestations dues par le débiteur afin d'éviter l'onérosité excessive d'une des parties, notamment dans les contrats de longue durée (art. 479 et 480 du Code civil brésilien), à cause d'un événement non prévu dans le contrat qui risque d'y mettre fin¹⁶⁹. Ce texte invite les parties à renégocier certaines clauses du contrat de concession commerciale qui peuvent ne plus être adaptées au contexte d'exécution échelonnée.

2- Le contrat de concession : un contrat d'adhésion

Le contrat d'adhésion consiste en une « *dénomination doctrinale générique englobant tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (client, consommateur, voyageur) se borne à accepter une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions (...) établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (...)* »¹⁷⁰.

Initialement, le véritable contrat d'adhésion est celui où « *l'adhérent ne peut ni modifier les conditions contractuelles, ni refuser de conclure le contrat sous peine de se priver d'un service fondamental pour la vie moderne* »¹⁷¹. Cela veut dire qu'il existe un monopole de fait et de droit qui élimine la concurrence et fait que l'adhérent, pour accéder à tel ou tel service, n'a pas beaucoup d'options.

ventes habituelles du vendeur. Paragraphe unique. A défaut d'accord, en raison de la pluralité de prix, le prix moyen prévaudra ».

¹⁶⁸ L'art. 478 du NCCB prévoit la possibilité de résolution du contrat par l'une des parties, si l'exécution d'une des prestations du contrat devient trop onéreuse, avec des avantages excessifs pour l'autre, en raison des événements extraordinaires et imprévisibles. Sur la théorie de l'imprévision, v. A. M. FONSECA, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958 ; C. A. BITTAR FILHO, *Teoria da imprevisão: Dos poderes do juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994 ; A. J. SANTOS, *Função social lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, São Paulo, Editora Melhoramentos, 2002 ; S. de S. VENOSA, *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, São Paulo, Atlas, 2006 ; H. THEODORO JUNIOR, *Código de Processo Civil Anotado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008 ; A. V. de AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, 2e éd., São Paulo, Atlas, 2004.

¹⁶⁹ STJ, REsp. n° 860277-GO, (2006/0087509-3), j. 03.09.2010, Min. Rel. Luiz Felipe Salomão.

¹⁷⁰ Le mot adhésion vient du latin *adhesio*, de *adhaerere*, qui veut dire en français « s'attacher à » comme l'indique G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2007, p. 26-27. V. aussi J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1993, p. 75 et 76.

¹⁷¹ S. RODRIGUES, *Direito Civil*, 23e éd., v. III, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 43. Il ne s'agit donc pas d'une situation où l'une des parties est forcée de conclure un contrat sous peine de ne pas trouver un autre fabricant qui pourrait distribuer le même produit ou son analogue. C'est le cas, par exemple, des contrats de concession de service public de transport ferroviaire et routière où les passagers sont obligés d'adhérer au contrat.

Actuellement, l'expression « contrat d'adhésion » peut qualifier certains types de contrats dans lesquelles les parties ne négocient pas l'ensemble des clauses contractuelles formulées de manière générale et abstraite par l'une des parties : soit elle signe le contrat soit elle y renonce. Dans ce cas, les parties sont absolument libres de décider de conclure ou non le contrat. La partie qui prétend adhérer au contrat peut accepter ou non les exigences de l'offrant ou, simplement, laisser tomber la proposition fermée et se tourner vers d'autres qui pourront être plus flexibles, avec la possibilité d'une négociation préalable.

Le contrat de concession commerciale peut être généralement qualifié de contrat d'adhésion en droits français¹⁷² et brésilien¹⁷³. C'est d'ailleurs souvent le cas dans les réseaux de distribution dès lors que le concessionnaire adhère à un contrat type qui est rédigé unilatéralement par le concédant¹⁷⁴. L'uniformisation du cadre contractuel a pour but d'assurer le contrôle sur les distributeurs. Par conséquent, le concessionnaire ou le franchisé accepte souvent « en bloc »¹⁷⁵ des « clauses uniformes »¹⁷⁶ constituant des obligations entre les cocontractants, sans pouvoir apporter aucune modification qui pourrait lui être favorable ultérieurement. L'adhésion est ainsi inévitable, si l'adhérent n'est pas en mesure de refuser la proposition¹⁷⁷.

Le recours à la classification en tant que contrat d'adhésion est connu du droit brésilien en matière de protection du consommateur. L'objectif du Code de la consommation brésilien¹⁷⁸ était de mettre en place des dispositifs protecteurs afin de contourner les clauses

¹⁷² Sur ce point v. Ph. Le TOURNEAU, « Concession exclusive », *J.-cl.*, fasc. 1025, p. 9. Selon l'auteur, on peut affirmer que dans certains cas le concessionnaire ne peut véritablement rien modifier aux clauses du contrat de concession, notamment s'il y a la volonté d'intégrer un réseau des distributeurs, bien qu'il soit possible, dans certains cas, peut-être moins fréquents, que le concessionnaire puisse obtenir la modification du contenu de la convention.

¹⁷³ A. RIZZARDO, *Contratos*, 9e éd., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, p. 100 et s.

¹⁷⁴ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1993, p. 77.

¹⁷⁵ La notion de contrat d'adhésion a été introduite en droit français par R. SALEILLES (*De la déclaration de volonté*, F. Pchon-Successeur, 1901, p. 229). Cette notion a été diffusée en droit brésilien par O. GOMES (*Contrato de adesão : condições gerais dos contratos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 3.), même si l'on regrette le malentendu, dans le titre de son ouvrage, entre la notion de contrat d'adhésion et celle de « conditions générales du contrat ». Cette dernière a d'ailleurs été introduite par le droit allemand, (*cf.*, D. SCHWAB, « Validade e controle das « condições gerais dos negócios », *Ajuris*, Porto Alegre, nov. 1987, n° 41 p. 8. A propos des différences entre le contrat d'adhésion et les clauses générales du contrat en droit portugais et communautaire, v. A. P. MONTEIRO, « Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais : problemas e soluções », *RTDC*, vol. 7, 2001, p. 3-31.

¹⁷⁶ O. GOMES, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 374.

¹⁷⁷ H. THEODORO JUNIOR et A. M. T. de MELLO, « Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial », *RDM*, 2001, n° 122, p. 15.

¹⁷⁸ Loi n° 8.078 du 11 septembre 1990 a adopté le Code de protection du consommateur. Ce code réglemente les relations contractuelles entre le consommateur et les entreprises. Le consommateur est qualifié de « partie faible » dans la relation contractuelle, nécessitant ainsi la protection de l'État. L'art. 54, §4 impose aux professionnels de mettre en valeur les clauses limitatives du droit du consommateur dans les contrats d'adhésion afin de permettre l'identification immédiate du consommateur. Enfin, l'art. 51 prévoit la nullité des clauses

abusives dans les relations de consommation. Il apparaît que le droit de la consommation a considérablement influencé la théorie générale des contrats du Code civil brésilien depuis la réforme de 2002.

Les art. 423¹⁷⁹ et 424¹⁸⁰ du NCCB permettent, à l'instar des règles du Code de protection du consommateur, que des clauses abusives ne produisent aucun effet à l'encontre de l'adhérent¹⁸¹. Parallèlement, le droit français prévoit également à l'art. 1.162 du Code civil français que « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Le but de ces articles est de protéger le cocontractant supposé plus faible dans le cadre d'une relation contractuelle entre professionnels dont le rapport de force économique est déséquilibré. Ces textes assurent un traitement plus favorable à la partie économiquement faible dans la relation juridique afin d'équilibrer la relation contractuelle contenant éventuellement des clauses abusives qui pourront encore aggraver un déséquilibre déjà existant.

Il nous semble que ces dispositions peuvent être évoquées à l'égard de certains contrats de concession. En ce sens, la cour d'appel de l'état de Santa Catarina¹⁸² n'a pas hésité à déclarer nul un contrat de concession de carburants avec exclusivité d'approvisionnement en qualifiant la convention de contrat d'adhésion où l'adhérent (distributeur) ne pouvait discuter ni les clauses, ni le prix du carburant acheté en vue de sa commercialisation¹⁸³. Cette jurisprudence démontre qu'une telle classification peut remédier au déséquilibre existant dans la relation d'affaires unissant concédant et concessionnaire.

Il reste que la classification du contrat de concession en tant que contrat d'adhésion, dépendra de la situation de fait soumise au juge au cas par cas. En tout état de cause, cette protection particulière conférée par le Code civil brésilien aux relations entre professionnels peut être évoquée en faveur du distributeur, lors de situations très sensibles, comme de la rupture du contrat de distribution¹⁸⁴.

abusives dans les relations de consommation. Sur ce sujet, v. C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁷⁹ Art. 423 : « *Dès lors que le contrat d'adhésion présente des clauses contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent devra être adoptée* » (notre traduction).

¹⁸⁰ Art. 424 : « *Dans les contrats d'adhésion, sont considérées comme nulles les clauses qui stipulent la renonciation anticipée de l'adhérent à un droit résultant de la nature de l'affaire* » (notre traduction).

¹⁸¹ A. RIZZARDO, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 107 et s.

¹⁸² TJSC, AgIn. n° 20006.016479-7/0000-00, j. 25.09.2006, DJ : 26.05.06.

¹⁸³ Mais elle est encore plus importante du point de vue conceptuel car elle ouvre un précédent jurisprudentiel extraordinaire qui pourrait avoir des conséquences sérieuses dans le rapport contractuel tellement marqué par la dépendance économique entre le concessionnaire et le concédant.

¹⁸⁴ A ce propos, v. *infra*, p. 107 et s.

Section 2 - La portée de la clause d'exclusivité au regard du contrat de concession

L'exclusivité signifie une « modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire, un genre de prestations mises à sa charge par le contrat (...) »¹⁸⁵. Ces prestations sont normalement la fourniture et l'approvisionnement exclusifs que l'on retrouve également dans plusieurs types de contrats¹⁸⁶. Mais c'est dans le contrat de concession que la clause d'exclusivité demeure une caractéristique primordiale et une conséquence du *l'intuitu personae* qui retombent sur les qualités personnelles du concessionnaire¹⁸⁷.

La clause d'exclusivité semble être un « élément naturel »¹⁸⁸ de la concession commerciale. Elle représente une sorte de bénéfice accordé aux cocontractants à tel point qu'il devient difficile de concevoir la concession sans la stipulation d'une exclusivité, dans la mesure où d'une part, le concessionnaire peut bénéficier d'une exclusivité territoriale en contrepartie d'efforts commerciaux qui vont nécessiter une collaboration commerciale forte entre les parties et, d'autre part, le concédant a l'assurance que ses produits seront périodiquement achetés et revendus par les concessionnaires de son réseau. Elle se présente ainsi comme une « association minimum des engagements d'approvisionnement exclusif et de distribution exclusive »¹⁸⁹. L'exclusivité est réciproque dans la concession et se trouve être la caractéristique principale du contrat, ce qui le distingue d'autres types de contrats de distribution en droits français¹⁹⁰ et brésilien¹⁹¹.

Néanmoins, un autre courant doctrinal considère que la clause d'exclusivité est un « élément accessoire de la qualification du contrat de concession »¹⁹², puisque l'objectif

¹⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*, p. 383. V. également D. FERRIER, « La considération juridique du réseau », *Op. cit.*, p. 95 et s.

¹⁸⁶ Il peut s'agir des contrats d'agence commerciale, de prestation de service, de travail, etc.

¹⁸⁷ Sur le droit brésilien, v. R. REQUIAO, *Op. cit.*, p. 19. Sur le droit français, D. FERRIER indique que la « clause d'exclusivité territoriale est un élément essentiel du contrat concession », *op. cit.*, p. 345 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E* 1998, p. 260.

¹⁸⁸ R. FRANCESCHELLI, *Dal Vecchio al Nuovo Diritto Commerciale (XXV, Natura Giuridica Della Compravendita con Exclusiva)*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. 458.

¹⁸⁹ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 91.

¹⁹⁰ J. GHESTIN explique qu'en droit de la distribution, « les auteurs ont distingué le contrat de concession et le contrat de distribution agréée, aussi appelé contrat d'agrégation. Ce qui distingue le premier du second, c'est l'existence d'une exclusivité réciproque », (*Les effets du contrat*, *Op. cit.*, p. 98). La jurisprudence française s'est prononcée à ce propos, en décidant qu'à défaut d'une clause d'exclusivité territoriale le contrat est considérée comme d'agrégation : Cass. com., 9 février 1976, *JCP* 1976, II, 18598, n. JH, CA Paris, 11 févr. 1987, inf. rap. p. 64.

¹⁹¹ R. REQUIAO, *Op. cit.*, p. 18.

¹⁹² P. E. LILLA, « O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição : o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil », *RDM*, 2002, n° 127, p. 229-247. C'est d'ailleurs la position dominante de la doctrine portugaise concernant la qualité accessoire de la clause d'exclusivité : le contrat sera

principal du contrat est la mise en place des produits du concédant sur le marché alors que l'obligation principale de la convention est l'achat pour la revente. Il semble donc que le contrat sera toujours de concession même si les parties n'ont pas stipulé une obligation d'exclusivité.

Il nous paraît difficile d'accepter cette position, car l'exclusivité est un critère de l'existence du contrat de concession qui propicie la « *quête d'efficacité* »¹⁹³ au sein de l'activité économique, même si elle rend la relation contractuelle plus contraignante aux partenaires commerciaux. Cette caractéristique rend donc le contrat de concession différent d'une simple vente et revente de marchandises.

Dans ce cadre, il est important d'étudier les principaux types d'exclusivité (§1) avant d'envisager les limites de leur mise en œuvre (§2) en droits français et brésilien.

§ 1- Les principaux types d'exclusivité

La distinction s'impose entre la clause de distribution exclusive, qui assure une protection territoriale au concessionnaire (A), et la clause d'approvisionnement exclusif, qui résulte de l'obligation faite au concessionnaire de se fournir auprès de son cocontractant (B).

A- L'exclusivité territoriale

Dans la concession commerciale, la stipulation d'une exclusivité territoriale est une caractéristique intrinsèque du contrat. Il conviendra alors de vérifier comment la division du territoire s'opère dans le contrat de concession innommé (1), avant de la traiter eu égard au secteur spécifique de la concession automobile en droits français et brésilien (2).

1- La détermination de l'exclusivité territoriale dans le contrat de concession innommé

L'exclusivité territoriale est l'essence même du contrat de concession en droits français et brésilien. Il s'agit pour le concédant de vendre ses produits au seul concessionnaire à l'exclusion de tout autre revendeur, voire de tout autre demandeur des produits dans un

toujours de concession même si les parties n'ont pas stipulé une obligation d'exclusivité. Dans ce sens, v. A. P. MONTEIRO, *Dénúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998 ; M.-H. BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial – Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Coimbra, Amedina, 1990, cité par S. T. D'ALTE, « O contrato de concessão comercial », *RFDL*, vol. XLII, n° 2, 2001, p. 1408. En droit français, v. spécialement, Ph. Le TOURNEAU, « Les diverses concessions », *J.- Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 1010, n° 38 et s: l'auteur propose une qualification de la concession aux contrats sans clause territoriale et sans exclusivité d'approvisionnement.

¹⁹³ La doctrine américaine explique que les clauses d'exclusivité sont responsables de l'efficacité des accords de concession. A ce propos, v. H. MARVEL, « Exclusive dealing », *Journal of Law and Economics*, 1982, n. 25, 1982, p. 1-35.

secteur géographique déterminé par le contrat. En outre, les parties sont libres d'établir comme elles l'entendent la dimension du territoire, ainsi que de préciser les produits qui y seront revendus par le concessionnaire.

Il est possible que, dans certains cas, les parties établissent encore que le concédant pourra vendre ses produits directement à certains clients ou à un nombre limité d'autres concessionnaires, sans commettre pour autant une faute contractuelle¹⁹⁴. Toutefois, le concédant ne peut ni modifier unilatéralement le contrat afin de réduire la zone d'exploitation du concessionnaire sans son accord¹⁹⁵, ni modifier l'étendue de l'exclusivité territoriale accordée au concessionnaire en autorisant un autre concessionnaire concurrent à s'installer à proximité¹⁹⁶. Or, l'absence de délimitation de la zone géographique destinée à chaque concessionnaire peut mettre en péril un réseau de distribution pour manque de coordination, ce qui pourra déclencher une compétition intra-marque¹⁹⁷ et l'intrusion de « *passagers clandestins* »¹⁹⁸ ou « *free riders* »¹⁹⁹. Cet argument renforce ainsi l'importance de la délimitation du périmètre géographique d'exécution du contrat de chaque concessionnaire, en lui permettant d'atteindre des objectifs tels que le coefficient de pénétration du produit du concédant sur le marché.

On observe ainsi que l'exclusivité en faveur du concessionnaire, relative à la zone géographique de distribution des produits du concédant, est un élément fondamental du contrat de concession. Le distributeur ne pourra pas assumer la responsabilité de distribuer et, en même temps élargir la clientèle sans avoir l'assurance qu'il aura l'exclusivité dans une région déterminée afin de revendre les produits du concédant, sans la présence d'autres concessionnaires membres du même réseau qui deviendraient directement concurrents.

L'exclusivité peut générer un conflit entre deux libertés, à savoir la liberté de conclure librement une convention et la liberté du commerce. La liberté des parties peut donc entraver

¹⁹⁴ Il est possible, toutefois, que le concédant se réserve le droit de vente directe à l'État ou à une personne juridique de droit public. Pour cela, il doit insérer une clause dans le contrat qui stipule cette réserve. Si le contrat est muet à ce sujet, il sera interprété en faveur du concessionnaire, le seul habilité à revendre les produits du concédant dans la zone de concession.

¹⁹⁵ La Cour de cassation condamne le concédant qui ferait concurrence au concessionnaire dans la zone de vente qui lui a été concédée, ou qui confierait un droit de revente à un autre commerçant dans le territoire : Cass. com., 9 mars 1970 et CA Paris, 9 février 1988, *D.* 1988, inf. rap. p. 67.

¹⁹⁶ Cass. com., 19 déc. 1989 ; *D.* 1990, som. 368, n. D. Ferrier.

¹⁹⁷ P.-A. FORGIONI, *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 171.

¹⁹⁸ Il s'agit des commerçants qui s'approprient de l'investissement réalisé par d'autres concessionnaires, tels que l'informatique, la communication, le marketing, la qualité services, etc. Sur ce point v. H. LEPAGE, *La « nouvelle économie » industrielle*, Hachette, 1989, p. 234 et s.

¹⁹⁹ C. SALOMAO FILHO, *Direito concorrencial, as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 249.

la libre concurrence lorsqu'on élimine la possibilité pour d'autres commerçants de s'approvisionner auprès du même concédant²⁰⁰. Par conséquent, on observe que l'exclusivité consentie à une des parties surtout au concessionnaire peut porter atteinte au jeu normal de la concurrence, car elle engendre un comportement monopolistique²⁰¹, mais elle permet également une « *valorisation du patrimoine de l'entreprise* »²⁰².

2- L'exclusivité territoriale dans le contrat de concession de véhicules automobiles

Dans le domaine de la distribution de véhicules automobiles, il sera plus judicieux d'étudier les règles spécifiques adoptées par le droit de la concurrence européen (a) puis celles applicables par la loi sur la concession automobile dite « loi Ferrari » (b).

a- Au regard du droit européen de la concurrence

L'exclusivité territoriale a considérablement perdu de son importance au fil des années en matière de concession automobile en France, en raison du règlement communautaire n° 1475/95 qui a été remplacé par le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002, restant en vigueur jusqu'au 31 mai 2010²⁰³. En effet, les clauses d'exclusivité territoriale absolue confiaient au concessionnaire un « *véritable monopole de vente dans un secteur géographique* »²⁰⁴, favorisant ainsi le phénomène de l'exclusivité renforcée. Ces pratiques ont été alors prohibées par le droit de la concurrence européen en vertu de l'art. 4, 1, b du règlement n° 1400/2002, qui dispose que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui, « *directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties* », restreignent « *le territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, le distributeur ou le réparateur peut vendre les biens ou les services contractuels* ».

²⁰⁰ J. GUYENOT, « Les contrats de concession commerciale », *RTD com.*, 1963, p. 514.

²⁰¹ P.-A. FORGIONI, *Contrato de Distribuição*, *Op. cit.*, p. 200 et s.

²⁰² L'exclusivité devient avantageuse au concessionnaire en raison de sa dépendance économique à l'égard du concédant, (R. REQUIAO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *Op. cit.*, p. 19).

²⁰³ Ce règlement déterminait les conditions par lesquelles les contrats de concession exclusive étaient considérés comme licites au regard du droit communautaire. En effet, la Commission a adopté une politique plus libérale, puisque le règlement n'imposait aucun modèle de distribution au constructeur. Ceci a le choix d'utiliser la distribution sélective ou exclusive selon son propre besoin. La distribution sélective est définie en droit communautaire par le règlement n° 2790/99 (art. 1-d) sur les restrictions verticales de concurrence ainsi que par le règlement n° 1400/02 (art. 1-f) sur la distribution automobile comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens et les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés* ». V. aussi D. FERRIER, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 265.

²⁰⁴ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, n° 5644, p. 1326.

A l'heure actuelle, le secteur de la distribution automobile en Europe vit un moment de démembrement depuis l'entrée en vigueur des deux nouveaux règlements européens. A cet effet, le règlement (UE) n° 461 de la Commission européenne du 27 mai 2010 sur les accords verticaux dans le secteur automobile²⁰⁵ a prévu que les accords portant sur l'achat, la vente ou la revente de véhicules automobiles neufs seraient encore régis, pour la période se situant entre le 1^{er} juin 2010 et le 31 mai 2013, par le règlement n° 1400/2002. Depuis le 1^{er} juin 2013, les accords dans le domaine automobile sont régis par le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées²⁰⁶.

En réalité, la politique européenne continue dans la même voie afin d'empêcher le cloisonnement total du marché par l'insertion de clauses d'exclusivité, en vertu du nouvel art. 4 du règlement (UE) n° 330/2010. Lorsque la restriction vise ce dispositif, l'accord tout entier n'est pas exempté. Relativement à l'exclusivité territoriale, les clauses interdisant toute revente passive²⁰⁷ et des clauses interdisant la vente à un tiers hors réseau sont illicites en droit européen de la concurrence.

b- Au regard du droit interne brésilien

Le droit brésilien quant à lui attribue à la clause d'exclusivité territoriale un rôle essentiel dans la structure du contrat de concession, en raison de l'économie de l'opération de revente dans le secteur automobile. En fait, il s'avérerait important d'encadrer les usages entre les constructeurs et concessionnaires quant à la place croissante de la distribution automobile au Brésil²⁰⁸. Ainsi, l'objectif de la Loi n° 6.729 du 28 novembre 1979 (loi Ferrari) fut, en quelque sorte, d'équilibrer les relations contractuelles entre producteur et distributeur, ce dernier étant considéré comme la partie économiquement faible dans ce rapport contractuel²⁰⁹. C'est pourquoi la délimitation du territoire d'exploitation de la revente constitue un élément essentiel au contrat et a été soigneusement traitée aux art. 5 et 20 de la loi Ferrari.

²⁰⁵ JOUE n° L 129 du 28/05/2010 p. 0052 – 0057.

²⁰⁶ JOUE n° L 102 du 23/04/2010 p. 0001 – 0007.

²⁰⁷ Le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales définit les ventes actives comme étant le fait de prospecter des clients sur un territoire déterminé. Les ventes passives sont le fait de satisfaire à des demandes de clients n'ayant pas été sollicités ou de réaliser des publicités sans les cibler sur un territoire donné.

²⁰⁸ Pour en savoir plus sur le contexte historique de la « loi Ferrari », v. notamment M. REALE, « Estrutura normativa da Lei n° 6.729 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veículos automotivos terrestres », *RFDUSP*, vol. 91, p. 63-102.

²⁰⁹ O. GOMES, *Op. cit.*, p. 465. V. également M. A. V. AZEVEDO, *Contrato de Concessão*, [thèse], Universidade São Paulo, 2005, p. 24.

La loi Ferrari dispose à l'art. 20 que le contrat de « *concession commerciale entre producteurs et distributeurs doit être écrit et spécifique pour chaque marque, en déterminant la zone de chalandise, la distance minimale entre elles, (...)* ». Cet article impose ainsi que la clause d'exclusivité territoriale doit être indiquée expressément dans le contrat. A défaut, il ne serait pas possible de présumer son existence. L'art. 5, I prévoit ainsi que la détermination d'une zone géographique « *pour l'exécution des activités du concessionnaire, qui ne pourra pas opérer au-delà de ses limites* » est inhérente à la concession.

Cependant, le nouvel art. 5 modifié postérieurement par la loi de 1990²¹⁰ détermine que, dans le contrat de concession exclusive, la clause d'exclusivité territoriale octroyée au concessionnaire doit dorénavant indiquer la « zone opérationnelle » du concessionnaire au lieu d'indiquer la « zone délimitée ». Cette différence de terminologie est importante, notamment eu égard aux relations entre les concessionnaires de la même marque.

En effet, dans la notion de « zone délimitée » se trouvait sous-entendue l'idée de « *zone inviolable* »²¹¹, voire « impénétrable », dans la mesure où d'autres concessionnaires du réseau avaient interdiction d'y entrer pour commercer. Dès lors qu'un concessionnaire vendait des véhicules à des consommateurs domiciliés dans la zone d'un autre concessionnaire de la marque, il était obligé de verser une commission à celui qui se trouvait installé de plein droit dans la zone du domicile du consommateur (art. 5, §2 et §3)²¹². Désormais, la délimitation de la « zone opérationnelle » exempt le concessionnaire qui effectue une revente passive à verser une telle commission, dès lors que le consommateur fait la démarche spontanée vers l'acheteur établi dans une zone autre que celle où il est installé²¹³.

Un autre aspect important relatif au régime spécial des clauses d'exclusivité dans la concession automobile concerne la mise en œuvre de la loi « antitrust » brésilienne, Loi n° 8.884, du 11 juin 1994. Cette loi a été toutefois remplacée récemment par la Loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 depuis le 1^{er} juin 2012²¹⁴. Elle a modifié des dispositions concernant la

²¹⁰ La loi Ferrari a été modifiée par la Loi n° 8.132 de 1990.

²¹¹ L. G. P. de B. LEAES, « O conceito de área demarcada na concessão comercial de veículos », *RDM*, n° 110, 1998, p. 16-21.

²¹² Art. 5, §2. « *En cas de vente de véhicule automobile ou d'équipements neufs à un acquéreur domicilié dans une autre zone délimitée, le concessionnaire qui a réalisé la vente devra céder une partie de la marge de commercialisation aux concessionnaires appartenant à la région du domicile de l'acheteur; §3. Le concessionnaire pourra effectuer la vente de nouveaux composants en dehors de sa zone délimitée, s'il y a eu une délibération au préalable par le concédant et son réseau de distribution* ».

²¹³ Sur ce point, v. F. A. R. de OLIVEIRA, « A Concessão de veículos automotores », *RF* 2003, vol. 368, p. 63-79. En ce sens, v. les jurisprudences rendues par : STJ, REsp. n° 3.836, j. 18.12.1990, *RT* 668/174 ; REsp. n° 86.571, j. 19.11.1998. Contre : TJSP, Ap. civ n° 273.509-1, j. 6.2.1997.

²¹⁴ DOU du 1er décembre 2011.

procédure devant l'autorité de la concurrence brésilienne appelée « Conseil administratif de droit économique », ci-après dénommé CADE.

Ainsi, la réglementation antitrust sanctionne les pratiques restrictives de la concurrence, également appelées « *infractions contre l'ordre économique* », fondées sur l'art. 170²¹⁵ de la Constitution fédérale brésilienne. L'ancien art. 20 et le nouvel art. 36 de la loi « antitrust » énumère les pratiques considérées comme contraires à l'ordre économique, telles que celles indiquées au paragraphe I : « *limiter, frauder ou porter préjudice à la libre concurrence* »²¹⁶. En ce sens, les clauses d'exclusivité peuvent, dans certains cas, cloisonner le marché et porter ainsi atteinte à la libre concurrence.

Encore sous l'égide de l'ancienne loi de 1994, la doctrine brésilienne s'est interrogée sur une éventuelle incompatibilité entre la loi « antitrust » et la loi Ferrari. La question était de savoir si certains dispositifs contenus dans la loi Ferrari avaient été abrogés par une loi postérieure et de caractère général.

La doctrine a considéré que la loi « antitrust » n'a pas dérogé expressément à la loi Ferrari. En effet, l'application de ces deux textes doit se réaliser de façon complémentaire²¹⁷. Ainsi, la teneur de la loi « antitrust » n'est pas incompatible avec celle de la loi Ferrari, car la loi « antitrust » n'a pas règlementé la matière relative à la revente de véhicules automobiles. La conséquence de cette approche est toutefois la réalisation d'une lecture plus stricte des règles de la loi Ferrari, lorsque le contrat contient une clause d'exclusivité à la charge des parties.

B- L'exclusivité d'approvisionnement

L'exclusivité d'approvisionnement peut être envisagée de deux façons : la première, dès lors qu'un « *grossiste a des détaillants de la même branche professionnelle, qui vont redistribuer un produit* »²¹⁸ et la seconde qui constitue une interdiction pour un distributeur d'acheter ailleurs qu'auprès de son cocontractant. Dans le cadre de notre étude, nous allons

²¹⁵ Art. 170 : « *L'ordre économique brésilien, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre concurrence, a pour but d'assurer à tous une existence digne, conformément aux valeurs édictées par la justice sociale, et dans la mesure du respect des principes suivants : (...) IV- Libre concurrence* ». Sur ce point, v. E. R. GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 3e éd., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 224.

²¹⁶ L'art. 36 stipule encore que : « (...) II- *Dominer un marché important de biens ou de services ; III- Augmenter arbitrairement les intérêts ; IV- Exercer de façon abusive une position dominante* ».

²¹⁷ En ce sens, v. E.-R. GRAU et P.-A. FORGIONI, « Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari) », *RDM* 1999, vol. 114, p. 258-272, spéc. p. 270. Les auteurs indiquent qu'une éventuelle exemption à la loi antitrust s'inscrit dans le cadre d'une interprétation restrictive afin d'éviter une violation du principe de la libre concurrence.

²¹⁸ Ph. Le TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive*, *Economica*, 1994, p. 13.

traiter de cette dernière espèce, également qualifiée dans la pratique de contrat de fourniture ou d'approvisionnement.

En droits français et brésilien, la clause d'approvisionnement exclusive est fréquemment insérée dans les contrats de concession, car elle serait la contrepartie de l'exclusivité territoriale de vente attribuée par le fabricant au distributeur. La clause d'exclusivité crée des liens entre les deux cocontractants sur une base de forte dépendance économique, notamment de la part du distributeur en relation avec le fabricant de produits, puisqu'il se voit obligé de s'approvisionner auprès d'un seul contractant.

En principe, la relation de dépendance engendrée par la clause d'exclusivité d'approvisionnement n'est pas illicite selon le droit brésilien. Cependant, une telle clause peut devenir une source de litige entre les parties dès lors que l'un des cocontractants souhaite mettre fin à la relation contractuelle. Dans ce cas, le tribunal éventuellement saisi d'une telle affaire sera amené à arbitrer les conséquences issues de l'exclusivité d'achat imposée au distributeur et par la rupture du contrat²¹⁹.

En droit français, la clause d'exclusivité d'approvisionnement a été souvent insérée dans les accords de distribution conclus entre brasseurs et cafetiers pour la distribution de la bière et d'autres boissons en France, d'où leur nom de « *contrats de bière* »²²⁰. Cette formule est également utilisée pour la distribution de carburants et met en évidence le contrôle étroit du fournisseur sur la revente des produits par le distributeur²²¹. Il faut savoir que, au regard de la théorie générale des obligations, la clause d'approvisionnement exclusif doit être déterminée dans son objet et ne pas être dépourvue de cause²²². De ce fait, un fournisseur ne peut obliger son distributeur à s'approvisionner exclusivement auprès de lui, sans offrir de contrepartie réelle et sérieuse.

²¹⁹ Nous verrons qu'à propos du contentieux, tant dans le droit brésilien que dans le droit français, l'existence d'une clause d'exclusivité est naturellement prise en compte pour la vérification du degré de dépendance entre les parties et le calcul d'indemnité souséquente. Sur ce point, v. *infra* p. 107 et s.

²²⁰ D'après M. Thierry LAMBERT (« La spécificité du contrat de bière », *RLDA*, 2008, p. 26 et s.) : « *Le contrat de bière se caractérise par l'existence d'une clause d'approvisionnement exclusif portant sur la bière stipulée au bénéfice d'un brasseur ou d'un entrepositaire grossiste désigné par lui. Dans cette hypothèse, le grossiste désigné est une société du groupe de distribution filiale de l'industriel brasseur. En contrepartie de cette exclusivité consentie, le détaillant bénéficie la plupart du temps d'une assistance financée conjointement par le brasseur et l'entrepositaire grossiste, qui peut prendre une forme matérielle (mobilier, publicité, équipements), ainsi que financière dans certains cas. C'est pour cela que le contrat de bière est encore considéré comme un contrat d'assistance. C'est justement cette exclusivité qui pose aujourd'hui difficulté et pourrait entraîner la condamnation de cette pratique à l'égard du droit de la concurrence européen* ».

²²¹ J. BEAUCHARD, *Op. cit.*, p. 179 ; D. FERRIER, *Op. cit.*, p. 286.

²²² Cass. com., 14 oct. 1997, *D.* 1998. Somm. 333, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 8 fév. 2005, *D.* 2005, p. 640, *RDCO* 2005, p. 771, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS : « *l'engagement pris par le fournisseur est dérisoire en contrepartie de l'engagement d'approvisionnement exclusif ; le contrat est nul pour absence de cause* ».

En réalité, la stipulation d'une clause d'exclusivité, dans le cadre d'un contrat de concession, se situe au carrefour du droit des contrats et de la concurrence dans les systèmes juridiques français et brésilien. En effet, l'exclusivité n'est pas contraire au droit des contrats, mais elle n'est pas considérée avec faveur par le droit de la concurrence qui pourchasse tous les aménagements contractuels susceptibles de conduire à un cloisonnement des marchés.

§ 2- Les limites imposées à la clause d'exclusivité

Il existe deux types de limitations à l'égard de la clause d'exclusivité dans les contrats de concession commerciale qui seront envisagés dans le cadre de notre étude : les restrictions quant à la durée de l'exclusivité exclusivement en droit français (A) et les restrictions imposées par le droit de la concurrence en droits français et brésilien (B).

A- Les restrictions quant à la durée de l'exclusivité en droit français

En droit français, lorsque le concessionnaire est lié à son concédant par une clause d'exclusivité d'approvisionnement, la durée du contrat ne pourra pas dépasser dix ans selon l'art. L. 330-1 du C. com.²²³. En outre, il n'est pas interdit aux parties, au terme de la période de dix ans, de signer un nouveau contrat avec les mêmes conditions que le précédent. Cela signifie qu'il ne peut y avoir de renouvellement automatique ou prorogation du premier contrat, mais qu'un nouveau contrat peut naître entre les parties (art. 330-2 du C. com.). De plus, cette règle a vocation à s'appliquer à toute exclusivité d'achat, combinée ou non avec une exclusivité territoriale de vente²²⁴.

En outre, les contrats de concession contenant un engagement de fourniture exclusive et qui dépasse la durée légale de dix ans peuvent être sanctionnés (art. L. 330-1 du C. com.). Ainsi, les juges peuvent annuler uniquement la clause²²⁵ ou bien prononcer la caducité du contrat et de la clause²²⁶.

²²³ L'art. L. 330-1 du C. com. est issu de la Loi du 14 octobre 1943. Sur ce point, v. particulièrement C. BLOUD-REY, « Regards sur le Titre III du Livre III du Code de commerce : « Des clauses d'exclusivité », in *Quel Code de Commerce pour demain? Bicentenaire du Code de commerce 1807 – 2007*, Litec, 2007 ; R. R. OERTEL, « Les clauses d'exclusivité dans le contrat de concession commerciale », in Th. M. da Costa, M. Storck, G. V. da C. Cerqueira (coord.), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et brésilien*, l'Harmattan, 2010, p. 307-320.

²²⁴ V. Cass. com., 7 avril 1992, *Pepsi-Cola*, *Bull. civ.*, IV, n° 154 ; *CCC*. 1992, n° 177, n. L. Leveneur, cassant Paris, 20 octobre 1990, *D.* 1991, p. 165, n. Ph. Malaurie.

²²⁵ Cass. civ., 31 janvier 2001, *D.* 2001, p. 3520, obs. L. Rozes : nullité d'une clause de fourniture exclusive liée à un contrat de bail.

²²⁶ V. Cass. com., 1^{re} déc. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 423, p. 337 ; Cass. com., 10 février 1998, *D.* 1998, somm. p. 335, obs. D. Ferrier.

L'application du droit européen de la concurrence pourrait intervenir dès lors que l'accord est susceptible d'affecter le marché entre les États membres²²⁷. La durée ainsi d'une clause ne doit pas dépasser cinq ans, sous peine de perdre le bénéfice d'exemption, du moins à l'égard de l'exclusivité sur le fondement du règlement (CE) n° 2.790/99, art. 1^{er}, b, et du nouveau règlement (UE) n° 330/10 du 23 avril 2010, à l'art. 5, 1, a. Ce texte prévoit que l'exemption prévue à l'art. 2 ne s'applique pas à « *toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans* ».

En revanche, le droit des obligations brésilien n'impose pas d'interdiction quant à la durée maximale de la clause d'exclusivité dans le contrat de concession. De façon fréquente, la clause d'exclusivité d'approvisionnement ou territoriale est valable pour la même période que celle du contrat. C'est le cas par exemple des accords de concession automobile au Brésil, où la loi Ferrari n'impose pas de durée maximale ou minimale pour la clause d'exclusivité. On remarque enfin qu'en droit comparé, une limitation quant à la durée de l'exclusivité dans la convention reste également l'exception²²⁸.

B- Les restrictions imposées par le droit de la concurrence

Comme nous avons vu, les droits brésilien, français et européen semblent reconnaître, au moins au regard de la stratégie du réseau de concession, que les clauses d'exclusivité ont un rôle important à jouer. De même, on peut constater que le revers de l'exclusivité, dans certains cas, est la mise en place de pratiques attentatoires au jeu de la libre concurrence, lorsqu'elles limitent par exemple l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, et dès lors qu'elles scindent le marché ou les sources d'approvisionnement.

En droit français, l'art. L. 420-1 du C. com. français et l'art. 101 du TFUE interdisent que les clauses d'exclusivité territoriale absolue entravent le marché et le libre établissement. Mais, ce n'est pas pour autant que toute clause d'exclusivité est d'emblée considérée comme anticoncurrentielle. Ainsi, comme l'indique Mme Marie Malaurie-Vignal, « *le fournisseur peut interdire au distributeur de se livrer à une concurrence "active" en dehors de la zone ; en revanche, il ne peut lui interdire de répondre à des commandes de clients situés hors de sa*

²²⁷ En ce sens, v. les lignes directrices sur les restrictions, JOUE n° C 130 du 19/05/2010, p. 0001 – 0046. lignes directrices du 19/05/2010.

²²⁸ En droit italien, par exemple, les parties peuvent également stipuler une clause d'exclusivité territoriale en faveur du distributeur qui sera valable pendant toute la durée du contrat (art. 1.567 et 1.568 du Code civil italien), M. MONTMARI, *Diritto Commerciale, Contratti commerciali*, vol. primo, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 161 et s. En ce même sens, en droit portugais, aucune imposition quant à la durée de la clause n'existe en droit interne (A. P. MONTEIRO, *Dénúncia de um contrato de concessão comercial*, *Op. cit.*, p. 56).

zone (concurrence “passive”). Le concessionnaire doit donc pouvoir exporter à la demande des acheteurs »²²⁹.

En droit brésilien de la concurrence, les accords de concession exclusive contenant des clauses d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement peuvent être susceptibles de sanctions. Cependant, la doctrine brésilienne s'est penchée sur l'opportunité d'appliquer la règle de raison (*Rule of Reason*) adoptée par la jurisprudence nord-américaine²³⁰, aux hypothèses énumérées à l'art. 20 de l'ancienne loi « antitrust »²³¹. Cette théorie énonce « qu'on ne doit pas sanctionner une entente même si celle-ci comporte des restrictions excessives à la liberté du commerce (*unreasonable restraints of trade*) »²³², dès lors qu'elles se révèlent bénéfiques dans certains accords de distribution. Les conditions d'application de la règle de raison prennent en compte plusieurs facteurs afin de caractériser la licéité ou l'illicéité des clauses d'exclusivité, tels que : la durée des contrats, la possibilité de formation de cartels dans le secteur d'activité, les difficultés imposées par la tête du réseau ou du groupe pour laisser entrer d'autres commerçants, le seuil de domination de la part du marché concernant l'activité²³³.

En outre, la règle de la raison permettrait en quelque sorte de justifier l'existence de comportements anticoncurrentiels, s'il reste démontré que l'opération est efficace. C'est l'exemple d'un arrêt rendu par la cour d'appel de São Paulo²³⁴. En l'espèce, le concessionnaire plaidait la nullité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement et des dommages et intérêts respectifs sur le fondement de l'art. 29 de l'ancienne loi « antitrust ». Les juges ont énoncé qu'il appartenait au concessionnaire de démontrer le lien de causalité entre une clause d'exclusivité abusive insérée dans un contrat de concession de combustibles, et des éventuels préjudices subis quant au retour d'investissement réalisé dans l'activité. Comme le concessionnaire n'a pas démontré le lien de causalité, la clause d'exclusivité a été jugée licite.

²²⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5e éd., Dalloz Sirey, 2011, p. 109.

²³⁰ La règle de la raison est inspirée du droit américain de la concurrence. La Cour suprême des États-Unis a introduit le concept pour l'application du Sherman Antitrust Act (texte fédéral de 1890), dans un arrêt *Standart Oil Company of New et Jersey et al. vs. United States*, 221 U.S 1 (1911). Sur ce point, v. J. CRETELLA NETO, *Comentários à Lei Antitruste (Lei n° 8.884, de 11.06.1994)*, 2e éd., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 117.

²³¹ Il s'agit des art. 36 et 37 de la nouvelle législation brésilienne « antitrust », la Loi n° 12.529 du 30 novembre 2011.

²³² D. FASQUELLE, « Droit américain et droit communautaire des ententes », in *Etude de la règle de raison*, GLN Joly, 1993 ; J. CRETELLA NETO, *Do Contrato Internacional de Franchising*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 225 et s.

²³³ L. RIEBEN, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Genève, Librairie Doz, 2000, p. 120 et s.

²³⁴ Deuxième TA civ. de l'État de São Paulo, AgIn n° 673.800-00/3, j. 14.02.2001.

Il faudrait encore ajouter qu'en droit européen, la règle de raison a trouvé également sa place dans la structure de l'art. 101 du TFUE. Bien que l'application de cette théorie reste très rare, la constatation d'une entente ne serait pas sanctionnée malgré tout sur le fondement du §3, qui prévoit un mécanisme d'exemption de l'entente plus long et complexe, lorsque certaines conditions sont réunies dans le cadre du §1 du texte. Selon ces termes, il sera possible d'accorder un traitement de faveur à certains comportements, s'il apparaît clairement que l'atteinte à la concurrence est compensée par les effets bénéfiques de l'entente²³⁵.

Section 3 - Les principales obligations des parties

Le contrat de concession commerciale en droits français et brésilien stipule souvent les principales obligations des parties afin de garantir un maximum d'homogénéité dans le réseau de distribution. Ces obligations sont généralement très contraignantes notamment à l'égard du concessionnaire puisque le contrat doit permettre au concédant de garder le contrôle de la distribution de ses produits.

Les obligations qui reposent sur le concédant ne sont pas moins lourdes, elles sont plutôt différentes et complémentaires par rapport à celles imposées au concessionnaire. La différence vient du fait que le concédant est à la tête du réseau et, de ce fait, il organise la gestion de l'activité du concessionnaire comme bon lui semble. En droit brésilien, l'art. 425 du NCCB dispose que les parties peuvent conclure des contrats innommés, sous réserve du respect des règles générales établies par la loi civile. En droit français, le principe de la liberté contractuelle se trouve à l'art. 1134 du Code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Les parties sont libres de stipuler les règles de leur échange tout en observant les limites imposées par le droit des obligations et le droit de la concurrence dans les deux systèmes juridiques.

De manière générale, nous verrons que les obligations du concédant (§1) et du concessionnaire (§2) se ressemblent en droits français et brésilien.

²³⁵ En réalité, les autorités européennes sont plutôt méfiantes concernant l'application de la règle de raison, en ce sens, v. spéc. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Op. cit., p. 220. V. aussi CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser et Eisele c. Commission*, n° 258/78, Rec. CJCE, p. 2015, affaire dite des « semences de maïs ». La CJCE a validé, au titre de la règle de la raison, une licence exclusive ouverte, c'est-à-dire une licence qui, malgré l'exclusivité stipulée, n'interdisait pas les importations parallèles, ni les licences pour d'autres territoires, et qui était par ailleurs de nature à favoriser la diffusion d'une nouvelle technologie. V. aussi R. KOVAR, « Le droit communautaire et la règle de raison », *RTD eur.* 1987, p. 237.

§ 1. Les obligations du concédant

Dès le stade de formation du contrat, le droit interne français impose une obligation précontractuelle d'information au concédant qui sera utile à la protection du concessionnaire pendant toute la durée du contrat. En droit brésilien, il n'existe pas de norme légale expressément prévue qui oblige les parties à donner des informations précontractuelles comme en droit français. Ce n'est pas pour autant que les parties sont dispensées de porter des informations utiles à leur prise de position (A).

En outre, le contrat de concession commerciale comporte encore plusieurs obligations à charge du concédant pendant l'exécution du contrat. Dans le cadre de notre étude, nous aborderont les deux obligations les plus fréquentes des accords de réseau de distribution dans la pratique commerciale, à savoir : les obligations de fourniture et d'assistance (B) et la mise en place d'une politique de revente (C).

A- Le devoir précontractuel d'informer le débiteur de l'existence d'une clause d'exclusivité

En droit français, la loi du 31 décembre 1989, dénommée aussi « loi Doubin » a imposé au fournisseur, fabricant ou grossiste une obligation d'information précontractuelle pour les contrats comportant une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

Ainsi, l'art. L. 330-3 du C. com. a instauré 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 du tout contrat, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* »²³⁶. Ce document doit préciser un certain nombre d'informations et devra être communiqué avec le projet du contrat vingt jours au minimum avant la signature du contrat (art. L. 330- 3, §2 et §3 C. com.).

Le droit interne brésilien, en revanche, ne contient pas de dispositif spécifique qui impose de façon formelle une obligation précontractuelle au fournisseur. Dans le secteur automobile, la loi Ferrari n'envisage pas d'obligation précontractuelle à la charge du concédant. Cependant, le concédant est tenu de fournir de bonne foi des informations

²³⁶ Cet article s'applique non seulement aux contrats de franchise et de concession exclusive, mais également au contrat de location-gérance dès lors que les parties sont liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée. V. Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906, *Bull. Joly* 1998, p. 767, n. J.-J. Daigre.

demandées par celui qui envisage de conclure le contrat de concession en vertu de l'art. 422 du NCCB²³⁷.

En définitive, le seul contrat de distribution assujéti à une telle obligation légale est le contrat de franchise en droit brésilien²³⁸.

B- Les obligations de fourniture et d'assistance

Dans le contrat de concession commerciale, le concédant s'engage à respecter l'exclusivité concédée au concessionnaire et s'interdit de livrer des produits à d'autres qu'au concessionnaire sur le territoire concédé. S'il ne respecte pas ses engagements et refuse d'approvisionner le concessionnaire, ce dernier pourrait demander l'exécution des prestations promises, tant qu'elle est possible. Sauf à commettre une défaillance contractuelle en droits français²³⁹ et brésilien²⁴⁰.

En matière de concession automobile, l'art. 9 de la loi Ferrari détermine que la fourniture des produits à la charge du concédant se limitera aux commandes formulées par écrit. Le concédant est tenu de répondre aux commandes dans le délai de livraison fixé par le contrat et au quota d'achat convenu entre les parties, sous peine d'annulation de la commande de la part du concessionnaire.

En ce qui concerne l'assistance technique, il s'agit d'une obligation supportée par le concédant à ces produits, qui comprend l'entretien ou la révision (art. 3, II, loi Ferrari). En général, le concédant participe aux efforts du concessionnaire en lui apportant une assistance matérielle, technique et commerciale²⁴¹. Elle est matérielle lorsque le concédant met à disposition du concessionnaire la marque et l'enseigne ; technique si le concédant promet une assistance consistant à former le personnel du concessionnaire afin de permettre d'améliorer le service au consommateur et, enfin, commerciale si le concédant participe aux opérations publicitaires et promotionnelles réalisées par le concessionnaire²⁴².

²³⁷ Art. 422 : « *Les cocontractants sont obligés de se soumettre, tant dans la conclusion du contrat, que lors de son exécution, aux principes de la probité et de la bonne foi* » (notre traduction).

²³⁸ Sur le contrat de franchise, v. le Chapitre II, Section 3, *infra*.

²³⁹ CA Paris, 27 mai 1980, *D.* 1981, p. 314, n. Ph. Le Tourneau.

²⁴⁰ Les violations par ailleurs prévues par la loi Ferrari, comme par exemple l'inexécution d'une des obligations de fourniture et d'assistance peuvent être sanctionnées sur la base de l'art. 22 (v. annexe I).

²⁴¹ D. FERRIER, *Op. cit.*, p. 289.

²⁴² Dans la pratique, il est fréquent que le concédant fournisse une assistance commerciale et de gestion au distributeur dans le contrat d'approvisionnement exclusif. L'assistance dans la gestion pourra être de simples conseils, mais peut consister également en l'imposition d'un mode de gestion spécifique (comme la manière de tenir la comptabilité, l'utilisation d'un logiciel identique pour tout le réseau).

C- La mise en place de la politique de revente

Dans la pratique, les contrats de concession sont chargés d'obligations imposées par le concédant envers le concessionnaire. Il s'agit indubitablement d'une stratégie pour garder le contrôle de la commercialisation qui sera effectuée par le concessionnaire. Le contrôle peut se manifester sous la forme d'imposition de clauses de quotas ou prévoyant un minimum de commandes, ou à travers de l'imposition de clauses de renseignements relatives à la gestion et aux ventes effectuées, ou encore par une obligation de communication des livres comptables et même un droit de visite afin d'inspecter les locaux du distributeur. Si celui-ci est chargé de la promotion et de la publicité du produit commercialisé, le fournisseur pourra également vérifier les actions publicitaires du revendeur.

D'autres obligations peuvent être établies dans le contrat, les parties disposant d'une grande autonomie pour désigner d'autres obligations qui semblent être importantes et cohérentes pour la réussite de l'activité. Il est ainsi impératif que le contrat soit écrit selon l'art. 20 de la loi Ferrari : « *entre producteurs et distributeurs de véhicules automobiles sera réglé par le contrat qui respectera la forme écrite standardisée pour chaque marque et qui spécifiera les produits, la zone délimitée, la distance minimale et le quota de véhicules automobiles, ainsi que les conditions relatives aux exigences financières, à l'organisation administrative et comptable, à la capacité technique, aux installations, aux équipements et à la main-d'œuvre qualifiée du concessionnaire* ». Et même en dehors du cadre spécifique de la concession automobile, le concédant ne peut imposer aucune obligation au concessionnaire qui ne soit pas établie dans le contrat.

En outre, le contrat de concession exclusive de vente en droits français et brésilien comporte couramment une licence exclusive de marque²⁴³ et l'enseigne est mise à disposition du revendeur pendant la durée du contrat. Cependant, il est interdit au concessionnaire d'apposer la marque sur ses propres produits ou d'autres produits qu'il aurait acquis ailleurs, car ce droit doit profiter aux deux parties²⁴⁴. Cela s'explique par le fait que le revendeur, d'une part, fait la promotion de la marque pour lui-même et pour le fournisseur à travers ces actions commerciales et, d'autre part, parce que la clientèle attachée ou attirée par la marque se rendra chez le revendeur pour cette raison.

²⁴³ La position de Ph. le TOURNEAU est de dire qu'il ne s'agit pas d'une vraie licence, mais « *d'un droit d'usage, puisque le concessionnaire n'a pas le droit d'apposer le signe sur les produits qu'il se procure ou qu'il fabrique directement* », (*Droit de la responsabilité et des contrats, Op. cit.*, p. 1327).

²⁴⁴ J. BEAUCHARD, *Op. cit.*, p. 180.

La loi Ferrari prévoit à l'art. 3, III que le concessionnaire a le droit d'utiliser la marque du concédant à titre gratuit afin d'identifier l'enseigne qu'il représente. La loi dispose encore à l'art. 19, II que le concédant peut établir une charte relative à la marque afin d'uniformiser l'activité du réseau de distribution²⁴⁵.

§ 2- Les obligations du concessionnaire

Les obligations à la charge du concessionnaire peuvent être nombreuses et parfois lourdes. En effet, le concessionnaire se voit investi de la mission de revente des produits du concédant selon les consignes de ce dernier. Le travail du concessionnaire est en fait fondamental pour l'efficacité de tout le réseau de distribution. Il a été observé que le « *concessionnaire a un rôle « d'interface » entre l'amont (concédant) et l'aval (client), permettant une adaptation de l'offre à la demande* » assurant ainsi la cohésion du réseau²⁴⁶.

Il est clair que le but ultime tant du concédant que du concessionnaire est la création et la fidélisation de la clientèle et, pour cela, la coopération entre les deux est indispensable. Mais, il reste que les contraintes retombent d'emblée sur les épaules du concessionnaire lorsqu'on parle de clauses de rendement (A) et, ensuite, du respect de la vente de produits (B).

A- Les clauses de rendement

Le concessionnaire peut être obligé d'acheter un minimum de produits du concédant par une « clause de quota » ou de « minima ». Ces clauses de rendement servent à « *dynamiser le distributeur* »²⁴⁷, car il est contractuellement obligé d'acquérir auprès de son concédant un minimum de marchandises.

En droit brésilien, par exemple, l'art. 7 de la loi Ferrari établit des règles pour le quota d'achat des produits qui doivent rester dans une proportion raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit être compatible avec la performance de distribution du concessionnaire. Ces quotas sont actualisés ou révisés annuellement (art. 7, §2).

Il est naturel que le concédant incite le concessionnaire à investir sur le territoire qui lui est confié afin de permettre de bien diffuser sa marque. Une « clause d'objectifs » ou encore de « pénétration » du marché pourra être également fixée dans le contrat. Le coefficient de pénétration diffère de la clause de minima et de quota, dans la mesure où l'on

²⁴⁵ F. A. R. de OLIVEIRA, « Concessão comercial de veículos automotores », *RF* 2003, v. 368, p. 63-79.

²⁴⁶ Ph. Le TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive*, *Op. cit.*, p. 44 et s.

²⁴⁷ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 1328.

parle d'objectif en pourcentage de vente pour une période fixée en fonction du marché et de la zone de chalandise du distributeur.

Dans la pratique, la clause de rendement est fixée unilatéralement par le concédant. Elle ne peut toutefois être abusive et disproportionnée sous peine d'être sanctionnée tant en droit français qu'en droit brésilien. Ainsi, par exemple, le concédant peut imposer au concessionnaire l'obligation d'atteindre 10% de ventes par rapport à la concurrence, ou résilier le contrat si le concessionnaire ne réalise pas au moins 70% des objectifs requis²⁴⁸.

La clause d'objectif est une obligation de résultat²⁴⁹, si le concessionnaire doit atteindre les objectifs fixés dans le contrat. Cependant, la clause peut exiger seulement du concessionnaire qu'il déploie tous ses efforts pour obtenir les résultats. Dans ce cas, la clause sera plutôt une obligation de moyen²⁵⁰.

B- Le respect des règles de revente de produits

Le concessionnaire est tenu de commercialiser les produits acquis, très souvent en conformité avec la politique promotionnelle ou publicitaire définie par le concédant. La revente des produits du concédant est le « *vecteur central du contrat* »²⁵¹. Le concessionnaire doit pourtant respecter les normes fixées par le concédant au niveau de la présentation des installations de vente et avoir un personnel qualifié pour la présentation et la vente des produits²⁵².

Dans cette optique, il conviendra aussi d'examiner si le concessionnaire est obligé de revendre les produits du concédant au prix indiqué par ce dernier (1), avant d'analyser l'obligation de service après-vente qui incombe au concessionnaire (2).

1- Le prix de revente

En droit français, le prix imposé ou des pratiques tarifaires discriminatoires est sanctionné sous l'angle du droit des ententes ou de l'abus de position dominante (art L. 442-5 du C. com.). En ce sens, le droit brésilien condamne l'imposition de prix de revente au

²⁴⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 67

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ Il est préférable de concevoir cette obligation comme une obligation de moyen, car les résultats du distributeurs dépendent de son dynamisme. En ce sens, v. F.-X. LICARI, *Op. cit.*, p. 454 et s. V. également, CA Paris, 19 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, p. 240, n. Ph. Le Tourneau.

²⁵¹ S. T. D'ALTE, « O contrato de concessão comercial », *RFDL*, v. XLII, n° 2, 2001, p. 1393-1433, spéc. p. 1400 et s.

²⁵² Cass. com., 19 février 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 136 : la rupture du contrat de concession fondée sur l'incompétence du personnel engagé par le concessionnaire.

cessionnaire sur le fondement de l'art. 36, §3°, IX de la loi antitrust. En outre, la détermination du prix de revente par le fournisseur peut diminuer considérablement la marge du chiffre d'affaire du concessionnaire dans certains cas²⁵³.

En revanche, il est possible pour le concédant d'établir un « prix conseillé » ou un « prix maximal » en droits français²⁵⁴ et brésilien²⁵⁵. La pratique est également reconnue par les règlements européens d'exemption (règlement CE n° 2790/1999, art. 4, a et règlement UE n° 330/2011, art. 2).

En dépit du principe de la libre concurrence en droit brésilien, dans le secteur de la distribution automobile au Brésil, l'imposition du prix de revente est licite (art. 13 de la loi Ferrari). La loi autorise au concédant de fixer le prix de revente aux concessionnaires de son réseau de distribution. Cependant, l'art. 14 détermine que, concernant la marge de commercialisation du concessionnaire, celui-ci aura son pourcentage inclus dans le prix au consommateur. Le paragraphe unique de l'art. 14 interdit au concédant de réduire le pourcentage de la marge de commercialisation, sauf dans des cas exceptionnels soumis à l'ajustement entre le producteur et son réseau de distribution.

Dans la pratique, en réalité, les concessionnaires brésiliens ont une certaine autonomie pour établir le prix de revente de véhicules. Cette pratique permet des prix concurrentiels et la concurrence intra-marque dans les réseaux. On peut aussi espérer que le prix final de revente au consommateur soit le résultat d'une concertation entre la tête du réseau et ses concessionnaires.

2- Le service après-vente

Généralement, le service après-vente est une obligation à la charge du concessionnaire dans les contrats de concession commerciale. Le concessionnaire doit s'assurer que le produit ne présente aucun danger particulier pour le consommateur.

Selon le droit français (art. 1641 et s. du Code civil) et le droit brésilien (art. 12 et s. du Code de protection du consommateur, ci-après dénommé CDC)²⁵⁶, si le consommateur achète

²⁵³ Toutefois, cette règle est contestée par la doctrine économique car certains disent que le prix imposé est un facteur d'intensification de la concurrence facilitant l'introduction d'un nouveau produit dans le marché par exemple. Sur ce point, v. M. MALAURIE –VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, *Op. cit.*, p. 136.

²⁵⁴ Cass. com., 27 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n°42.

²⁵⁵ P.-A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, *Op. cit.*, p. 171.

²⁵⁶ Ce texte réglemente les causes de la responsabilité du fait du produit et de service. L'art. 12 du CDC prévoit que : « *Le fabricant, le producteur, le constructeur, national ou étranger, et l'importateur sont obligés à réparer le consommateur ayant subi un préjudice, indépendamment de leur faute, (...)* » (notre traduction).

un produit défectueux, par exemple présentant un vice caché (*vicio redibitório*)²⁵⁷, il devrait normalement s'adresser au concessionnaire pour lui demander réparation.

Il est également admis que, lorsque la chose fait l'objet de ventes successives, la garantie légale des vices cachés se transmet avec la chose. En droit français, l'acheteur peut actionner aussi bien son vendeur (concessionnaire) que le concédant, envers lequel il dispose d'une « action directe »²⁵⁸, puisque l'un et l'autre seront tenus solidairement. De ce fait, l'acheteur a en quelque sorte une « *garantie contre tout le réseau du fabricant* »²⁵⁹ et la responsabilité engagée est de nature contractuelle.

Par ailleurs, en droit brésilien une règle similaire à celle du droit français permet également que le consommateur puisse agir directement contre le fabricant. A vrai dire, l'art. 13 du CDC prévoit que le commerçant ou distributeur est responsable dès lors que le produit présente un problème, si le producteur, le constructeur, le producteur ou l'importateur ne peut pas être trouvé par le consommateur. On voit que la règle générale est l'action directe contre le fabricant et, à défaut, le consommateur peut se retourner contre celui qui lui a vendu la chose défectueuse.

Une autre obligation à la charge du concessionnaire concerne les prestations de service après-vente et de garantie à l'égard des clients d'autres concessionnaires. Le droit français, sous l'influence du droit européen de la concurrence, respecte la liberté d'approvisionnement du consommateur auprès du concessionnaire de son choix. Le consommateur est pourtant assuré que le service après-vente et la garantie attachée au produit pourront être obtenus chez n'importe quel autre concessionnaire²⁶⁰. En des termes semblables, la loi brésilienne sur la concession de véhicules automobiles prévoit à l'art. 3, II que le concessionnaire doit assurer « *la prestation d'une assistance technique, y compris l'entretien ou la révision de véhicules* ».

²⁵⁷ Selon C. BEVILAQUA, les vices cachés constituent un défaut non apparent que l'acheteur ne peut pas déceler au moment de l'acquisition du bien. La défectuosité rend le bien impropre à son usage et, de ce fait, oblige le vendeur à fournir une garantie (*Código civil comentado*, 11^e éd., vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 214). La jurisprudence brésilienne oblige par exemple le commerçant à restituer une nouvelle voiture au consommateur, si la voiture achetée par ce dernier présente des défauts ou un problème de série sur la base de l'art. 18, §1, du CDC : (STJ, REsp. n° 195659 / SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.06.2000).

²⁵⁸ J. BAUERREIS, *Das französische Rechtsinstitut der action directe und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten*, Berlin, Dunker & Humblot, 2001. V. aussi l'article du même auteur traduit par R. R. OERTEL, « A função da ação direta contratual nas cadeias internacionais de contratos », intitulé dans la version originale le « Rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », paru dans la *RCDIP* 89 (3), p. 331-355, in *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado*, t. II, sous la coordination d'I. de A. Vieira, Curitiba, Ed. Juruá, 2011, p. 483-504.

²⁵⁹ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 1327.

²⁶⁰ Règlement (CE) n° 2790/99, art. 4-b, *préc.*

Chapitre II- La franchise

Un nouveau concept de relation contractuelle appelé « *franchising* » a vu le jour aux États-Unis²⁶¹. Cette technique contractuelle est arrivée en France et au Brésil, il y a plus de quarante ans. Le terme « franchising » a été largement utilisé dans ces deux pays. Cependant, en France, un arrêté du 29 novembre 1973 rend obligatoire l'emploi du mot « *franchisage* », même si fréquemment c'est le mot « *franchise* » qui est employé²⁶². Au Brésil, le mot ordinairement utilisé en langue portugaise est « *franquia* », encore que le mot anglais « franchising » soit couramment employé dans la pratique des affaires.

En droit français, le contrat de franchise est un contrat innommé. Tandis qu'en droit brésilien, la franchise a été réglementée par la loi n° 8.955 du 15 décembre 1994 sur la franchise d'entreprises dite « *Lei da Franquia Empresarial* »²⁶³. Le contrat de franchise (*contrato de franquia*) impose des règles relatives à la formation et l'exécution du contrat au franchiseur et au franchisé, dès lors que le contrat est exécuté au Brésil²⁶⁴.

Dans le cadre de l'étude comparée en droits français et brésilien de la franchise, nous allons procéder de la même manière que pour le contrat de concession commerciale. D'abord nous allons nous pencher sur le régime juridique de la franchise (**Section 1**). Notre analyse permettra de montrer davantage que le contrat de franchise est marqué par une plus forte intégration entre le franchiseur et le franchisé, en raison, d'une part, de certaines caractéristiques essentielles liées au contrat (**Section 2**) et, d'autre part, de nombreuses obligations contractuelles qui lient les parties (**Section 3**).

Section 1- Le régime juridique du contrat de franchise

Bien que d'innombrables formes de franchise soient apparues dans la pratique commerciale au fil des années, mettant en évidence certaines obligations plus que d'autres, telles que la franchise de distribution, de comptoir, industrielle, artisanale et financière²⁶⁵ ;

²⁶¹ O. GAST, « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *RTD com.* 1982, n° 35, p. 225-239.

²⁶² Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003, p. 1. Pour un aperçu de l'évolution de la franchise en France, v. *Le contrat-cadre, 2- La distribution*, sous la dir. de A. SAYAG, Litec, 1995, p. 202 et s.

²⁶³ L'intégralité de la « *Lei de Franquia Empresarial* » traduite en français se trouve à l'annexe II.

²⁶⁴ Depuis l'adoption de la loi sur la franchise au Brésil, les questions liées à la formation et à l'exécution du contrat sont réglementées. Toutefois, les questions relatives à l'extinction du contrat ne sont pas traitées par ce texte. A défaut de législation spécifique, le régime de cessation du contrat de franchise entre dans le champ d'application des règles du droit des obligations, v. S. S. VENOSA, *Direito Civil. Contratos em Espécie*, vol. 3, 3e éd., São Paulo, Atlas, 2003, p. 593 et s.

²⁶⁵ Pour l'ensemble des contrats de franchise, v. C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, Litec, 2011.

elles s'insèrent dans un cadre général qui permet l'exploitation des droits de propriété intellectuelle ou industrielle.

En effet, le contrat de franchise est un concept issu de la pratique qui s'est développée en France grâce à une jurisprudence favorable née en Europe (§1), dont le contenu a forgé le modèle contractuel actuel au Brésil (§2).

§ 1- La consécration de la franchise dans l'arrêt Pronuptia

L'apparition d'une nouvelle technique contractuelle nommée « contrat de franchise » a été consacrée dans l'arrêt *Pronuptia* du 17 décembre 1986²⁶⁶. La CJCE a adopté une attitude résolument favorable aux contrats de franchise, dont elle a souligné les avantages en ces termes : « *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. (...). 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* ».

Cette arrêt permet de mettre en évidence deux caractéristiques du contrat de franchise. En premier lieu, la Cour a estimé que le franchiseur devait pouvoir communiquer aux franchisés son savoir-faire et leur apporter l'assistance voulue pour qu'ils soient en mesure d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à des concurrents. La Cour a jugé que les clauses qui étaient indispensables pour prévenir ce risque ne constituaient pas des restrictions à la concurrence au sens de l'art. 85, § 1 du traité instituant la communauté économique européenne (CE). En deuxième lieu, la Cour a considéré que le franchiseur devait pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui sont symbolisées par l'enseigne. Les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions à la concurrence au sens de l'art. 85, § 1 du traité CE (alors applicable).

En revanche, la Cour a refusé de considérer comme indispensables au fonctionnement des contrats de franchise les clauses qui réalisent un partage des marchés entre franchiseur et franchisés, ainsi que les clauses qui empêchent ceux-ci de se livrer à une concurrence de prix

²⁶⁶ CJCE 28 janv. 1986, aff. n° 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Rec. CJCE. p. 353.

entre eux. Ces clauses étaient donc contraires à l'art. 85, § 1 du traité CE. Cela étant, il n'existait pas, au moment où la CJCE a rendu l'arrêt *Pronuptia*, de règlement d'exemption collective qui aurait déclaré l'art. 85, § 1 du traité CE inapplicable aux clauses anticoncurrentielles contenues dans les contrats de franchise. L'apport de cette décision a été déterminant puisque la Commission européenne a décidé de légiférer en droit de la concurrence sur cette modalité contractuelle. De ce fait, plusieurs règlements ont été adoptés à la suite de cette décision²⁶⁷. Mais seul le règlement n° 4087/88 proposait une définition de franchise comme étant « l'ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente des produits ou la prestation de services à des utilisateurs finaux ». Ce texte a été remplacé par un règlement unique (règlement (CE) n° 2790/1999) concernant l'application de l'art. 81, §3 du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées²⁶⁸.

Le règlement (CE) n° 2790/99 a seulement traité le contrat de franchise du point de vue du droit de la concurrence sans définir le contrat de franchise. Il concerne l'application de l'art. 81, §3, du Traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, sans établir un cadre juridique complet. Ce règlement a néanmoins étendu le bénéfice de l'exemption aux contrats de franchise industrielle (fabrication) à l'art. 2. Désormais, le contrat de franchise est assujéti au règlement (UE) n° 330 du 20 avril 2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, §3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées²⁶⁹.

Il est important de noter que le précédent prétorien issu de l'arrêt *Pronuptia* n'est pas passé inaperçu auprès de la doctrine brésilienne qui, sans doute, présentait une nouvelle formule contractuelle dans le monde d'affaires²⁷⁰. Quelques années plus tard, le législateur

²⁶⁷ Le premier texte adopté fut le règlement n° 1983/83 qui a consacré l'effet bénéfique des accords de franchise, concernant l'exemption de catégorie à certains accords de distribution exclusive. Le deuxième a été le règlement n° 1984/83 concernant l'exemption de certaines catégories d'accords d'achat exclusif et le règlement (CE) n° 4087/88 concernant l'exemption à certaines catégories d'accords de franchise. Disponible sur : http://europa.eu/legislation_summaries/other/126060_fr.htm.

²⁶⁸ JOCE du 29 décembre 1999, n° L 336/21.

²⁶⁹ JOUE n° L 102 du 23/04/2010.

²⁷⁰ P. B. CASELLA, « O fenômeno da franquia da regulamentação comunitária à prática brasileira », *Rev. Inf. Leg.*, ano 26, n° 103, jul./set. 1989, p. 341-356. A partir d'une analyse comparative de la jurisprudence et de la législation communautaire sur le contrat de franchise, l'auteur suscite la nécessité d'une systématisation du contrat de franchise au Brésil, en attirant l'attention sur les avantages et les inconvénients d'une telle réglementation dans l'ordre juridique brésilien. V. également l'étude comparative entre les droits français et espagnol : O. B. DIAZ, *Franchising in European Contract Law*, Sellier, 2007.

brésilien a adopté la loi n° 8.955 du 15 décembre 1994 sur la franchise d'entreprises dite « *Lei da Franquia Empresarial* ».

En revanche, en France, le contrat de franchise présente la caractéristique d'être peu règlementé en droit positif. En effet, il n'existe pas de statut particulier comme en droit brésilien. Nous verrons que le régime juridique de la franchise relève d'une part, du droit commun des contrats et d'autre part, du droit interne et européen de la concurrence. Mais, il existe également des instruments élaborés par des organisations, telles que la Fédération française de la franchise qui a élaboré un Code de déontologie, la Chambre de commerce international de Paris qui a préparé un « *contrat modèle ICC de franchise internationale* », une norme AFNOR a été publiée en 1987²⁷¹, le guide Unidroit sur les accords internationaux de franchise principale (2000), la loi type de divulgation d'informations en matière de franchise élaborée par Unidroit en 2002²⁷² et le Code européen de la franchise²⁷³. Ces sources sont non contraignantes, sauf si les parties choisissent de les utiliser dans leur contrat.

Il faut noter enfin qu'aussi bien en droit français qu'en droit brésilien, le contrat de franchise se trouve au carrefour du droit des contrats et du droit de la concurrence²⁷⁴, ce qui nécessite une analyse de la structure du contrat.

§ 2- La structure du contrat de franchise

Le contrat de franchise en droits français et brésilien est une convention synallagmatique bilatérale²⁷⁵ et onéreuse²⁷⁶. Le franchiseur transmet son savoir-faire et permet l'utilisation de sa marque, tandis que le franchisé apporte le capital, paie des redevances et s'engage à respecter les conditions de fonctionnement de la franchise définies par le franchiseur. La franchise s'insère alors dans un contexte contractuel où les parties seront amenées à collaborer étroitement pour que l'activité franchisée profite aux deux partenaires.

L'obligation de collaboration suppose d'abord que le contrat ait une certaine durée. A défaut, jamais l'objectif commun ne pourra totalement aboutir. Il s'agit également d'un

²⁷¹ Norme AFNOR Z 2000.

²⁷² Disponible sur le site internet : www.unidroit.org.

²⁷³ Disponible sur le site internet : www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/19/318.html.

²⁷⁴ En ce sens, v. spécialement, *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, in L. VOGEL (dir.), *Droit Global Law*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

²⁷⁵ En revanche, M. Didier FERRIER (« La considération juridique du réseau », *Op. cit.*, p. 97) considère que le caractère bilatéral de la franchise apparaît discutable car le franchiseur se lie généralement avec plusieurs franchisés. Le réseau est donc le résultat de « *l'entrelacement de relations* ».

²⁷⁶ A. SIMAO FILHO, *Franchising*, 3e éd., São Paulo, Atlas, 1998, p. 36-42.

contrat de longue durée comme la concession commerciale, puisque les parties tiendront compte à la fois du délai nécessaire pour amortir le droit d'entrée éventuel et les investissements indispensables. L'exécution de l'accord suppose que l'existence de relations fondées sur un dialogue permanent et le recours à la notion de bonne foi sera encore plus efficace afin d'équilibrer, si nécessaire, le rapport contractuel entre les parties.

La loi brésilienne sur la franchise dispose sur les modalités de formation et d'exécution du contrat de franchise. Elle prévoit que les parties peuvent conclure un avant-contrat de franchise (A), avant de conclure le contrat définitif de franchise en droits français et brésilien (B).

A- L'avant-contrat de franchise

La loi brésilienne sur la franchise, dans son art. 3, XV, prévoit que le franchiseur peut envoyer au candidat à franchiser un projet de contrat principal ou « avant-contrat de franchise » (*pré-contrato-padrão*), accompagné des documents indiquant le délai de validité de la proposition, ainsi que toutes les informations indispensables sur l'activité objet du contrat.

En droit des obligations brésilien, le régime appliqué à l'avant-contrat se trouve aux art. 462 à 466 du NCCB. L'art. 462 prévoit que l'avant-contrat doit comporter les mêmes dispositions requises par le contrat à conclure²⁷⁷, exception faite de sa forme. Si l'avant-contrat est signé par les parties, il permet à ces derniers d'exiger la signature du contrat à conclure dans le délai fixé dans l'instrument, sauf si les parties ont prévu une clause de repentir (art. 463)²⁷⁸.

En outre, l'art. 465 du NCCB prévoit l'annulation de l'avant-contrat, si le pollicitant ne prend pas ses dispositions pour l'exécuter à travers la conclusion d'un contrat définitif. Dans ce cas, l'acceptant pourra demander des dommages et intérêts²⁷⁹. Il faut observer que la Cour suprême brésilienne a eu l'opportunité de trancher une affaire relative à la qualification juridique du contrat préliminaire et de l'accord de principe dans le cadre de la distribution des produits alimentaires²⁸⁰. La Cour a estimé que l'accord de principe est un accord préliminaire

²⁷⁷ Art. 462 : « Le contrat préliminaire, à l'exception de la forme, doit contenir toutes les caractéristiques essentielles du contrat à conclure » (notre traduction).

²⁷⁸ Art. 463 : « Une fois conclu le contrat préliminaire, conformément à la règle de l'article précédent, et pourvu qu'il n'y ait pas de clause de repentir, chacune des parties aura le droit d'exiger la conclusion du contrat définitif, en assignant à l'autre partie un délai pour qu'elle l'exécute » (notre traduction).

²⁷⁹ Art. 465 : « Si le stipulant n'exécute pas le contrat préliminaire, l'autre partie pourra le considérer comme défait et demander des dommages et intérêts » (notre traduction).

²⁸⁰ STF, REExt. n° 88.716, *Supermercados Pão de Açúcar S.A c. Distribuidora de Comestíveis « Disco » S.A.*,

par lequel les parties s'engagent à négocier un deuxième contrat sans préciser les clauses essentielles et accessoires du contrat, aussi dénommé « *punctação* »²⁸¹. *A contrario*, le contrat préliminaire doit prévoir les mêmes éléments essentiels et accessoires que le contrat définitif de franchise auquel les parties s'engagent à conclure. Dans cette affaire, la Cour a considéré qu'indépendamment du *nomen juris* de l'instrument conclu par les parties (avant-contrat ou accord préliminaire) ce qui compte est le contenu du document et, *in casu*, il ne s'agissait pas d'un avant-contrat de franchise²⁸².

Parallèlement en droit français, l'avant-contrat est considéré comme un « *véritable contrat synallagmatique dont la force obligatoire est certaine, qui pourra être invoqué en justice* »²⁸³. Ainsi, si le contrat ultérieur n'annule pas expressément ou implicitement les dispositions de l'avant-contrat, celles-ci continueront de s'imposer et de lier effectivement les parties. En pratique, cependant, l'utilisation d'un avant-contrat de franchise en France ne semblerait pas relever d'un usage commercial usuel par les praticiens.

La pratique des affaires démontre qu'il est indispensable, en revanche, de prévoir la transmission des documents précontractuels de renseignements par le franchiseur, avant la conclusion du contrat de franchise²⁸⁴.

B- Le contrat de franchise

Le contrat de franchise est le « *contrat par lequel deux personnes s'engagent, sans aliéner leur indépendance, à collaborer, l'une – le franchiseur – mettant à la disposition de l'autre – franchiseur – son enseigne, sa marque, son savoir-faire et son assistance moyennant une contrepartie financière et l'engagement de la part du franchiseur de réitérer le concept préalablement élaboré et testé par le franchiseur* »²⁸⁵.

Min. Moreira Alves, j. 14.12.1979, *RTJ*, v. 92, p. 250 et s.

²⁸¹ En français, il s'agit de la « *punctuation* » originaire d'une théorie germanique selon Ph. Le TOURNEAU (« Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges Pierre Raynard*, Dalloz, 1985, p. 349-380, spéc. p. 358).

²⁸² L'ancien art. 639 du Code de procédure civile brésilien prévoyait qu'en cas de refus d'exécution du contrat préliminaire, la partie ayant subi un préjudice quelconque pourrait demander l'exécution forcée de l'obligation. V. aussi, J. CRETELLA NETO, *Do Contrato Internacional de Franchising*, 2e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 114 et s.

²⁸³ Sur l'apparition de nouvelles techniques contractuelles en matière de contrats en l'espèce, v. Ph. Le TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Op. cit.*, p. 358. Pour une étude comparative sur la phase de pourparlers en droit français, v. P. B. CASELLA, « *Negociação e Formação de Contratos Internacionais em Direito Francês e Inglês* », *RFDUSP*, 1989/90, vol. 84/85, p. 124-171.

²⁸⁴ Sur ce point, v. nos développements sur l'obligation précontractuelle d'information, à la Section 3, *infra*.

²⁸⁵ *Le contrat-cadre, 2- La distribution*, sous la dir. de A. SAYAG, Litec, 1995, p. 214. V. aussi, C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, *Op. cit.*, p. 51: le contrat par lequel le franchiseur transmet un savoir-faire, met à disposition des signes de ralliement de la clientèle et assure une assistance au franchiseur moyennant, de sa part, une rémunération et l'engagement d'exercer l'activité envisagée.

La loi brésilienne sur la franchise définit également la franchise à l'art. 2 comme « *le système par lequel le franchiseur accorde au franchisé le droit d'utiliser sa marque ou brevet et lui impose le droit de distribution exclusive ou quasi exclusive des produits et services et, éventuellement, le droit d'utiliser sa technologie d'implantation et d'administration de l'entreprise ou du système opérationnel développés par le franchiseur, en échange d'une rémunération directe ou indirecte sans aucun lien de subordination* ».

La relation contractuelle entre franchiseur et franchisé est marquée généralement par une certaine ingérence dans l'activité du franchisé. C'est pour cela que l'activité du franchisé est souvent contrôlée par le franchiseur. N'oublions pas que le franchisé est un entrepreneur indépendant et autonome en relation au franchiseur, ce qui diffère de la franchise d'un contrat de travail²⁸⁶.

Le contrat de franchise, en droit français, s'analyse comme un « contrat-cadre » qui implique la conclusion de contrats d'application, à l'instar du contrat de concession commerciale. En revanche, en droit brésilien, la franchise est un « contrat mixte », car il présente des caractéristiques propres à d'autres contrats nommés qui, ensemble, forment une opération économique unique et complexe²⁸⁷.

Dans les deux systèmes juridiques, la franchise est qualifiée de contrat d'adhésion tel que le contrat de concession commerciale²⁸⁸, car il est fréquemment rédigé par la tête du réseau de franchise et imposé aux franchisés. Il est aussi un contrat conclu *intuitus personae*²⁸⁹, puisque le franchiseur peut refuser un candidat franchisé sans avoir à justifier des raisons qui ont motivé son refus.

²⁸⁶ Selon F. MARTINS, le contrat de franchise est une méthode de collaboration entre deux entreprises à travers laquelle le franchiseur permet au franchisé de commercialiser sa marque et ses produits, sans constituer aucun lien de subordination au niveau du droit social (*Contratos e Obrigações Comerciais*, 14e éd., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 486).

²⁸⁷ En outre, la jurisprudence brésilienne ne considère pas que le contrat de franchise puisse être qualifié de prestation de service. Dans un arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice, il a été énoncé que la nature complexe du contrat de franchise ne permettait pas de le qualifier de contrat de prestation de service, bien que l'action en justice relève d'une demande de paiement d'impôt sur la prestation de services effectués par les sociétés (STJ, REsp n° 221577/MG, 1999/0058967-0, Min. Rel. Garcia Vieira, j. 23.11.1999, DJ : 03.04.2000, p. 117, JSTJ vol. 19, p. 117). Cette décision a été confirmée en 2001, dans le STJ, REsp n° 189225/RJ, 1998/0069895-7, Min. Rel. Francisco Peçanha Martins, j. 04.09.2001, DJ : 03.06.2002, p. 169, RSTJ vol. 158, p. 167.

²⁸⁸ *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, Droit Global Law*, dir. L. Vogel, Ed. Panthéon-Assas, 2011, p. 71 ; J. CRETELLA NETO, *Do contrato internacional de franchising*, *Op. cit.*, p. 38 et s. On sait que les effets pratiques de cette classification tant en droit français, qu'en droit brésilien, sont les mêmes que pour le contrat de concession auparavant évoquées, *préc.*

²⁸⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 74 ; J. CRETELLA NETO, *Do contrato internacional de franchising*, *Op. cit.*, p. 50 et s.

Enfin, les droits français et brésilien acceptent le contrat de « master franchising ». Dans ce cas, le franchiseur confère des pouvoirs à un franchisé pour conclure des contrats de franchise à son compte (contrat de mandat), ou pour lui présenter les candidats à la franchise (contrat de courtage). Il est également admis qu'un franchiseur donne le droit à un franchisé de « franchiser » d'autres franchisés sur son territoire. Le contrat qui lie le franchisé principal à son franchiseur est une « franchise principale » et le contrat qui lie le franchisé principal à ses franchisés est une « sous-franchise »²⁹⁰. Ces techniques de franchise sont très répandues dans le commerce international car elles permettent la constitution du réseau de franchise²⁹¹.

Compte tenu de la complexité de l'opération de franchise, il sera intéressant de vérifier ses caractéristiques essentielles.

Section 2- Les caractéristiques essentielles du contrat de franchise

La franchise s'écarte du contrat de concession commerciale, dans la mesure où le franchisé dispose d'un savoir-faire et de l'assistance technique du franchiseur afin de permettre la réitération de la réussite commerciale d'une marque²⁹². En faisant la distinction entre la franchise et la concession, M. Fábio K. Comparato indique que le « *cessionnaire est un simple intermédiaire entre le concédant et la clientèle, alors que le franchisé est normalement le producteur* »²⁹³. En réalité, le contrat de franchise se caractérise par une relation intense de collaboration et d'intégration entre franchiseur et franchisé, qui s'avère supérieure à celle entre concédant et concessionnaire²⁹⁴.

Le développement de la franchise permet de conquérir rapidement un marché géographiquement étendu, d'occuper les emplacements stratégiques d'un territoire et de concentrer des ressources financières grâce à une participation limitée de chacun des franchisés. Le franchiseur peut alors conserver le contrôle de la distribution et, en même temps, valoriser la marque et fidéliser la clientèle.

²⁹⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 72.

²⁹¹ H. KENFACK, *La franchise internationale*, [thèse], Montpellier, 1996.

²⁹² A ce propos, v. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 302 ; C.- A. GHERSI, « Os modernos contratos e o direito brasileiro », in V. H. de Melo Franco (coord.), *Os negócios e o direito*, São Paulo, Maltese, 1992, p. 86. Contre la distinction entre le contrat de concession et la franchise : J. GUYENOT, *Concessionnaires et distribution des marques : la distribution intégrée*, *Op. cit.*, p. 9-11 ; R. REQUIAO, *Contratos e obrigações comerciais*, 14e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 490.

²⁹³ F. K. COMPARATO, « Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio », *RDM*, n° 18, p. 53-65.

²⁹⁴ A. BALDASSARI, *I Contratti di Distribuzione: Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*, Padova, CEDAM, 1989, p. 509 ; N. ABRAO, « A lei da franquía empresarial (n° 8.955, de 15.12.1994) », *RT/722*, vol. 84, 1995, p. 25-3.

Le contrat de franchise porte souvent sur la commercialisation de produits ou de services et sur la fabrication de produits. Mais dans chacun de ces types de franchise, une grande diversité d'accords est possible, puisqu'il s'agit d'une « *opération contractuelle complexe* »²⁹⁵. Le franchiseur doit dès lors être propriétaire des droits qu'il concède ou du moins en avoir la jouissance. Ces droits sont en effet les éléments caractéristiques du contrat de franchise²⁹⁶, permettant la réitération d'une formule de succès²⁹⁷, telles que la licence d'utilisation d'une marque (§1) et l'exploitation d'un savoir-faire (§2).

§ 1- La licence d'utilisation de marque

Comme l'indique le Doyen P. Roubier, « *le contrat de licence est un contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation* »²⁹⁸. Le contrat de licence peut se présenter comme un contrat principal ou comme partie composante d'un contrat plus vaste, comme le contrat de franchise. Certains diront, cependant, que la licence de marque n'est pas un élément caractéristique du contrat de franchise car c'est la communication du savoir-faire qui importe dans la relation contractuelle²⁹⁹. Mais en réalité la licence de marque permet l'identification du concept franchisé³⁰⁰ par des signes de ralliement à la clientèle, permettant que l'activité du franchisé soit reconnue en vertu de la notoriété de la marque qu'il exploite³⁰¹. Le franchiseur, quant à lui, doit garantir la jouissance paisible à son cocontractant de l'exploitation de l'activité pendant la durée du contrat.

L'art. 2 de la loi brésilienne sur la franchise impose une obligation au franchiseur qui consiste dans la « cession » du « *droit d'utilisation d'une marque ou brevet* » au franchisé. Bien que la loi indique qu'il s'agit d'une cession, il faut remarquer que le contrat de licence de marque confère « *une simple utilisation temporaire d'exploitation de l'objet de la*

²⁹⁵ J.-J. BURST, « Droit de la propriété industrielle et franchise », in *Mélanges Chavanne*, Litec, 1997, p. 157.

²⁹⁶ On observe que les deux caractéristiques primordiales du contrat de franchise sont la communication du savoir-faire au franchisé et l'utilisation de signes distinctifs. En ce sens, v. F. K. COMPARATO, « *Franquia e concessão de venda no Brasil : da consagração ao repúdio?* », *Op. cit.*, p. 58 et s.

²⁹⁷ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, n° 668.

²⁹⁸ P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, p. 143.

²⁹⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2003, n° 581, p. 265. En revanche, d'autres considèrent que la licence de marque est une caractéristique intrinsèque au contrat de franchise. Ainsi, le franchiseur doit autoriser l'utilisation de certains éléments du fonds de commerce, tels que le nom commercial, enseigne ou marque (cf., W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, Atlas, 2000, p. 484).

³⁰⁰ Selon le code de déontologie de la Fédération française de franchise (FFF), le « concept » se définit comme la conjonction originale de trois éléments, la « *propriété ou le droit d'usage de signes de ralliement de la clientèle : marque de fabrique, commerce ou services, enseigne sociale, nom commercial, signes et symboles, logos ; usage d'une expérience, d'un savoir-faire ; une collection de produits et/ou de services et/ou de technologies brevetées ou non* ».

³⁰¹ W. BULGARELLI, *Contratos mercantis*, *Op. cit.*, p. 484.

licence »³⁰². A ce propos, les doctrines brésilienne et française semblent converger sur le même aspect : le contrat de licence d'usage de marque ne confère pas un droit réel au licencié car il n'équivaut pas au transfert de la propriété³⁰³. En réalité, il est qualifié de contrat de location de meubles (louages de choses), pouvant être soumis aux règles générales du Code civil brésilien (art. 565 à 578)³⁰⁴ et du Code civil français (art. 1708 et ss.)³⁰⁵, compte tenu de l'inexistence d'une réglementation spécifique en la matière.

En tout état de cause, « *le franchiseur concède au franchisé l'usage d'un bien immatériel, qui se traduit par l'utilisation d'une marque d'industrie, commerce ou service* »³⁰⁶. Ces signes de ralliement de la clientèle subissent souvent une double limitation. Ainsi, le franchisé ne peut utiliser ces signes à d'autres fins que celles prévues au contrat, ni les modifier de quelque façon que ce soit. Le franchiseur, lui, se réserve souvent le droit de les changer afin de mieux s'adapter à l'évolution du marché.

En outre, le franchiseur pourra percevoir, en tant que titulaire de la marque, une redevance (ou *royalties*) périodique de la part du franchisé³⁰⁷. Ce montant est généralement calculé sur le chiffre d'affaires réalisé par le franchisé. Il faut remarquer que la rémunération perçue par le franchiseur peut se référer à l'ensemble des droits concédés au franchisé, tel que l'accès au savoir-faire. L'art. 2 de la loi brésilienne sur la franchise prévoit le versement de *royalties*. En droit français, cette pratique est également la norme³⁰⁸.

Au Brésil, une décision de la cour d'appel du District fédéral a sanctionné le franchisé qui n'avait pas versé les redevances au franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise, sous prétexte que les redevances n'étaient pas dues au franchiseur, puisque la marque n'était pas encore enregistrée auprès de l'Institut National de Propriété Intellectuelle, ci-après dénommé « INPI » au jour de la signature du contrat. Les juges ont considéré que le franchisé avait pris connaissance de la situation dans laquelle la marque se trouvait. Ainsi, la cour d'appel a appliqué l'art. 130, II de la Loi n° 9.279 du 14 mai 1996 portant sur les droits de

³⁰² En effet, l'imprécision de loi brésilienne peut nous amener à penser qu'il s'agit d'un contrat de cession, qui suppose une transmission définitive de droits. Or, cela n'est pas le cas. En ce sens, v. A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, p. 7.

³⁰³ En ce sens, v. F. ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, Op. cit., p. 164 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Op. cit., n° 581.

³⁰⁴ En ce sens, v. P. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil*, [thèse], Montpellier I, 2010, p. 52 et s.

³⁰⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Op. cit., n° 581.

³⁰⁶ N. ABRAO, « A Lei da Franquia Empresarial (n° 8.955, de 15.12.1994) », Op. cit., p. 27.

³⁰⁷ En ce sens, v. P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, Op. cit., p. 144.

³⁰⁸ Il est possible néanmoins que certains contrats de franchise ne stipulent pas de redevances. L'absence de redevance peut être compensée par une « location d'enseigne forfaitaire » ou une « redevance publicitaire ». En ce sens, v. *Le contrat-cadre, 2- La distribution*, Op. cit., p. 225 et 226.

propriété industrielle, qui dispose que le « titulaire de la marque ou le déposant est également assuré du droit de licencier son usage ». C'est pourquoi, la cour d'appel a jugé que le comportement de franchisé était de mauvaise foi et constituait un enrichissement sans cause de sa part³⁰⁹.

En raison de la confiance qu'inspirent les signes de ralliement, la clientèle s'adresse à l'établissement du franchisé comme elle l'aurait fait pour tout autre établissement utilisant ce nom, cette enseigne ou cette marque. En effet, le client suit la marque et il attend les mêmes services et des produits identiques dans toutes les unités franchisées. La bonne image de la marque constitue sa propre publicité et c'est la raison pour laquelle le franchiseur exerce un contrôle accru sur l'activité des franchisés. Une mauvaise activité peut mettre en péril le travail de plusieurs années du franchiseur, consistant à s'établir et maintenir sa place dans le marché. La confiance de la clientèle est le bien le plus précieux qui permettra la réussite de l'activité au fil des années.

§ 2- La transmission d'un savoir-faire

L'intérêt de la franchise est l'acquisition d'une formule reconnue par le public. Le franchisé profite ainsi de l'expérience d'autrui, il aura accès à un « savoir-faire », à la licence d'utilisation de la marque et à la gestion de l'activité que ses seules forces ne lui permettraient pas d'obtenir. Cet ensemble d'éléments qui forment le contrat de franchise est la plus-value spécifique à la franchise³¹⁰.

Il sera donc opportun, dans le cadre de notre étude, d'analyser à partir des droits brésilien et français le transfert du savoir-faire en tant qu'élément constitutif et spécifique du contrat de franchise. De ce fait, nous allons d'abord examiner la notion de savoir-faire (A) puis la portée du savoir-faire au regard du contrat de franchise (B).

A- La notion de savoir-faire

Pour qu'un contrat puisse être qualifié de contrat de franchise, il est indispensable que le franchiseur dispose d'un savoir-faire qui lui soit propre³¹¹, c'est-à-dire d'un « ensemble de

³⁰⁹ TJDF, Ap. civ. n° 1.23311-9/98, Des. Nivio Gonçalves, j. 23.08.1999.

³¹⁰ N. SILVEIRA, « O contrato de franchise e a transferência de tecnologia », *RDM*, 1989, n° 74, p. 23-29, spéc. p. 24 et s. Cet auteur explique que la formule du succès est une espèce de plus-value, appelée en droit brésilien « aviamento », qui consiste dans l'ensemble d'éléments incorporels du fond de commerce qui ajoute une valeur unique à l'activité du franchiseur.

³¹¹ Le terme savoir-faire est également appelé en langue anglaise *know-how*. Néanmoins, la loi brésilienne sur la franchise utilise le terme « secret d'industrie » selon l'art. 3, XIV, a, de la Loi n° 8.955/94. Sur ce point, v.

connaissances techniques, de procédés commerciaux acquis ou approuvés dans sa propre entreprise et constituant des « recettes » pour la réussite du franchisé»³¹². Le savoir-faire peut être défini comme étant un « *ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à payer une certaine somme* »³¹³.

Ainsi, le caractère essentiel de la transmission du savoir-faire est fréquemment évoqué dans les accords de franchise puisque sa mise en œuvre doit entraîner la réussite des franchisés³¹⁴. Cette communication permet, de ce fait, de distinguer la franchise d'autres conventions, notamment la licence de marque ou la concession commerciale³¹⁵. Il s'agit alors d'un aspect qui met en évidence l'une des caractéristiques uniques du contrat de franchise à l'égard d'autres formules contractuelles³¹⁶.

Le droit européen avait déjà énoncé, depuis quelques années, une définition de savoir-faire dans un règlement d'exemption spécifique aux accords de franchise (règlement (CE) n° 4087/88 du 30 novembre 1988, art. 1^{er}, §2), selon lequel le savoir-faire consistait en « *l'ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié* »³¹⁷. En ce sens, le règlement (CE) n° 2790/1999 sur les accords verticaux à l'art. 1^{er}, f, a repris la notion de savoir-faire du texte précédent³¹⁸. De même, le nouveau règlement (UE) n° 330/2010 du 20

spécialement D. ZAITZ, *Direito e Know-how*, Curitiba, Juruá, 2005 ; P. Del NERO, *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011.

³¹² R. SAINT-ALARY, « Franchising (contrat de franchise) », *Rep. dr. com. Dalloz*, t. IV, n°7, p. 1 ; D. LEGEAIS, « La franchise », *JCP N* 1992-I, p. 221.

³¹³ J. MOUSSERON, *Traité des Brevets*, Litec, 1984, n° 12. L'objet du contrat de know-how est constitué de créations techniques, telles que les brevets, les modèles d'utilité, des découvertes scientifiques, ainsi que par la pratique manuelle d'une activité de production. Il peut être alors défini comme une connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et « non breveté », dont l'élément essentiel du know-how est le « secret ». Sur la question, v. aussi J. M. de L. ASSAFIM, *A transferência de tecnologia no Brasil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 203 et s.

³¹⁴ CA Paris, 24 janv. 1975, *PIBD* 1975, 3, p. 323 ; V. aussi D. FERRIER, « Accords de distribution », *Rep. dr. com. Dalloz*, 2005, p. 20.

³¹⁵ CA Colmar, 9 juin 1982, *Cah. dr. de l'ent.* 1982, n°5/6, p. 20, n. J.-M. Mousseron.

³¹⁶ Sur ce point v. R. REQUIAO, « Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas », *RT/513*, p. 41 ; H. BENSOUSSAN, *Le droit de la franchise*, [thèse], Rennes, 1997, p. 121.

³¹⁷ Ce texte précisait encore que par « secret », on devait comprendre « *le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible; cette notion ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur* ». Sur ce point, v. Ph. BESSIS, *Le contrat de franchise – notions actuelles et apport au droit européen*, Montchrestien, 1986.

³¹⁸ Selon ce texte, le savoir-faire doit être : « (i) secret – il ne doit pas être généralement connu ou facilement accessible, ce qui ne signifie pas que chacun de ses composants soit totalement inconnu ou impossible à obtenir (art.1.3. g) ; (ii) substantiel – il doit être utile pour le franchisé – il doit améliorer sa position commerciale (art.1.3. j) ; (iii) identifié – il doit être décrit de façon suffisante pour que l'on puisse vérifier l'existence des deux premiers caracteres (art.1.3.i) ».

avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, §3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, a réaffirmé les définitions précédentes.

En droit brésilien, par ailleurs, la loi sur la franchise ne propose pas de définition de savoir-faire. Dans la pratique, le savoir-faire est considéré comme un élément immatériel et intellectuel qui fait partie du fond de commerce³¹⁹. Le savoir-faire est transmis, dans le contrat de franchise, afin de réitérer une activité industrielle ou commerciale ayant obtenu un succès auprès de la clientèle. L'existence d'un savoir-faire « *original, spécifique et évolutif* »³²⁰ développé et perfectionné constamment par le franchiseur ouvre la possibilité aux individus de se lancer dans une activité, sans déployer de lourds investissements, par exemple, en recherche³²¹.

En réalité, le savoir-faire peut ainsi comprendre une information technique industrielle ou commerciale, en allant même plus loin dès lors que le savoir-faire se retrouve rattaché à d'autres domaines, tels que les domaines promotionnel, publicitaire, administratif, financier, de formation du personnel et de gestion en général³²².

Il faut dire également que, dans la majorité des cas, la transmission d'un savoir-faire se réalise verbalement ou sur la simple remise d'un document qui peut recevoir diverses appellations : manuel, carnet d'instructions, guide des opérations, cahier technique. Le terme « *bible* » est même parfois utilisé³²³. Cela veut dire que le savoir-faire revêt en quelque sorte une forme physique ou corporelle pour qu'il puisse être transféré et exploité par le franchisé. Cette communication peut être précédée d'un ou plusieurs stages de formation mis en place par le franchiseur afin d'assurer l'usage du savoir-faire³²⁴.

³¹⁹ En ce sens, v. P. E. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil*, *Op. cit.*, p. 94 et s. : l'auteur explique que certaines imprécisions et l'absence d'une définition de savoir-faire dans la loi brésilienne sur la franchise est le réflexe de la nature mixte du contrat de franchise, ainsi que « *l'effet prétendu dans un système qui admet les contrats innommés* ».

³²⁰ V. J.-M. LELOUP, *La franchise. Droit et pratique*, 3e éd., Delmas, 2000, p. 13 et s. Par ailleurs, un autre arrêt de la cour d'appel de Paris a précisé que l'originalité requise pour la constitution du savoir-faire ne doit pas nécessairement se rapporter à tous les éléments transmis par le franchiseur au franchisé, CA Paris, 22 sept. 1992, *D.* 1995, somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

³²¹ P. E. AMARAL, « Savoir-faire e franquia sob a otica do direito francês », *RTDC*, 2007, vol. 32, p. 195-207.

³²² En ce sens, v. P. E. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil*, *Op. cit.*, p. 71 et s.

³²³ P. B. CASELLA, « O fenômeno da franquia da regulamentação comunitária à prática brasileira », *Op. cit.*, spécialement p. 350 et s.

³²⁴ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 1333.

B- La portée du savoir-faire

La portée du savoir-faire est étroitement liée à sa valeur économique dans le cadre de la réitération du contrat de franchise. C'est pour cela qu'on peut dire que le savoir-faire « *nourrit la franchise* »³²⁵ car il apporte un « *avantage concurrentiel* »³²⁶. Grâce au savoir-faire, la continuité nécessaire pour qu'une activité puisse réussir dans le temps est assurée. C'est pour cela que le savoir-faire doit être obligatoirement transmis au franchisé dès la signature du contrat.

Dans ce sens, l'arrêt *Pronuptia* a mis en évidence la portée du savoir-faire dans l'opération de franchise, de sorte à le distinguer d'un contrat de concession commerciale. La décision énonce dans le point 15, que « *plutôt qu'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances* »³²⁷. De même, les lignes directrices qui accompagnent le nouveau règlement (UE) n° 330/2010 disposent dans le point 189 que « *les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatives notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services* »³²⁸. Il ressort donc de ces textes que le savoir-faire est le résultat de l'expérience du franchiseur.

La portée du savoir-faire est clairement d'ordre économique en droits français et brésilien. C'est pourquoi le franchisé pourra demander la nullité du contrat, si le transfert du savoir-faire ne s'effectue pas. En outre, les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis pour justifier de la réalité du savoir-faire³²⁹. Ainsi, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris³³⁰ précise, s'agissant d'une franchise de services, que le savoir-faire résulte de la capacité pour le franchiseur à mettre en œuvre un concept spécifique, ce qui établit la remise au franchisé des éléments techniques permettant d'agencer le magasin et d'exercer l'activité de vente de chaussures de sport selon le concept développé par le franchiseur.

Il sera donc nécessaire d'analyser au cas par cas l'existence ou non du savoir-faire. Dans la franchise de service, il est parfois plus difficile d'appréhender le savoir-faire que dans le cas de la franchise de distribution où les produits sont aisément identifiables. En tout état de

³²⁵ En ce sens, v. P. E. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil*, *Op. cit.*, p. 96.

³²⁶ C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, *Op. cit.*, p. 63.

³²⁷ CJCE, 28 janv. 1986, aff. n° 161/84, *Op. cit.*, p. 353.

³²⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *préc.*

³²⁹ Cass. com., 9 oct. 1990, *RJDA* 1/1991, n° 19 : nullité pour absence de cause, faute de savoir-faire.

³³⁰ CA Paris, 17 janv., 1992, *D. inf. rap.* p.101.

cause, nous considérons que c'est « *la transmission d'un savoir-faire qui singularise le contrat de franchise d'autres contrats de distribution* »³³¹.

Section 3- Les principales obligations des parties

Les franchisés se regroupent fréquemment en associations pour défendre leurs intérêts et négocier de façon collective avec leur franchiseur. Bien que le contrat de franchise s'annonce un contrat de collaboration, animé par un intérêt commun des parties, il est incontestable que le franchiseur maître du savoir-faire, titulaire de l'enseigne et de la marque commande les opérations de son réseau³³². Quoiqu'il en soit, le contrat de franchise est marqué également par une étroite collaboration entre les parties³³³. C'est pourquoi, ces relations contractuelles reposent nécessairement sur une obligation d'exécuter le contrat de bonne foi en droits positifs français et brésilien.

Le franchisé conserve son indépendance, cependant il bénéficie du pouvoir d'attraction qui s'attache à une marque ou à une enseigne connues. Le franchiseur, pour sa part, a bien évidemment droit à une contrepartie. Il peut créer un grand réseau commercial, permettre à d'autres personnes d'exploiter une activité notoirement reconnue par la clientèle et juguler les réactions de la concurrence.

Nous pouvons dire que le contrat de franchise implique une collaboration entre des parties qui conservent leur indépendance juridique. Les obligations des parties avant et après la conclusion du contrat peuvent démontrer plus clairement le degré d'intégration entre elles. Nous examinerons, ci-après, les obligations du franchiseur (§1) et du franchisé (§2) en droits français et brésilien.

§ 1- Les obligations du franchiseur

Le haut niveau d'intégration et de dépendance économique du contrat de franchise peut être ressenti à travers certaines obligations imposées au franchiseur. La première se réfère à l'obligation précontractuelle d'information (A) au stade des pourparlers. Il découle ensuite de l'exécution du contrat que le franchiseur assure une assistance au franchisé (B), ainsi que l'obligation de respecter une éventuelle stipulation d'exclusivité (C).

³³¹ C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, Litec, 2011, p. 78 : « *la transmission d'un savoir-faire qui singularise le contrat de franchise d'autres contrats de distribution* ».

³³² F.-L. SIMON, « L'identification du contrat de franchise », *LPA* 2008, n° 243, n° 263.

³³³ *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, in *Droit Global Law, Op. cit.*, p. 76.

A- L'obligation précontractuelle d'information

Le franchiseur est tenu d'informer le futur franchisé de l'état actuel du développement de la franchise comme nous allons le voir, aussi bien en droit français (1) qu'en droit brésilien (2).

1- En droit français

En France, la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et industrielles et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, plus connue sous la dénomination « loi Doubin » a créé une obligation précontractuelle d'information à la charge du concédant, ainsi qu'à la charge du franchiseur³³⁴. La finalité de l'obligation précontractuelle est de prévenir l'éventuel partenaire « *des risques et avantages de telle mesure ou acte envisagé, ainsi que sur toute circonstance ayant un rôle déterminant dans la décision de contracter* »³³⁵.

De façon générale, la jurisprudence considère que toute personne qui, en contrepartie de la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, exige un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité dans le cadre d'un contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, doit remplir cette obligation d'information précontractuelle³³⁶. Si ces deux conditions sont remplies, l'art. 330-3 du C. com. s'applique. En outre, la remise d'un tel document s'impose aussi lors du renouvellement du contrat.³³⁷

Ainsi, l'obligation de renseignement impose au franchiseur de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu a été précisé par un décret d'application du 4 avril 1991³³⁸, doit préciser notamment l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat, ainsi que la clause d'exclusivité. Il s'agit là d'un minimum, que les franchiseurs peuvent évidemment compléter par des renseignements complémentaires.

³³⁴ G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1er) », *JCP E*, II, 15809, 1990, p. 7 et s; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.

³³⁵ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 333.

³³⁶ Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *JCP E* 2010, n° 15, obs. Friedel E. et Toulouse G.

³³⁷ Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14.118. V. aussi N. DISSAUX, à propos de l'importance actuelle du document d'enseignement précontractuel, (*cf.*, « Le document d'information précontractuel », *RLDA*, supplément n° 73, 2012, p. 19-22).

³³⁸ J.O. 4 avril 1991. En ce sens, v. J.-P. CLEMENT, « A propos de la date d'applicabilité de l'art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 », *JCP*, 14-15 février 1992, p. 9 et s.

En outre, le candidat franchisé doit disposer d'un délai de vingt jours au moins entre le moment où il reçoit le document d'informations et le projet de contrat, et le moment où le contrat est signé. Le temps qui lui est ainsi accordé doit lui permettre de ne s'engager qu'après une réflexion suffisante. En cas de non respect du délai prévu pour la remise de documents d'informations précontractuels et du projet de contrat, le franchiseur pourra être sanctionné. De même, si l'obligation d'information n'est pas exécutée, ou mal exécutée, le franchiseur s'expose à voir prononcer la nullité du contrat. C'est pour cela que certains demandent la requalification de licences de marque en contrat de franchise lorsque l'exécution du contrat s'accompagne également d'un transfert de savoir-faire³³⁹.

Enfin, le tribunal de commerce de Paris a rappelé que, dans la période précontractuelle, les futurs partenaires doivent démontrer une loyauté sans faille et une très grande bonne foi afin d'éviter que l'un s'engage en méconnaissance de la situation réelle et de son évolution raisonnable prévisible³⁴⁰. La loi française confère un caractère d'ordre public à l'obligation précontractuelle d'information.

2- En droit brésilien

La loi brésilienne sur la franchise prévoit à l'art. 3 que « *le franchiseur, ayant un intérêt dans l'implantation du système de franchise, devra toujours fournir à celui qui voudra devenir un franchisé un document d'information précontractuelle par écrit dans un langage clair et accessible* ». Le texte contient une liste des mentions obligatoires qui doivent figurer dans le document d'information précontractuel (*Circular de oferta de franquia - COF*) afin de permettre au franchisé de prendre sa décision en toute connaissance de cause.

Ainsi, l'art. 3 impose une liste d'informations précontractuelles à fournir au candidat, telles que : les modalités et conditions nécessaires à remplir par le candidat, la situation économique du franchiseur, le concept de franchise pour la distribution de produits ou de services et son objet respectif, la durée du contrat et d'autres informations importantes indispensables à la prise de décision du franchisé en connaissance de cause. De plus, l'art. 3, XV énonce que le franchiseur doit joindre avec le document précontractuel un modèle de contrat type définitif de franchise. Il pourra également joindre un précontrat type de franchise, avec son texte intégral et des annexes, en indiquant le délai d'expiration.

³³⁹ F.-L. SIMON, « L'identification du contrat de franchise », *Op. cit.*, p. 11. V. aussi. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

³⁴⁰ Tribunal de commerce de Paris, 5 nov. 1990 et 19 juin 1990.

Le document d'information précontractuel est une obligation à la charge du franchiseur. Cette imposition légale relative au contrat de franchise trouve son origine dans le droit nord-américain³⁴¹. La finalité du document précontractuel d'information est de prévenir les difficultés que peut soulever l'acquisition d'une franchise, sans que le franchisé ait eu, préalablement, une information complète à son sujet³⁴². Cette obligation devra prévoir la sauvegarde des intérêts des parties en cas de divergence postérieure entre elles notamment si le franchisé n'atteint pas la réussite commerciale souhaitée à travers l'exploitation d'une franchise. Il pourrait, par exemple, utiliser le document précontractuel de renseignement comme une preuve contre le franchiseur, si les informations éventuellement données n'étaient pas complètes ou même correctes.

En outre, l'art. 4, paragraphe unique détermine encore que « *le document d'information précontractuel devra être livré au candidat franchisé au moins dix jours avant la signature du contrat ou l'accord préalable de franchise, ou encore du paiement de toute taxe par le franchisé au franchiseur ou de la société ou personne liée à celle-ci* ». Le non-respect du délai mentionné par le franchiseur ouvre la possibilité au franchisé de « *demande l'annulation de l'accord et la restitution de toutes les sommes déjà versées au franchiseur ou à un tiers désigné par lui* ».

B- L'obligation d'assistance

En droit français, l'obligation d'assistance dans le contrat de franchise est un devoir du franchiseur, consistant à fournir aide et assistance au franchisé pour lui permettre d'exploiter pleinement le savoir-faire et les signes de ralliement de la clientèle³⁴³. Ainsi, le franchiseur doit fournir une assistance technique et commerciale au franchisé³⁴⁴ pendant l'implantation de la franchise, qui consiste à bien choisir les locaux de l'exploitation de l'activité, ainsi que pendant toute la durée du contrat une assistance constante concernant la manutention du niveau de production et de commercialisation, afin de garantir l'uniformité dans tout le réseau

³⁴¹ Le droit brésilien s'est inspiré du modèle existant aux Etats-Unis créé par la loi fédérale officiellement nommée *Franchising and business opportunity ventures trades regulations rules*, plus connue sous le nom de *Full Disclosure Act* du 21 octobre 1979. Le document d'information est ainsi dénommé *Uniform Franchise Offering Circular* (UFOC), ou simplement *Offering Circular* ou *Prospectus*. Sur ce point, v. M. COLTMAN, *Franchising in the U.S.* Self- Counsel Press, 2e éd., Canada, Vancouver, 1988, p. 7 ; J. CRETELLA NETO, *Manual Jurídico do Franchising*, *Op. cit.*, p. 101.

³⁴² O. GAST, « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *RTD com*, 1982, p. 225 et s.

³⁴³ D. FERRIER, « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges à l'honneur de J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 157 ; F. SERGENT, « L'obligation d'assistance du franchiseur », *LPA* 2009, n° 218, p. 5 et s.

³⁴⁴ Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, *Op. cit.*, p. 36 et 37.

franchisé. Il est important aux yeux du client que dans chaque unité franchisée, n'importe où il se trouve, il pourra rencontrer le même accueil, les mêmes services et les mêmes produits.

Une jurisprudence de la cour d'appel de Paris a énoncé que « *l'assistance donnée à son franchisé est une des obligations essentielles du franchiseur indépendamment de toute stipulation contractuelle* »³⁴⁵. L'étendue de l'assistance peut cependant avoir un effet encore plus contraignant pour le franchisé qui varie suivant les réseaux. En effet, l'assistance technique peut devenir une sorte d'ingérence licite du franchiseur sur l'activité du franchisé, puisqu'elle autorise le contrôle des livres comptables, détermine l'organisation des achats des produits, influe sur la relation entre les fournisseurs et franchisés, détermine la stratégie marketing de façon plus continue et stricte pendant toute la durée du contrat³⁴⁶.

En ce qui concerne le droit brésilien, l'art. 3, XI, b dispose que dans le document précontractuel de renseignement, le franchiseur doit indiquer quels services d'orientation seront fournis au franchisé. Il est alors important que l'assistance technique soit détaillée dans le contrat.

Il ressort qu'une véritable assistance technique de la part du franchiseur est indispensable à l'activité du franchisé³⁴⁷. Dans cette perspective, le Code européen de déontologie (art. 2.2) impose une obligation au franchiseur qui consiste à fournir au « *franchisé une formation initiale et continue d'assistance commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat* »³⁴⁸. Des nombreux contrats vont dans la direction indiquée par le Code. Ils prévoient, en plus de la transmission d'informations théoriques, des stages de formation pratique adressés soit au franchisé lui-même, soit au personnel.

Il reste, en définitif, que l'assistance technique a une fonction dans le contrat de franchise, à savoir, permettre au franchisé de bien connaître le savoir-faire dont il dispose pour réaliser son activité dans de bonnes conditions, ainsi que de « *recycler* »³⁴⁹ les services et les techniques commerciales nouvelles introduites dans le réseau de franchise.

³⁴⁵ CA Paris, 5 juil. 2006, *JurisData* n° 2006-312416.

³⁴⁶ J. CRETTELLA NETO (*Do contrato internacional de franchising, Op. cit.*, p. 63) souligne que « *l'assistance technique en tant qu'une des obligations du franchiseur envers le franchisé est beaucoup plus contraignante que le contrat d'assistance technique en dehors de ce cadre. Si elle est l'objet principal dans un réseau de franchising, le franchisé devient plus dépendant du franchiseur en raison de l'articulation développée au tour de la marque et de ses caractéristiques visuelles auprès du consommateur. Tout le réseau doit avoir une seule image, celle souhaitée par le franchiseur* ».

³⁴⁷ I. VEROUGSTRAETE, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage », in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, J.B. 1990, n° 47, p. 183.

³⁴⁸ *Préc.*

³⁴⁹ P. E. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil, Op. cit.*, p. 114.

C- L'obligation de respecter une clause d'exclusivité territoriale

L'exclusivité territoriale n'est pas de « *l'essence du franchisage, alors qu'elle l'est de la concession commerciale exclusive* »³⁵⁰. Certes, le franchisé préférerait souvent insérer une clause d'exclusivité territoriale dans le contrat, pour se protéger de la concurrence dans son propre réseau. Cependant, dans la pratique, l'exclusivité territoriale est stipulée dans un contrat de franchise si elle est nécessaire pour assurer la réussite commerciale du franchisé³⁵¹. C'est sous cette condition que la jurisprudence française a sanctionné un franchiseur pour avoir « *manqué à son obligation essentielle qui était d'assurer le respect de l'exclusivité au profit de son franchisé* »³⁵².

La clause d'exclusivité territoriale est d'interprétation stricte. Elle ne se déduit pas du seul fait que le franchiseur n'a pas fait concurrence sur la zone de chalandise pendant un certain nombre d'années. En réalité, « *aucune disposition légale ou réglementaire n'impose pareille exclusivité territoriale. Même en présence d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement* »³⁵³.

Du côté du droit brésilien, la doctrine est très claire quant à l'importance de stipuler une clause d'exclusivité territoriale dans le contrat au profit du franchisé³⁵⁴. A juste titre, un auteur explique que « *l'exclusivité territoriale se justifie dans certains cas, puisqu'elle empêchera que d'autres franchisés du même réseau s'installent dans la même zone de chalandise. Il s'agit d'une protection, en faveur du franchisé premier installé, qui permet d'optimiser la distribution, tout en évitant la saturation de certains marchés* »³⁵⁵.

L'art. 3, X de la loi n° 8.995/94 détermine que le contrat de franchise précise si la zone de chalandise réservée au franchisé est exclusive ou non car l'exclusivité territoriale ne peut pas être présumée. Dans ce sens, un arrêt a énoncé que la correspondance échangée entre franchiseur et franchisé, à propos de l'organisation de la distribution de produits dans une région donnée, ne pouvaient pas prouver l'existence d'une clause d'exclusivité³⁵⁶.

Il ressort que l'exclusivité est un élément important pour assurer l'efficacité du réseau. C'est pour cela que le contrat de franchise prévoit le plus souvent une exclusivité territoriale

³⁵⁰ D. FERRIER, *Les contrats de franchisage*, *Op. cit.*, p. 254 et s.

³⁵¹ Cass. com., 28 janv., 1980, *JCP* 1981, II, 19533, n. J. Azéma.

³⁵² Cass. com., 9 mars 1993, *D.* 1995, somm. p. 78, obs. D. Ferrier ; CA Versailles, 4 nov. 1999, *Lettre distrib.* 1999-12.

³⁵³ Cass. com. 19 nov. 2002, *D.* 2003. Somm. 2427.

³⁵⁴ F. MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, *Op. cit.*, p. 493. V. également S. de S. VENOSA, *Direito Civil – Contratos em Espécie*, 5e éd., São Paulo, Atlas, 2003, p. 330.

³⁵⁵ A. SIMAO FILHO, *Franchising – aspectos jurídicos e contratuais*, São Paulo, Atlas, 1998, p. 71.

³⁵⁶ TJRJ, Ap. civ. n° 1999.001.20111, Quarta Câmara Cível, Des. Maria Augusta Vaz, j. 29.02.2000.

au bénéfice du franchisé. Celle-ci porte non seulement sur l'usage du nom, de l'enseigne ou de la marque mais aussi – le cas échéant – sur le droit de vendre les produits fabriqués ou vendus par le franchiseur, ou encore de fournir le service, objet du contrat. En contrepartie, le franchisé s'interdit généralement d'assurer des services en dehors de cette zone géographique. Il résulte de cette obligation que le non-respect d'une clause d'exclusivité permet à la partie qui subit un préjudice de résilier le contrat.

Il faut noter, en dernier lieu, que l'exclusivité territoriale est licite au regard du droit de la concurrence si elle ne conduit pas à un verrouillage du marché en droits français et brésilien.

§ 2- Les obligations du franchisé

L'efficacité d'un réseau dépend notamment de la façon dont les franchisés se présentent au public. Si l'apparence extérieure est uniforme, la franchise sera bien identifiée et les signes de ralliement de la clientèle exerceront pleinement leur pouvoir attractif. Un tel résultat suppose d'abord que le franchiseur définisse une conception d'ensemble et qu'il affine son idée jusqu'au moindre détail : choix des locaux ouverts au public, aménagement intérieur et extérieur et décoration en général, définition des produits ou des services offerts, présentation générale des marchandises et de leurs emballages, uniforme porté par le personnel, définition du rôle de chacun, mode de publicité, etc.

Toutefois l'objectif ne peut être atteint que si le franchiseur a pour ses partenaires le respect complet de chacune des normes qu'il a mises au point, et s'il leur interdit l'ajout d'éléments qui mettraient en péril l'uniformité recherchée. Puisque ces règles font partie intégrante du système de franchise, elles garantissent l'homogénéité et la qualité du réseau. La faculté de recourir à « *une stratégie de la répétition* »³⁵⁷ est désormais consacrée. Encore faut-il que celle-ci soit effectivement appliquée sur le terrain. A cette fin, le franchisé s'engage à assurer la transparence de son organisation vis-à-vis du franchiseur et à se soumettre à son contrôle.

Parmi plusieurs obligations qui pèsent sur le franchisé pendant l'exécution du contrat de franchise, puisqu'il est en quelque sorte l'entrepreneur qui doit réitérer la réussite

³⁵⁷ J.-M. LÉLOUP, « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accord de franchise », *JCP E*, 1989, II, p. 15455.

commerciale d'une formule ayant généralement une réputation³⁵⁸, nous allons évoquer les devoirs pécuniaires du franchisé (A) et l'approvisionnement au bénéfice du franchiseur (B).

A- Le droit d'entrée et les redevances périodiques dans le contrat de franchise

En droit français, le contrat de franchise oblige le franchisé à s'acquitter d'un droit d'entrée afin de payer l'accès à la marque, l'accès au savoir-faire à travers la formation initiale, le soutien à l'aménagement du local, l'assistance au démarrage de l'activité. Le droit de redevances (*royalties*) périodiques paie le droit d'utiliser le savoir-faire et la marque du franchiseur, ainsi que l'assistance technique continue et l'innovation indispensable au concept. Il est souvent calculé soit sur le chiffre d'affaires réalisé, soit à partir d'un montant minimum fixé par le franchiseur.

Dans cette même optique, la loi brésilienne sur la franchise à l'art. 3, VII dispose que le document précontractuel d'information doit préciser si le franchisé est tenu de payer un droit d'entrée. Il en est de même pour le paiement des redevances au titre d'utilisation du concept franchisé selon l'art. 3, VIII, a).

Le contrat de franchise doit alors bien préciser qu'il s'agit de l'assistance technique et non du service technique en droit brésilien. Cette différence pèse vis-à-vis du droit fiscal brésilien, comme le souligne M. Pedro E. Amaral, puisque le service technique est une prestation de service fiscalement imposée³⁵⁹. En revanche, les « *royalties* » perçues par le franchiseur en raison de l'assistance technique ne sont pas soumises à une fiscalité à part.

B- L'approvisionnement au bénéfice du franchiseur

Parmi toutes les obligations du franchisé, celle relative à l'achat de produits qui seront commercialisés dans le cadre d'une franchise de distribution en droit français (1) et en droit brésilien (2) mérite une attention spéciale.

1- En droit français

Le franchisé peut supporter « *l'obligation de ne vendre ou n'utiliser pour l'exécution des prestations que des produits fournis ou référencés par le franchiseur* »³⁶⁰. Le cas échéant, le franchisé pourra engager sa responsabilité pénale, sur le fondement des art. 422 et 422-1 du Code pénal français, en commercialisant d'autres produits sous la marque du franchiseur

³⁵⁸ Pour un aperçu de l'ensemble des devoirs qui retombent sur le franchisé, v. spécialement, Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, *Op. cit.*, p. 38 et s.

³⁵⁹ P. E. AMARAL, *Le contrat de franchise au Brésil*, *Op. cit.*, p. 113.

³⁶⁰ D. FERRIER, *Op. cit.*, p. 384.

substitués aux siens³⁶¹. Cette exclusivité d'approvisionnement se justifie aux fins de maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau³⁶², mais elle n'est pas considérée avec faveur par le droit de la concurrence³⁶³. En effet, une clause d'approvisionnement exclusif est, par définition, anticoncurrentielle et constitutive d'une entente verticale³⁶⁴.

En réalité, l'atteinte à la concurrence est supportée dans la mesure où elle apporte sa contribution au progrès pour les entreprises et les utilisateurs. L'Autorité de la concurrence en France avait énoncé que le franchisé pouvait s'approvisionner auprès d'un fournisseur de son choix, dès lors que les matériels ou équipements pouvaient « être décrits par des caractéristiques objectives »³⁶⁵. En ce sens, la Commission européenne a validé des clauses d'approvisionnement exclusif insérées dans les franchises de distribution dans le domaine des robes de mariées³⁶⁶ et des chaussures³⁶⁷. Cette jurisprudence a été étendue aux franchises de services puisque l'utilisation des produits désignés contribue au bon fonctionnement de l'entreprise. En revanche, dans l'arrêt *ServiceMaster*, une clause d'approvisionnement exclusif portant sur des produits de nettoyage a été invalidée du fait de la possibilité de déterminer des critères objectifs auxquels les produits achetés devaient se conformer³⁶⁸.

Quelques décisions rendues par le Conseil de la concurrence français portant sur des franchises de salons de coiffure ont jugé les clauses d'approvisionnement exclusif licites dès lors que la mise en œuvre du savoir-faire implique l'utilisation des produits agréés par le franchiseur. C'était le cas d'un franchiseur qui a obligé ses franchisés à utiliser uniquement les produits agréés par lui³⁶⁹ et, d'un autre qui a imposé l'utilisation de produits de sa propre marque³⁷⁰.

³⁶¹ Cass. crim. 30 sept. 1992, n° pourvoi 91-86667, *BID* 1993-3, p. 13. En l'espèce, la cour a condamné le franchisé pour délit de substitution de produits.

³⁶² Dans ce cas, la Commission européenne considère qu'une telle clause ne relève pas de l'art. 101, §1^{er} TFUE.

³⁶³ V. règlement (CE) n° 4087/88 arts. 2 et 3-1-b et les lignes directrices du 19.05.2010, points 24 à 46 et 189 à 191, *préc.* : en matière de restriction verticale dans les accords de distribution.

³⁶⁴ Nous rappelons que l'application du droit européen de la concurrence pourrait intervenir dès lors que l'accord est susceptible d'affecter le marché entre les États membres.

³⁶⁵ V. Cons. conc. décision n° 99-D-49, du 6 juil. 1999, *Yves Rocher*. Disponible sur le site internet à l'adresse: www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/99d49.pdf.

³⁶⁶ Décision de la Commission n° 87/17/CEE, du 17 décembre 1986, *Pronuptia*, *JOCE* n° L 13 du 15 janvier 1987, p. 39, point 25, ii).

³⁶⁷ Décision de la Commission n° 89/94, du 2 décembre 1988, *Charles Jourdan*, *JOCE* n° 35 du 7 février 1989, p. 31, point 28.

³⁶⁸ Décision de la Commission n° 88/604, du 14 novembre 1988, *ServiceMaster*, *JOCE* n° L 332, du 3 décembre 1988, p. 38-42.

³⁶⁹ V. Cons. conc., décision n° 94-D-32, du 24 mai 1994, *Jean-Louis David Diffusion*. Disponible sur le site internet à l'adresse: www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/94d32.pdf.

³⁷⁰ V. Cons. conc., décision n° 94-D-31, du 24 mai 1994, *Jacques Dessange*. Disponible sur le site internet à l'adresse: www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/94d31.pdf.

Par ailleurs, le nouveau règlement d'exemption des accords verticaux (UE) n° 330 du 23 avril 2010 prévoit à l'art. 5, 1, a) que l'exemption prévue à l'art. 2 ne s'applique pas à « toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans », si elle n'est pas nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau de franchise³⁷¹. De ce fait, le bénéfice de l'exemption serait perdu, mais pour la seule clause d'exclusivité.

En droit interne français, la validité des clauses d'approvisionnement exclusif dépend de la durée de l'exclusivité et de sa nécessité pour la protection du réseau. La durée se limite à dix ans selon l'art. L. 330-1 du C. com. Le dépassement éventuel de cette limite ne remet pas en cause la validité du contrat, mais seulement la durée de la clause d'exclusivité³⁷². A l'expiration du contrat, les parties ne pourront pas instituer une tacite reconduction du contrat avec le renouvellement automatique de la clause d'exclusivité insérée dans le contrat. Cependant, les parties peuvent convenir de signer un nouveau contrat, sans lien avec le précédent, comme l'a jugé la Cour de cassation en interprétant l'art. L. 330-2 du C. com.³⁷³.

En outre, l'art. L. 420-1, 1° et 4° du C. com. contient des dispositions qui permettent de sanctionner les effets anticoncurrentiels des clauses d'approvisionnement exclusif dans les accords de franchise. En application de ce dispositif, les juges peuvent invalider une clause d'une durée inférieure à dix ans. Dans la pratique, les juges fixent la durée de la clause à cinq ans, afin de s'aligner sur le règlement européen³⁷⁴.

2- En droit brésilien

En droit brésilien, l'art. 3, X de la loi brésilienne sur la franchise prévoit que la clause d'exclusivité d'approvisionnement doit informer de façon précise sur l'obligation du franchisé d'acheter des marchandises, des services ou des biens intermédiaires de production nécessaires à la formation, à l'exploitation ou à la gestion de sa franchise. Le franchiseur doit adresser une liste complète de fournisseurs au franchisé.

L'existence d'une clause d'approvisionnement exclusif doit être obligatoirement indiquée au préalable dans le document précontractuel de renseignement. Le franchisé pourra

³⁷¹ M. BEHAR-TOUCHAIS explique que l'interprétation de ce texte relève de l'application de la règle de raison, dans sa version restrictions accessoires, qui subsiste malgré l'arrêt Métropole Télévision, (« Les obstacles à la sortie du franchisé », *RLDA*, supplément n° 73, 2012, p. 32-44).

³⁷² Cass. com., 10 février 1998, *CCC*. 1998, n° 55, obs. 4545.

³⁷³ Cass. com., 11 mars 1981, n° 79-12.532, *Bull. civ.* IV, n° 135.

³⁷⁴ En réalité, le Conseil de la concurrence s'est inspiré du droit européen. En ce sens, v. la décision du Cons. conc., décision n° 04-D-67, du 1^{er} décembre 2004.

signer le contrat en connaissance de cause quant aux conditions d'approvisionnement auprès des fournisseurs désignés par le franchiseur. Dans ces conditions, il reste évident que le franchiseur exerce une domination sur le franchisé qui peut être justifiée en fonction du type de franchise³⁷⁵. C'est pour cela également que l'absence d'une clause spécifique prévoyant une exclusivité dans le contrat de franchise ne peut dans aucun cas être interprétée en faveur d'une des parties.

En définitif, de la même façon que le droit de la concurrence opère un contrôle sur les contrats de concession quant à la clause d'exclusivité, les contrats de franchise régis par le droit brésilien sont sous le contrôle de l'art. 173, §4° de la Constitution fédérale brésilienne (abus de position dominante), ainsi que sous le fondement de l'art. 36 de la nouvelle loi antitrust n° 12.529 du 30 novembre 2011³⁷⁶.

³⁷⁵ Au contraire, la subordination du franchisé au franchiseur quant à l'approvisionnement des produits et équipements peut constituer un acte illicite, comme conséquence directe du verrouillage du marché. En ce sens, N. T. P. CARVALHO, « Os contratos de franquia e o direito antitruste », *RABPI*, 1995, n° 14, p. 36-40.

³⁷⁶ V. *supra* *préc.*

Conclusion Titre Premier

En dépit des ressemblances entre le contrat de concession commerciale et le contrat de franchise, ces techniques contractuelles sont distinctes en droits français et brésilien.

En droit français, les contrats de concession et de franchise sont qualifiés de contrat-cadres de distribution qui prévoient la conclusion de contrats d'application, c'est-à-dire des contrats de vente qui se succèdent dans le temps, permettant au distributeur d'accéder à la marchandise pour la revendre. Il y a pourtant deux types de contrats indépendants, avec des régimes différents selon une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation quant à la détermination du prix.

En droit brésilien, les contrats de concession commerciale et de franchise sont qualifiés de contrats mixtes grâce à la fusion de différents types contractuels en un seul contrat. De plus, le contrat de franchise et le contrat de distribution automobile au Brésil sont réglementés de manière spécifique par la loi. En revanche, toute autre forme de concession commerciale reste un contrat innommé et est soumise aux règles générales du droit des contrats.

En réalité, au-delà des ces deux statuts spéciaux, ces contrats restent innommés en droits français et brésilien, ce qui permet une grande flexibilité contractuelle à l'égard des obligations des parties. Grâce à cette liberté contractuelle, les cocontractants peuvent stipuler la manière par laquelle les échanges se dérouleront pendant la durée du contrat.

Nous remarquons que la caractéristique essentielle du contrat de concession, en droits français et brésilien, est la stipulation d'une clause d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement, tandis que la franchise n'exige pas de clause d'exclusivité. A la différence de la concession commerciale, la franchise comporte d'autres éléments spécifiques, tels que la licence de marque et la transmission du savoir-faire.

Tant en matière de concession commerciale que de franchise, nous observons que des règles du droit de la concurrence peuvent s'appliquer car ces contrats peuvent empêcher la libre circulation des marchandises dans le marché français et brésilien. En effet, ces contrats restreignent la concurrence à cause spécialement des clauses d'exclusivité qui peuvent néanmoins être très efficaces du point de vue de la globalité de l'opération économique.

Titre deuxième : La rupture du contrat de distribution

Les contrats de distribution sont normalement faits pour durer. Les cocontractants ont intérêt au maintien durable de la relation établie dans laquelle chaque partie a un rôle différent mais tout à fait complémentaire. La relation entre concédant et concessionnaire et entre franchiseur et franchisé sera une réussite dès lors que la collaboration sera fondée sur la confiance et le respect mutuel.

Les contrats de concession commerciale et de franchise requièrent des parties un certain esprit d'équipe afin de dynamiser la distribution, notamment si elle s'exécute dans le cadre d'un réseau. En effet, c'est souvent dans ce cadre que « *la faculté de changer librement de partenaire, de toute évidence nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché sans cesse mouvante, est en effet un aspect fondamental de la liberté économique* »³⁷⁷.

La rupture du contrat de distribution est un événement qui met en évidence des sujets très épineux mais caractéristiques des relations contractuelles de longue durée : l'existence d'une éventuelle situation de dépendance économique du distributeur à l'égard du promoteur du réseau, la libre concurrence du marché, la complexité des formes de coopération et de collaboration contractuelle entre les parties.

Dans le cadre de cette étude comparative en droits français et brésilien, nous aborderons les problèmes liés aux conditions de rupture du contrat de distribution, notamment les difficultés relatives à la rupture d'un contrat de longue durée. A ce propos, il est important d'indiquer que le contentieux est fort abondant en France et au Brésil sur le sujet, ce qui corrobore l'intérêt de l'étude relative au traitement de la matière en droit interne.

Ainsi, nous allons nous intéresser aux conditions de rupture du contrat de distribution (**Chapitre 1**) avant d'envisager le fondement de la responsabilité résultant de la rupture du contrat (**Chapitre 2**).

³⁷⁷ S. PETIT, « La rupture abuive des relations commerciales », *LPA*, 2008, n° 188, p. 33. L'auteur donne sur ce thème un regard panoramique permettant de couvrir toute l'étendue de cette phase cruciale, depuis l'acte de rupture en lui-même jusqu'à la liquidation totale des rapports commerciaux en passant par le règlement judiciaire du contentieux.

Chapitre I- Les conditions de rupture du contrat de distribution

La rupture du contrat de distribution peut être la conséquence directe de la résolution du contrat ou de la résiliation unilatérale du contrat. Ces modes d'extinction du contrat sont souvent employés en tant que synonymes en droits français³⁷⁸ et brésilien³⁷⁹, ce qui cause une certaine confusion lors de leur identification.

La résolution du contrat est considérée comme « *la remise en cause de la force obligatoire du contrat même pour les obligations déjà nées* »³⁸⁰. Elle peut être la conséquence d'une inexécution partielle ou totale du contrat, d'un événement portant atteinte à l'*intuitu personae* de la volonté et, enfin, de la disparition d'un contrat auquel la convention est liée. La résolution est en effet un mode d'extinction des contrats à exécution instantanée et sa prise d'effet s'opère *ex tunc*. Inopportunément, le terme résolution est assez souvent remplacé par l'expression « *résiliation pour inexécution d'un contrat successif* »³⁸¹.

En réalité, la « résiliation unilatérale du contrat » s'agit bien d'une cause d'extinction du rapport contractuel. Mais elle a une nature et une fonction foncièrement différentes de la résolution, malgré la confusion terminologique qui dérive parfois d'une utilisation presque interchangeable des deux notions. La résiliation unilatérale désigne la remise en cause d'un contrat successif dont les effets sont couramment *ex nunc*, c'est-à-dire l'acte va mettre fin au contrat uniquement pour l'avenir par la volonté de l'une des parties, le plus souvent après l'expiration d'un délai de préavis, et surtout en laissant subsister les obligations nées du contrat au moment de l'acte de résiliation, et non encore exécutées³⁸².

En droit français, le terme fréquemment utilisé pour se référer à la « résiliation unilatérale » du contrat de distribution est la notion de « rupture » du contrat. La doctrine brésilienne préfère plutôt parler de « dénonciation unilatérale » du contrat³⁸³. Quoi qu'il en

³⁷⁸ M. BÉHAR –TOUCHAIS, « Extinction du contrat, les causes », *J.-Cl.*, fasc. 175, 2, 1998, p. 1-54.

³⁷⁹ O. GOMES, *Contratos, Op. cit.*, p. 202 et s. ; RIZZARDO, *Contratos, Op. cit.*, p. 2010.

³⁸⁰ M. BÉHAR –TOUCHAIS, « Extinction du contrat, les causes », *Op. cit.*, p. 26.

³⁸¹ La résiliation unilatérale d'un contrat à exécution successive peut s'opérer suite au manquement par l'une des parties d'une obligation. Dans ce cas, il s'agira bien d'une résolution, « *tout en sachant que la résolution a un effet rétroactif plus puissant en matière de contrat instantané qu'en matière de contrat successif* », *ibidem*. V. également M.-E. PANCRAZI TIAN, « Résolution et résiliation judiciaire », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 65 et s.

³⁸² M. BÉHAR –TOUCHAIS, « Extinction du contrat, les causes », *Op. cit.*, p. 26.

³⁸³ A ce propos, v. la communication de Mme Véra M. J. de JACOB FRADERA, G. TEPEDINO et A. SCHREIBER, « La rupture du contrat », in *Le contrat*, Journées brésiliennes, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LV, SLC, 2005, p. 695-712.

soit, cette forme d'extinction du contrat met en relief le paradoxe constitué par la liberté des parties de se désengager et la pérennisation de la relation contractuelle.

Dans ce contexte, nous analyserons les conditions de rupture des contrats de concession et de franchise en droits français et brésilien. La rupture entraîne une démarche consistant à analyser si les parties sont libres de rompre le contrat (**Section 1**), avant de vérifier s'il existe une limite à cette liberté (**Section 2**).

Section 1- La liberté de rupture du contrat de distribution

Le concédant et le franchiseur sont très attentifs à la performance du réseau constitué et ceci exige un contrôle plus accru de l'activité du concessionnaire et du franchisé. Il peut éliminer les moins actifs afin de maintenir le dynamisme et la compétitivité du réseau dans le marché. La recherche d'un équilibre de ces rapports est très délicate en raison de la dépendance économique du concessionnaire et du franchisé. Par conséquent, le contentieux est abondant en matière de rupture du contrat de distribution et la jurisprudence admet assez facilement la résiliation unilatérale du contrat qui est essentiellement le fait du concédant et du franchiseur.

Le temps est également un facteur qui peut remettre en cause les principes fondamentaux des contrats, « *tels que la force obligatoire, la sécurité juridique, la liberté contractuelle* »³⁸⁴. Les enjeux économiques ont une influence sur ces principes traditionnels qui doivent se concilier avec d'autres impératifs sociaux et moraux. On peut se demander tout simplement s'il s'agit de sauver le contrat ou de le rompre car aucune relation contractuelle ne se perpétue. Il apparaît que le contrat doit pouvoir être rompu si nécessaire, puisque la liberté du cocontractant doit être préservée. Le cocontractant ne peut se voir contraint perpétuellement, ni par sa volonté initiale, ni par celle de l'autre partie. La réflexion relative à la rupture du contrat ne peut s'envisager qu'à l'aune du principe de la liberté contractuelle. C'est ce principe qui guidera d'une certaine manière les conditions de la rupture du contrat de distribution, ainsi que les précautions à prendre pour éviter tout abus³⁸⁵.

La rupture du contrat est en général le résultat d'une tension qui n'a pas pu être supportée³⁸⁶. Mais cette liberté est tempérée par l'opportunité d'une mise en demeure (si ce

³⁸⁴ V. le rapport de synthèse de C. JAUFFRET-SPINOSI, in *Le contrat*, Journées brésiliennes, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LV, SLC, 2005, p. 2-22, spéc. p.15.

³⁸⁵ C. JAUFFRET-SPINOSI, *Op. cit.*, p. 19. V. également J. MESTRE « Rupture abusive et maintien du contrat », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDCO, 2005/1, p. 99 et s.

³⁸⁶ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », in *Le contrat*, Journées brésiliennes, Travaux de l'association Henri Capitant, t. LV, SLC, 2005, p. 553-589, spéc. p. 558.

préalable n'a pas fait l'objet d'une dispense contractuelle) et par le contrôle quasi inévitable du juge. Le débiteur de l'obligation de préavis doit absolument informer le cocontractant de ses intentions. On laisse ainsi à ce dernier le temps de prendre des dispositions nécessaires pour lui permettre d'exécuter ses obligations contractuelles et, éventuellement, de se reconverter.

En outre, le contrat de distribution est une convention qui s'exécute dans le temps établissant une forme de coopération étroite entre les cocontractants. Ces contrats peuvent être conclus avec une clause qui détermine la durée de la relation contractuelle ou, tout simplement, les parties peuvent rester silencieuses sur ce point. La convention est alors dite à durée indéterminée. Il faut tenir compte de ce que le critère de la durée convenue par les cocontractants ne suffit pas à déterminer le régime de la rupture du contrat, c'est pourquoi, « *il est indispensable de vérifier la durée effective d'exécution du contrat à cet effet* »³⁸⁷.

Il conviendra donc de mettre en évidence la problématique relative à la rupture du contrat de distribution à travers l'étude de sa durée c'est-à-dire par des conventions à durée indéterminée (§ 1) puis à durée déterminée (§ 2).

§ 1- La rupture du contrat à durée indéterminée

Le principe est que le contrat à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement à tout moment en droits français et brésilien. La rupture résulte alors d'un acte par lequel une des parties manifeste sa volonté de mettre fin au contrat³⁸⁸.

Les difficultés liées à la rupture des contrats de concession et de franchise restent toujours d'actualité en droits français et brésilien. La faculté de résiliation unilatérale met en relief, d'une part, la menace constante pesant sur le rapport contractuel et, d'autre part, la précarité indésirable du contrat³⁸⁹. C'est pourquoi, les droits français et brésilien au fil des années ont mis à disposition des dispositifs légaux afin d'encadrer les circonstances de la rupture (**B**), puisque la rupture du contrat à durée indéterminée est un événement prévisible dans les systèmes juridiques français et brésilien (**A**).

³⁸⁷ D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RDCO*, 2004/1, p. 129.

³⁸⁸ J. GUYÉNOT, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 242.

³⁸⁹ J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » in *Mélanges à l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 40.

A- La prévisibilité de la rupture du contrat à durée indéterminée

Le droit français n'impose pas de règle de principe de prohibition des contrats perpétuels comme cela a été évoqué par M. Jacques Ghestin³⁹⁰. Toutefois, l'engagement à vie des cocontractants est contraire à la liberté contractuelle. En ce sens, il paraît naturel que l'une des parties puisse défaire la relation à tout instant, c'est pourquoi l'on parle « *d'un principe de prohibition des engagements perpétuels* »³⁹¹. Ce principe est appliqué aux contrats successifs à durée indéterminée et, de ce fait, à la concession commerciale et à la franchise permettant à chacun des cocontractants de résilier unilatéralement la convention³⁹². Un arrêt de la Cour de cassation a décidé qu'un contrat de bail à durée indéterminée n'est pas perpétuel³⁹³. Ce principe a été élargi et appliqué aux contrats à exécution successive à durée indéterminée au fil des années.

Il en est ainsi du droit brésilien à propos des contrats à durée indéterminée. De même, les parties ne peuvent pas perpétuer leur relation contractuelle (*ad infinitum*)³⁹⁴, comme l'illustre un arrêt de la cour d'appel de São Paulo qui s'est prononcée défavorablement sur la demande d'un concessionnaire exigeant du concédant la prorogation d'un contrat verbal et à durée indéterminée³⁹⁵. Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que le juge français ou brésilien ne saurait contraindre l'une ou l'autre des parties à poursuivre le contrat contre son gré³⁹⁶.

Cependant, la fin du contrat de concession se révèle être un moment extrêmement délicat, notamment pour le concessionnaire, puisque la rupture du contrat est généralement le fait du concédant³⁹⁷. Il en résulte que l'une des plus importantes conséquences juridiques de

³⁹⁰ J. GUESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels? », in *Mélanges offerts à Denis Tallon*, SLC, 1999, p. 251 et 261. Dans cet article, l'auteur démontre qu'il n'existe pas de prohibition en droit positif français des engagements perpétuels, ce qui existe, c'est une espèce « *d'interdiction au non de la justice contractuelle* » puisque la perpétuité menace la liberté individuelle d'agir d'une personne physique.

³⁹¹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 7e éd., Montchrestien, 1999, n° 312, p. 212 ; F. RIZZO, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.* 2000, n° 78, p. 60 et s.

³⁹² J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, p. 145 et s. L'auteur indique que le droit de rupture de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est impératif.

³⁹³ Cass. 1re civ., 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 246.

³⁹⁴ S. T. D'ALTE, « O contrato de concessão commercial », *Op. cit.*, p. 1400 et s.

³⁹⁵ TJSP, AgIn. n° 96.551-4, j. 11.11.1998, JUIS Saraiva 19.

³⁹⁶ La jurisprudence française : Cass. com. 28 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n°234; *D.* 2007.13, n. E. Chevrier dans le cadre de la distribution automobile. Deux arrêts du Tribunal supérieur de justice : Agravo Regimentar dans l'AgIn. n°. 988.736 (2007/0281820-4) qui a énoncé que le pouvoir judiciaire ne peut pas obliger les parties à poursuivre la relation contractuelle ; STJ, REsp. n° 534.105/MT, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.19.12.2003.

³⁹⁷ Le concessionnaire peut également rompre le contrat dans les mêmes conditions, sans avancer de raison. Dans la pratique, toutefois, la solution est plus rare.

« l'indépendance juridique » du concessionnaire et de sa « dépendance économique réelle » n'apparaissent qu'à la fin du contrat³⁹⁸.

La jurisprudence et la doctrine brésiliennes quant à elles sont alignées sur le principe selon lequel la résiliation unilatérale est le seul moyen de mettre fin à un contrat à durée indéterminée sans l'invocation d'un motif quelconque³⁹⁹. À défaut, la « généralisation de l'obligation de motivation dans la rupture du contrat aboutirait à un véritable renversement de principe selon lequel la résiliation unilatérale de plein droit demeure la règle et la sanction l'exception »⁴⁰⁰.

Enfin, force est de constater que le principe qui détermine la possibilité des cocontractants de rompre unilatéralement est celui de la liberté contractuelle et son corollaire : la liberté de rompre le contrat à durée indéterminée. En ce sens, le Tribunal supérieur de justice a décidé « qu'aucun lien contractuel dont la durée est indéterminée n'est éternel ». C'est d'ailleurs pour cette raison que le juge ne devrait pas imposer la continuité de la relation rompue pendant la période d'instruction de la demande au travers d'une mesure d'urgence⁴⁰¹.

En réalité, ce n'est pas la rupture de la relation commerciale qui est en elle-même sanctionnée car elle est licite. Les droits français et brésilien condamnent la rupture unilatérale abusive comme, par exemple, l'intention de nuire à son partenaire dans le seul but de profiter de la situation née de l'extinction du contrat. L'abus peut également consister dans le caractère brusque de la rupture si l'une des parties ne respecte pas un délai de préavis contractuel ou légal. Ce dernier cas de figure est l'objet d'innombrables discussions et de l'augmentation du contentieux en France et au Brésil relativement à la résiliation unilatérale des contrats de distribution. En conséquence de quoi, il conviendra maintenant d'analyser le *modus operandi* de la résiliation unilatérale des contrats de concession et de franchise.

³⁹⁸ Sauf en matière de contrats de distribution sélective, car la haute technicité du revendeur est requise pour la revente de produits du fabricant. Dans ce cas particulier, le concessionnaire occupe une position privilégiée.

³⁹⁹ O. GOMES, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 185. En ce sens, v. TJRJ, Ap. civ. n° 3.529/93, Quinta Câmara Cível, Des. Marcus Faver.

⁴⁰⁰ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, *L'apport de l'analyse économique du contrat*, *Op. cit.*, n° 502.

⁴⁰¹ STJ, Agravo Regimental dans l'Ag In. n° 988.736 – SP (2007/0281820-4), Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.09.2008, DJ 03.11.2008. En l'espèce, le concessionnaire a demandé aux juges une mesure d'urgence afin de forcer le concédant à garantir l'approvisionnement de véhicules pendant la période d'instruction de la demande. La cour a rejeté l'argument du concessionnaire qui plaidait la continuité de la relation contractuelle affirmant qu'au nom du principe de l'autonomie de la volonté, la résiliation unilatérale du contrat est légitime et, de ce fait, il manquait le *fumus boni juris* nécessaire pour obliger le concédant à poursuivre le contrat. Elle a soulevé toutefois que s'il y a eu abus lors de la rupture, la partie victime pourrait demander des dommages et intérêts à l'auteur du préjudice au visa de l'art. 24 de la Loi n° 6.729/79.

B- Les fondements de la résiliation unilatérale

La rupture d'une relation de longue durée est difficilement acceptée par le concessionnaire lorsqu'il commercialise les produits chez un seul concédant. Pour les franchisés, ce degré de dépendance est encore plus frappant compte tenu de la nature du contrat. En général, le concessionnaire et le franchisé sont contraints de réaliser de lourds investissements en équipement, publicité, main d'œuvre, formation du personnel employé dans leur activité afin de conserver l'image de la marque du fournisseur.

Il ne faut pas oublier que l'*animus* des parties lors de la signature d'un contrat à exécution successive est fondé sur la confiance mutuelle⁴⁰². Ce sentiment est d'autant plus indispensable lorsqu'il s'agit d'un contrat de concession ou de franchise dont le haut degré d'intégration, de collaboration et d'investissement sont des conditions essentielles à la réussite de la formule. Mais on peut imaginer que les années passent et d'autres enjeux peuvent venir modifier les intérêts des cocontractants indépendamment de la fixation ou non de la durée du contrat⁴⁰³. Dans ce contexte, la dénonciation du contrat peut être une solution légitime et une faculté accordée aux parties. Les contrats qui s'exécutent successivement dans le temps demandent des parties un esprit de solidarité accru au niveau de leur collaboration⁴⁰⁴, qui les animerait du début jusqu'à la fin de la relation contractuelle⁴⁰⁵.

En outre, il est important de remarquer que la résiliation unilatérale du contrat de distribution à durée indéterminée n'a pas besoin d'être motivée. En effet, un contrôle ne se justifie pas lorsqu'est en cause une prérogative légale telle que le droit de résilier unilatéralement le contrat à durée indéterminée⁴⁰⁶. Ainsi, le défaut de motivation d'une

⁴⁰² D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁰³ La simple menace de rompre est souvent une arme utilisée pour conduire une bonne renégociation du contrat. Il s'agit là d'une prérogative laissée aux cocontractants de mettre fin à leur relation de long terme par le biais d'une résiliation unilatérale du contrat.

⁴⁰⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603-634 : « des principes comme la loyauté, la confiance, la bonne foi sont les piliers de la relation contractuelle qui doit résister souvent des longues années » ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 444-472 ; G. E. NANNI, « O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade », in *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, Homenagem ao Professor Renan Lotufo, 283-321.

⁴⁰⁵ A. BENABENT, « L'indemnité du franchisé », supplément n° 73, *RLDA*, p. 47-49, spéc. p. 49.

⁴⁰⁶ En ce sens v. M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Obligation de motivation et droit des contrats », *RDCO* 2004/2, p. 555, « Du juste dosage de l'exigence de motivation dans les contrats de distribution », *RDCO* 2005/4, p. 1130, « Motivation et agrément », *RDCO* 2003/1, p. 152. Pour la motivation de la rupture, M. Denis Mazeaud indique que la motivation sert d'« instrument de contrôle du pouvoir unilatéral que détient un contractant sur le sort du lien contractuel » afin d'établir un « équilibre minimum, entre, d'une part, la liberté de principe qui doit être reconnue au concédant de changer de cocontractant, et donc de rompre unilatéralement ou de ne pas renouveler le contrat et, d'autre part, la sécurité du concessionnaire que la rupture du contrat place inéluctablement dans une situation économique et sociale pour le moins délicate » (D. MAZEAUD, « Durées et ruptures » *Op. cit.*, p. 137).

rupture des relations commerciales établies n'est pas une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, selon une jurisprudence constante en France⁴⁰⁷.

En droit brésilien, la loi sur la franchise et la loi sur la concession de véhicules automobiles ne prévoient pas d'obligation à la charge d'une des parties d'expliquer le motif de la résiliation unilatérale⁴⁰⁸. Les tribunaux brésiliens contrôlent effectivement si la preuve du préjudice résultant de la rupture a un lien de causalité avec l'acte abusif. Il est clair que souvent l'auteur de la rupture unilatérale, pour se défendre en instance, indique que le contrat a été rompu puisque son cocontractant n'a pas exécuté une des obligations contractuelles. Dans ce cas, la justification ou le motif de rupture peut être utilisé pour exempter l'auteur de payer des dommages et intérêts, voire une indemnité de départ dans certains systèmes juridiques⁴⁰⁹.

Nous avons ainsi observé que le contentieux le plus abondant en droits français et brésilien est celui relatif à la résiliation unilatérale du contrat de concession et de franchise, lorsque le concédant ou le franchiseur rompt brutalement le contrat. La rupture dite « brutale » est celle qui intervient quand l'une des parties, souvent à la charge du concédant ou du franchiseur (mais pas seulement), cesse ses activités sans prévenir suffisamment à l'avance l'autre partie par une notification écrite préalable⁴¹⁰.

Les juges doivent rechercher si la rupture est alors brutale, en regardant si le *modus operandi* adopté par le partenaire qui sort de la relation est compatible avec les exigences du droit positif français (1) et brésilien (2).

⁴⁰⁷ Cass. com., 6 janv. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n 7. – Cass. com., 30 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n 392. – Cass. com., 26 janv. 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, n 34. L'auteur de la rupture n'a donc pas à justifier des motifs de la rupture ni même des circonstances de la rupture (Cass. com., 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm. p. 323 ; Cass. com., 10 juin 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n 123). La jurisprudence va même jusqu'à considérer que « *le fait que le prétexte invoqué soit faux ne leur interdit en rien de rompre les relations commerciales ; qu'il n'est pas prétendu que les sociétés appelantes aient abusé de leur droit de rompre ces relations* » (CA Versailles, 10 juin 1999, *JCP E* 2000, n° 29, p. 1221) ; même si la rupture était dûment motivée, celle-ci ne serait pas pour autant légitime au regard de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. Pour un aperçu plus récent, v. E. DUMINY et J.-D. BRETZNER, « Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes) », *RDCO* 2011/1, p. 321 et s.

⁴⁰⁸ L. SPERB de PAOLA, « Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia », *Op. cit.*, p. 130 et s.

⁴⁰⁹ En faveur de la thèse de l'application de la loi sur l'agence commerciale, qui prévoit que le contrat peut-être résilié à la condition de présentation d'un motif, v. l'auteur portugais, A. P. MONTEIRO, « Denúncia de um contrato de concessão comercial », *Op. cit.*, p. 45. Contre, v. S. T. D'ALTE, « O contrato de concessão comercial », *Op. cit.*, p. 1427.

⁴¹⁰ Selon J. AZEMA (*La durée des contrats successifs*, *Op. cit.*, p. 161) : « *la résiliation unilatérale s'agit d'un acte réceptice* ».

1- En droit français

En droit français, la prévision légale autorisant la résiliation unilatérale se trouve à l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. Ce texte énonce « *qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice subi, le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages de commerce, par des accords interprofessionnels* ».

Il apparaît que le législateur a jugé opportun d'accompagner le mouvement initié par le droit commun des contrats, en règlementant spécifiquement la rupture des relations commerciales établies et leurs effets sur le marché de certaines pratiques restrictives⁴¹¹. Ainsi, la réforme du 1^{er} juillet 1996 a un caractère économique et elle a mis en évidence le fait que la liberté contractuelle est un aspect de la liberté économique nécessaire à l'économie de marché⁴¹². Même si pour certains cette norme a bien servi aux « *opérateurs frustrés de ne pas pouvoir contester la rupture dans son principe, se retranchant derrière le grief de rupture brutale pour réclamer une indemnité à laquelle ils ne pourraient normalement pas prétendre* »⁴¹³. On constate que l'application de la notion est très large et rien n'empêche qu'une cour d'appel par exemple interprète de façon restrictive ce texte⁴¹⁴.

Des auteurs français considèrent que l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. constitue désormais « *la règle prévalant dans le droit qui devient commun, des contrats de distribution, des contrats, voire des relations d'affaires, formule plus évocatrice que celle de relations*

⁴¹¹ L'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. dans le cadre de la recodification de 2000, a connu quelques modifications par la loi NRE du 15 mai 2001 et n° 2003-7 du 3 janvier 2003. Or, il s'avère que ce texte, au départ destiné à policer les relations difficiles entretenues entre la grande distribution et leurs fournisseurs, ce qu'on appelle les relations « producteurs distributeurs » ou « industrie commerce », a connu un succès certain dans et en dehors de ce secteur. En ce sens, v. D. MAINGUY, « Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies », *JCP A*, n° 51, 18 déc. 2003, 1792.

⁴¹² Sur ce point, v. B. FAGES et J. MESTRE, « L'empire du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD civ.* 1998, p. 71 et s ; L. IDOT, « L'impieusement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDCO* 2004/3, p. 861 et 862 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, n° 32.

⁴¹³ N. ERESEO, « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'art. L. 442-6, I, 5° C. Com. », *CCC* 2010/2, p. 57-63, spéc. p. 58. V. aussi L. LACHIEZE, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E* 2004, p. 1996 ; N. MATHEY, « La rupture de relations commerciales établies en période de crise », *CCC* 2010/3, étude 3.

⁴¹⁴ CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 déc. 2010, *SA Admea c. SAS Carrefour France*, venant aux droits de la Sté Carrefour Hypermarchés France, *CCC* 2011/2, comm. 31, N. Mathey : en l'espèce, le volume de produits électroniques était très variable d'une année sur l'autre. Cela n'excluait pas nécessairement l'existence d'une relation commerciale établie mais pouvait en réduire considérablement la portée pratique. La CA de Paris écarte l'existence d'une relation commerciale établie.

commerciales établies »⁴¹⁵. D'autres considèrent le texte comme « *une sorte de noyau dur incompréhensible* »⁴¹⁶ placé entre le droit de la concurrence et le droit des contrats.

Un premier aspect relatif à l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. tient au champ d'application du texte qui a été élargi par le biais de la notion de « relation commerciale établie » puisque, à l'origine, la réforme avait pour but de lutter contre la puissance d'achat de la grande distribution. De ce fait, une vaste jurisprudence s'est développée afin de qualifier la notion de relations commerciales. Ainsi, la Cour de cassation a récemment jugé une affaire dans laquelle elle a considéré que l'absence de contrat-cadre ou d'engagement de volume ou d'exclusivité ne suffisait pas à exclure l'existence d'une relation commerciale établie⁴¹⁷. En effet, la notion de relations commerciales établies a été introduite dans le droit français pour sanctionner les ruptures brutales en l'absence d'engagement de fourniture ou de contrat-cadre.

Dans une autre décision, la Cour de cassation a jugé que « *la qualification de relations commerciales établies au sens de l'art. L. 442-6, I, 5° C. com. 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* »⁴¹⁸. Cette décision, avec d'autres, fait ressortir que la relation commerciale établie peut recouvrir des contrats successifs distincts mais ayant un objet identique. Elle doit être suffisamment stable pour que la brutalité de la rupture puisse apparaître en contradiction avec les prévisions légitimes du partenaire⁴¹⁹. Selon la Cour de cassation, pour être considérée comme « établie », la relation commerciale⁴²⁰ doit revêtir un caractère suivi, stable et habituel de sorte que la victime de la rupture « *pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* »⁴²¹. Il en résulte qu'une relation commerciale peut s'établir inconsciemment entre les partenaires commerciaux, sans

⁴¹⁵ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et S. DESTOURS, « Chronique du Droit de la distribution », *JCP E* 2005, p. 1324, spéc. p. 1325; V. aussi S. Le GAC-PECH, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005, p. 223.

⁴¹⁶ B. FAGES et J. MESTRE, *Op. cit.*, p. 90 et s.

⁴¹⁷ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-30.679, F-D, *Sté Racer c. Sté Decathlon*, JurisData n° 2011-018092, *JCP E*, n° 47, 24 novembre 2011, p. 1835, obs. N. Mathey.

⁴¹⁸ Cass. com., 15 sept. 2009, JurisData n° 2009-049448 ; CCC. n. N. Mathey ; *D.* 2009, p. 2277, n. E. Chevrier.

⁴¹⁹ V. L.-M. AUGAGNEUR, « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », *JCP E* 2009, p. 1969. V. également Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.242, *SARL M.A.D. éditions c. SARL Michelet*, Jurisdata n° 2009-050893.

⁴²⁰ La Cour s'en tient effectivement au caractère commercial de la relation, peu importe qu'il s'agisse de la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service : Cass. com., 20 janv. 2009, pourvoi n° 07-17.556.

⁴²¹ Cass. com., 15 sept. 2009, *préc.*

qu'ils se rendent vraiment compte du « *jeu d'une habitude qui s'est spontanément instaurée* »⁴²² et qui nécessite d'être règlementée afin d'éviter une rupture abusive.

Le deuxième aspect à souligner concernant l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. consiste à relever qu'il s'agit d'une nouvelle obligation capable de ralentir les effets immédiats de la rupture unilatérale, à savoir l'octroi d'un délai de préavis de rupture. Il est clair que le texte n'interdit pas de rompre les relations commerciales, il impose seulement de le faire en observant un préavis afin d'apaiser la rupture, sans entraver la « *liberté contractuelle fondamentale qui est celle de contracter ou ne pas contracter* »⁴²³. En s'attachant à spécifier le cadre dans lequel il pourra être mis fin de manière licite au contrat de concession et de franchise, l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. impose une condition de forme à la cessation de toute relation commerciale établie⁴²⁴ et déduit la brutalité de la rupture de l'absence de préavis écrit d'une durée satisfaisante.

Nous verrons que l'analyse du délai de préavis suffisant est effectuée au cas par cas par le juge français. Mais avant de lancer le débat sur les critères d'appréciation des tribunaux, il sera nécessaire d'analyser la réglementation du droit brésilien concernant la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée.

2- En droit brésilien

La Loi n° 6.729/79 (*loi Ferrari*) sur la concession automobile prévoit la possibilité de dénonciation du contrat visée à l'art. 22, §2 de la loi Ferrari. Ce texte dispose qu'en cas de « *résiliation du contrat, les parties auront le délai nécessaire à l'achèvement de leurs relations et des opérations du concessionnaire qui ne sera jamais inférieur à 120 (cent vingts jours) jours à compter de la date de prise d'effet de la résiliation* ». Avec ce dispositif, le législateur brésilien a essayé de corriger la situation de précarité de plusieurs concessionnaires brésiliens qui se trouvaient sans protection contre une éventuelle résiliation unilatérale du contrat de la part des concédants étrangers.

Étant donné que la législation relative à la concession automobile est le seul fondement légal qui contienne des règles traitant spécifiquement de la résiliation unilatérale

⁴²² N. ERESEO, « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrences à travers l'exemple de l'art. L. 442-6, I, 5° C. Com. », *Op. cit.*, p. 59.

⁴²³ J. BEAUCHARD, « Stabilisation de relations commerciales: la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 05 janvier 1998, n° 2.

⁴²⁴ V. CA. Versailles, 17 juin 1999, *JCP E* 2000, *Cah. dr. entr.* n° 4, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.

du contrat⁴²⁵, une partie de la doctrine et la jurisprudence minoritaire ont prétendu appliquer, par analogie, la loi Ferrari à d'autres contrats de distribution innommés⁴²⁶. Toutefois, la position majoritaire défend l'impossibilité d'étendre le champ d'application d'un texte spécifique à la concession automobile⁴²⁷, ce qui est tout à fait raisonnable en raison de la nature spécifique de cette loi. En ce sens, le Tribunal supérieur de justice a eu l'occasion de se prononcer catégoriquement contre l'application par analogie de la Loi n° 6.729/79⁴²⁸. A ceci, s'ajoute une autre décision concernant la concession de vente de boisson dont la Haute juridiction brésilienne a rappelé que « *l'application de la Loi n° 6.729/79 est exclusive à la concession automobile* »⁴²⁹.

D'autre part, et en dehors du cadre spécifique de la concession automobile, le contrat à durée indéterminée de concession et de franchise est soumis aux règles du droit commun des contrats en matière de rupture du contrat. De ce fait, la dénonciation peut s'opérer dès lors que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de résiliation unilatérale. Mais si la convention ne contient aucun dispositif en ce sens, le droit à la résiliation unilatérale demeure implicite aux contrats à durée indéterminée⁴³⁰.

Néanmoins, le Code civil brésilien de 2002 a introduit un dispositif qui permet aux parties de mettre fin à leur relation de longue durée. La norme spécifique à la résiliation unilatérale est prévue à l'art. 473⁴³¹. Cette forme d'extinction de la relation contractuelle est

⁴²⁵ En effet, la loi n° 8.955/94 sur la franchise ne contient pas de règles spécifiques applicables à la résiliation unilatérale du contrat. Elle prévoit toutefois des hypothèses d'inexécution du contrat, ouvrant la possibilité à la partie ayant subi un préjudice de demander des dommages et intérêts. A ce propos, F. MARTINS (*Contratos comerciais, Op. cit.*, p. 53) explique que le législateur brésilien a pris la précaution de prévoir certaines règles afin d'empêcher que le contrôle du franchiseur sur l'activité du franchisee ne soit pas abusif.

⁴²⁶ Parmi une doctrine favorable à l'application par analogie de la loi sur la concession automobile aux contrats de concession en général, v. J. A. T. GUERREIRO, « *Aplicação analógica da Lei dos Revendedores* », *RDM*, n° 49, 1983, p. 34-38. C'est d'ailleurs la position d'une doctrine portugaise qui considère adéquat l'application du statut de l'agent commercial (Decret n° 178/86 du 3/07/86 modifié par le Decret n° 118/93 du 13/04/93 en fonction de la directive 86/653/CEE) au contrat de concession commerciale et de franchise. En ce sens, v. spécialement v. A. P. MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, 2e éd., Coimbra, Almedina, 2004, p. 62 et s.

⁴²⁷ E.-R. GRAU et P.-A. FORGIONI, « *Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729 (Lei Ferrari)* », *Op. cit.*, p. 271.

⁴²⁸ STJ, Agravo Regimental no Ag 43329/SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.1994, DJ : 16.05.1994, p. 11766.

⁴²⁹ STJ, REsp. n° 789.708-RS (2005/0174058-9), Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2006, DJ : 11.12.2006.

⁴³⁰ A. V. AZEVEDO, « *Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório* », *RT* 1997, n° 86, v. 737, p. 97-111, spéc., p. 104. V. aussi TJSP, Mandato de Segurança n° 230.313-1, Oitava Câmara Civil, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 13.02.95. Dans cet arrêt, les juges de fond ont jugé que la clause qui stipulait la résiliation unilatérale du contrat par une des parties n'est pas « *contra legem* ».

⁴³¹ Art. 473. « *La résiliation unilatérale, dans les cas où la loi la permet expressément ou implicitement, s'opère moyennant une dénonciation notifiée à l'autre partie. Paragraphe unique. Cependant, si, en raison de la nature du contrat, l'une des parties a fait des investissements considérables pour son exécution, la dénonciation unilatérale ne produira d'effet qu'après l'écoulement d'un délai compatible avec la nature et le montant des investissements* » (notre traduction).

fondée sur la « *manifestation de volonté* »⁴³² d'une des parties de quitter la relation contractuelle⁴³³, mais qui ne produira d'effet qu'après écoulement d'un délai compatible avec la nature et l'investissement réalisé par le cocontractant. Le but de ce texte est de s'assurer que la rupture ne portera pas préjudice à la partie qui a lourdement investi dans l'activité, souvent le concessionnaire ou franchisé, et qui espère pouvoir revoir l'investissement réalisé pendant la durée d'exécution normale du contrat⁴³⁴.

Le contrôle de la dénonciation du contrat sera porté devant le juge qui devra se prononcer sur le caractère suffisant du préavis octroyé ou son absence⁴³⁵. Par ailleurs, le cocontractant à l'initiative de la résiliation du contrat reste contraint de notifier par écrit à l'autre partie son intention de rompre, ainsi que de l'informer sur les modalités et, bien entendu, sur le délai de préavis précédant la cessation complète du contrat.

Force est donc de constater que la même exigence d'un délai de préavis raisonnable existe en droits français et brésilien, pour que la résiliation unilatérale ne soit pas qualifiée d'abusives ou brutales. Nous verrons maintenant que durant ces dernières années, les tribunaux ont tranché des affaires liées à l'absence totale de préavis ou à son insuffisance. Mais pour que la rupture soit licite, il est fondamental que soit prévu un délai de préavis et qu'il soit raisonnable. C'est la protection minimale garantie par la loi brésilienne et telle que garantie par la loi française.

§ 2- La rupture du contrat à durée déterminée

Les parties peuvent choisir librement la durée du contrat de distribution. Les droits internes français et brésilien ne prévoient pas de règle générale sur la détermination de la durée du contrat. Même la loi portant sur la franchise, en droit brésilien, laisse le choix aux parties quant à la détermination de la durée de leur engagement. Dans la pratique, l'indication

⁴³² Le principe de l'autonomie de la volonté ouvre aux parties le droit de dénoncer le contrat à durée indéterminée à tout moment, en ce sens v. H. THEODORO JUNIOR. et A. M. T. de MELLO, « Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial », *Op. cit.*, p. 32.

⁴³³ A. RIZZARDO, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 294.

⁴³⁴ Toute activité commerciale est soumise à un risque imposé par le marché notamment celle des intermédiaires qui doivent investir dans la distribution des produits de marques. Pour cette raison il est nécessaire de protéger le distributeur lors de la rupture du contrat. En ce sens, v. P.-E. LILLA, « O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição : o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil », *RDM* 2002, n° 127, p. 229-24, spéc. p. 240.

⁴³⁵ S. de S. VENOSA, *Direito civil, Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 3e éd., São Paulo, Atlas, 2003, p. 501.

de la durée est réalisée de façon unilatérale par le concédant et le franchiseur dans le contrat⁴³⁶.

Il existe néanmoins des règles spéciales concernant la durée des contrats dans le secteur de la concession automobile en droits français et brésilien.

En droit français, il est nécessaire de se référer aux textes européens sur le droit de la concurrence. Depuis quelques années, la question de la durée des accords de distribution de véhicules automobiles au niveau du commerce intra-communautaire a été encadrée par l'art. 3-5, a) du règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002⁴³⁷ concernant les accords verticaux du secteur automobile. S'il s'agissait d'un contrat de distribution de véhicules neufs, la durée du contrat est au moins égale à cinq ans. Ce texte a été applicable jusqu'au 31 mai 2013.

Depuis 2010, la Commission a adopté deux autres règlements sur les restrictions verticales qui s'appliquent au secteur automobile. Le règlement (UE) n° 461/2010 du 27 mai 2010⁴³⁸ en vigueur depuis le 1^{er} juin 2010, régit quant à lui la réparation automobile ainsi que le service après-vente⁴³⁹ et le règlement général sur les restrictions verticales (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 qui remplace effectivement le règlement (CE) n° 1400/2002. Depuis l'adoption des ces deux instruments, il n'existe plus de limitation quant à la durée des accords⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Ils imposent souvent à leurs cocontractants une clause qui stipule la durée de la convention compte tenu de leur position de force dans la relation contractuelle. La partie la plus forte rédige un véritable contrat d'adhésion où les clauses sont aménagées de façon à faciliter les conditions de rupture à sa guise, cf. : J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 38.

⁴³⁷ JOCE 1^{er} août 2002, n° L 203.

⁴³⁸ JOUE 28 mai 2010, n° L 129/52 et Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles. Pour une présentation globale, v. « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », in *Europe*, juill. 2010, étude 8. Sur le nouveau règlement dans le secteur automobile, v. S. ZUEHLKE et G. De STEFANO, « EC motor vehicle block exemption reform: are you ready for the new regime? », *E.C.L.R.* 2010/3, p. 93-97.

⁴³⁹ Ce règlement reprend les anciennes dispositions du règlement n° 1400/2002/CE qui concernaient ce domaine. Le considérant 19 énonce encore que les « accords verticaux de distribution de pièces de rechange et les accords de fourniture de services de réparation et d'entretien » seront soumis à partir du 1^{er} juin 2010 au règlement (UE) n° 461/2010 de « manière à continuer de garantir une protection appropriée de la concurrence sur les marchés de l'après-vente automobile ».

⁴⁴⁰ Néanmoins, au sein du Gouvernement français un amendement n° 870 du 20 juin 2013 qui insère un art. 72 terdecies (nouveau) dispose que : « Dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur les conséquences de la fin de l'application du règlement européen CE n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile. Ce rapport précise notamment quelles en ont été les conséquences pour les consommateurs et les distributeurs automobiles. Il envisage l'opportunité de mettre en place un cadre juridique approprié pour les distributeurs automobiles. » Il s'agit d'un amendement de repli par rapport à un amendement rejeté qui visait à mettre en place un statut de distributeur automobile. Disponible sur le site internet à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1156/AN/870.asp>

En ce qui concerne le contrat de concession automobile en droit brésilien, l'art. 21, paragraphe unique de la loi Ferrari dispose que les parties peuvent conclure un contrat à durée déterminée non inférieure à cinq ans. En effet, ce texte est applicable au premier contrat conclu entre les parties et la prorogation de ce contrat sera réalisée à durée indéterminée. Il s'agit d'une forme de reconduction tacite du contrat.

Le contrat à durée déterminée peut se terminer de deux façons différentes. Si le contrat arrive à son terme, les parties ne sont pas obligées de le renouveler (A), Toutefois, si le contrat est rompu pendant son exécution, la rupture devient une forme d'inexécution du contrat (B).

A- L'absence du droit au renouvellement du contrat à durée déterminée

La plupart des accords de concession et de franchise est conclue pour une durée déterminée. Le terme a un effet extinctif, puisqu'il met fin aux obligations réciproques des parties. Chaque contractant reprend sa liberté et le lien contractuel disparaît, sans rétroactivité. En principe, le contrat à durée déterminée prend fin naturellement et peut ne pas être renouvelé⁴⁴¹. Autrement dit, dès lors que les parties ou l'une d'entre elles ont manifesté leur volonté de ne pas renouveler le contrat, en respectant les formes prévues au contrat, celui-ci prend fin à l'arrivée du terme stipulé dans le contrat⁴⁴². C'est pour cela que les concessionnaires et franchisés ont du mal à accepter cette fatalité⁴⁴³.

La jurisprudence française a constamment décidé que le non-renouvellement du contrat par le concédant est un droit contractuel⁴⁴⁴. Peu importe que la commercialisation des produits assurée par le concessionnaire ait acquis une notoriété fantastique ou que l'amortissement des investissements du concessionnaire n'ait pas été achevé⁴⁴⁵, ou encore que la relation entre cocontractants relève d'une ancienneté considérable⁴⁴⁶. Ainsi, le refus de

⁴⁴¹ M. BÉHAR-TOUCHAIS et V. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, *Op. cit.*, n° 331 et s. V. aussi Ph. Le TOURNEAU, « Concession exclusive », *Op. cit.*, p. 29 et s.

⁴⁴² En droit français, v. CA Chambéry, 8 janv. 2008, Jurisdata n° 356713. En droit brésilien, v. STJ, REsp. n° 766.012, 2005/0114738-6, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ : 23.04.2007, p. 258.

⁴⁴³ J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 et s.

⁴⁴⁴ Cass. com., 25 avr. 2001, D. 2001, somm. 3227, n. D. Mazeaud : l'absence, au profit du concessionnaire, d'un droit au renouvellement du contrat a pour corollaire le droit, reconnu au concédant, de ne pas renouveler le contrat.

⁴⁴⁵ Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-18.170, *Bull. civ. IV*, n° 13, D. 1994, p.3.

⁴⁴⁶ Cass. com., 23 avr. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 128.

renouvellement n'a besoin d'être motivé ni par le concédant⁴⁴⁷, ni par le franchiseur⁴⁴⁸, il ne peut lui être reproché d'avoir avancé des motifs inexacts⁴⁴⁹, en dépit des intérêts de la partie congédiée⁴⁵⁰.

La position dominante occupée par le concédant ou le franchiseur dans la relation contractuelle lui permet même d'imposer des conditions moins favorables au concessionnaire ou au franchisé comme par exemple la réduction du territoire d'exclusivité⁴⁵¹. On observe que les décisions rendues par les tribunaux français vont dans le sens que le non-renouvellement du contrat à durée déterminée est normal et, en principe, ne donne pas lieu à des dommages et intérêts⁴⁵². En effet, en droits français et brésilien, le refus donné à une proposition de renouvellement n'aura juridiquement pas à être motivé, mais il n'échappera pas à tout contrôle juridictionnel. Si, par exemple, un fournisseur a le droit de ne pas renouveler le contrat expiré, encore faut-il qu'il n'abuse pas de ce droit⁴⁵³.

La jurisprudence brésilienne, quant à elle, suit la même interprétation que les tribunaux français à propos de l'absence d'un droit au renouvellement du contrat à durée déterminée. En ce sens, le Tribunal supérieur de justice a affirmé que le concédant n'est pas tenu de renouveler un contrat de concession de vente de boisson qui est arrivé à son terme⁴⁵⁴. L'arrêt retient tout au plus que le non-renouvellement de la concession n'ouvre pas droit à indemnisation pour le concessionnaire, puisque la clause qui stipulait la durée n'est pas abusive au sens des art. 16 et 159 de l'ancien Code civil de 1916. Il ressort ainsi que le non-

⁴⁴⁷ Cass. com., 30 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 392 ; Cass. com., 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201 ; Cass. com., 4 janv. 1994, *préc. supra* n° 456 ; Cass. com., 23 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 973, *RTD civ.* 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴⁴⁸ T. com. Paris, 5 déc. 1997, n. Y. Marot.

⁴⁴⁹ La chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm. 3227, n. D. Mazeaud) a rejeté le pourvoi d'un distributeur qui prétendait que son cocontractant avait abusé du droit de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée qui les liait. La Cour a, en effet, décidé que l'auteur de la rupture, qui avait respecté un délai de préavis conforme aux usages, « n'avait pas à donner de motifs au non-renouvellement du contrat (...), que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs de rupture invoqués (...) était inutile ».

⁴⁵⁰ L'exigence d'un véritable examen des motifs risque de conduire à l'exigence d'une cause légitime d'extinction du contrat et de restreindre excessivement la liberté contractuelle. Dans ce sens, v. notamment, S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, étude particulière aux contrats de distribution*, t. 7, Litec, 2002, n° 217.

⁴⁵¹ CA Versailles, 18 nov. 2004, *préc. supra* n°

⁴⁵² CA Paris, 10 janv. 1980, *RJ com.* 1980, p. 180, n. Ph. le Tourneau et Cass. com., 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201.

⁴⁵³ Lorsque les modalités définies par le contrat pour faire obstacle au renouvellement tacite ne sont pas respectées, le contrat est renouvelé et la rupture unilatérale du contrat ainsi renouvelé sera fautive si elle n'est pas justifiée par une faute de l'autre partie. Tel sera le cas lorsque le préavis ou les formes de la manifestation de volonté n'auront pas été respectés, v. deux décisions sur la franchise : Cass. com., 29 janv. 2008, pouvoir n° 06-13.462, *Jurisdata* n° 042529 ; CA Chambéry, 8 janv. 2008, *JurisData* n° 356713. V. également en droit brésilien, L. SPERB de PAOLA, « Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia », *Op. cit.*, p. 120 et 121.

⁴⁵⁴ STJ, REsp. n° 493159, 2003/0001468-3, 19/10/2006, Rel. Min. Castro Filho, DJ : 13.11.2006, p. 241.

renouvellement du contrat, faute d'avoir été envisagée par la loi ou le contrat, est un effet juridique obligatoire attendu par les cocontractants.

Le concessionnaire et le franchisé ne sont pas protégés par un statut spécial au moment de la fin du contrat⁴⁵⁵ et le refus de renouvellement peut provoquer des pertes financières considérables. Dans certains cas, les tribunaux peuvent exercer un contrôle afin d'éviter un abus de la part, par exemple, d'un fournisseur qui fait croire que le contrat sera renouvelé⁴⁵⁶ ou, lorsque le concédant de mauvaise foi a commis une faute intentionnelle caractérisée par des « *manœuvres* »⁴⁵⁷. Même si la question du renouvellement n'est pas envisagée par des lois, elle ne disparaît pas pour autant.

Dans le cadre des contrats de concession de véhicules automobiles au Brésil, la loi Ferrari n'impose pas d'obligation de renouvellement à la charge du concédant. Cependant, elle établit qu'en cas de non-renouvellement du contrat, le concédant est tenu de reprendre le stock de véhicules automobiles et de pièces dans leurs emballages originaux et, pour cela, il devra restituer le prix de vente actualisé au distributeur. De même, le concédant devra reprendre les équipements, les machines, et d'autres outils utilisés pendant l'exécution du contrat (art. 23 de la loi Ferrari). On peut imaginer que le législateur brésilien a bien voulu protéger les concessionnaires des abus de certains concédants depuis quelques années d'intense commercialisation de véhicules automobiles au Brésil. Ainsi, le concessionnaire est visé par ce texte comme la partie plus faible qui mérite toute la protection de l'État.

En définitive, le non-renouvellement ne saurait être confondu avec la rupture du contrat avant l'arrivée du terme. Ici, les parties disposent d'une faculté de non-renouvellement des contrats de concession et de franchise à durée déterminée, alors que c'est cette durée fixée par le contrat qui rend « *en principe illégitime* »⁴⁵⁸ la rupture unilatérale anticipée.

⁴⁵⁵ Le franchisé, comme les autres distributeurs, ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement du contrat, quelles que soient l'ancienneté de ses relations avec le franchiseur ou l'importance des investissements qu'il a consentis. Le franchiseur n'est tenu ni de justifier son refus de renouvellement, ni de dédommager son franchisé, sauf abus de droit de sa part. La poursuite de relations contractuelles après l'expiration du contrat n'implique pas la reconduction du contrat. Ainsi, il a été jugé que le franchiseur ayant mis fin au contrat et, ensuite, poursuivi des relations commerciales avec le franchisé, ne pouvait demander au juge des référés l'application d'une clause résolutoire initialement prévue au cas de non-paiement des redevances, *cf.* : Cass. com. 18 févr. 1986, n° 84-12.422.

⁴⁵⁶ A propos du comportement « malveillant et désinvolte » du concédant, v. Cass. com., 3 juill. 2001, *Sonauto*, *RJDA*, 2001.

⁴⁵⁷ CA Paris, 8 déc. 1978, *RJ com*, 1980, p. 180, n. Ph. Le Tourneau.

⁴⁵⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Extinction du contrat, les causes », *Op. cit.*, p. 51.

B- La rupture du contrat avant l'arrivée du terme final

Le cocontractant qui rompt le contrat de son propre chef encourt une résolution judiciaire du contrat à ses torts⁴⁵⁹. C'est donc bien la preuve, d'une part, qu'il n'avait pas le droit de rompre et, d'autre part, que cette rupture est illégitime. On peut toutefois s'interroger si certaines circonstances ne permettraient pas de rompre unilatéralement le contrat à durée déterminée en cours d'exécution.

La faculté de résilier les contrats de concession et franchise en droit français, en cas de faute, a été entérinée par le législateur dès 1996, par la loi Galland sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales⁴⁶⁰. Cette loi est venue modifier l'art. 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, afin d'interdire certains abus *per se*⁴⁶¹. L'objectif sera alors d'équilibrer le rapport entre producteurs et distributeurs, principalement dans le secteur de la grande distribution où la domination du plus fort sur le plus faible se montrait particulièrement préoccupante⁴⁶². De ce fait, l'art. L. 442-6, I, 5^o du C. com. a connu une utilisation beaucoup plus large de la part des tribunaux français, en dépit des dispositions à la fois controversées et vagues concernant certaines notions.

Le premier aspect qui nous intéresse concernant le contrat de distribution à durée déterminée, réside dans la faculté offerte aux parties de résilier le contrat en « *cas d'inexécution par l'autre partie ou en cas de force majeure* » au visa de l'art. L. 442-6, I, 5^o du C. com.⁴⁶³.

La jurisprudence française se montre très vigilante et prudente quant au type de faute

⁴⁵⁹ Cass. com., 24 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 273; Cass. com., 25 mars 1991, *CCC* 1991, n° 162, obs. L. Leveneur.

⁴⁶⁰ Issu de la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 (loi Galland) et modifiée par les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 et n° 2003-7 du 3 janvier 2003.

⁴⁶¹ De ce fait, il ne sera donc pas nécessaire pour ces nouveaux cas d'abus de rechercher s'ils ont eu un effet sur le marché. En ce sens, v. L. VOGEL et J. VOGEL, « Les rapports producteurs/distributeurs: Un nouvel équilibre? (Réforme du droit français de la concurrence par la loi du 1^{er} juillet 1996) », *D.* 1996, p. 398 et s. V. également les débats disponibles sur <http://archives-nationales/fr>, consulté le 14 février 2009. Toutefois, la loi du 4 août 2008 dite « Loi sur la modernisation de l'économie » (LME) a supprimé l'abus de dépendance économique en tant que pratique restrictive de concurrence prohibée *per se*. Seul subsiste désormais l'abus de dépendance économique en tant que pratique anticoncurrentielle prohibée par l'art. L. 420-2 du C. com. La formulation, par un distributeur, d'un grief fondé sur ce texte implique que ce dernier démontre notamment (i) que sa situation personnelle caractérise un état de dépendance économique, ainsi que (ii) l'existence d'une atteinte (au moins potentielle) au fonctionnement de la concurrence sur le marché pertinent sur lequel il opère.

⁴⁶² En ce sens, v. D. FERRIER, « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 45 et s. ; P. VERGUCHT, « La rupture d'une relation commerciale établie », *RJ com.* 1997, p. 129 et s.

⁴⁶³ Néanmoins, il n'est pas exclu que la jurisprudence n'entende pas l'application de ce texte aux affaires relatives au non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée arrivé à son terme : principe atténué par les dispositions de l'art. L. 442-6, I, 5^o du C. com. au regard de la nécessité de laisser un préavis raisonnable au contractant si l'auteur de la rupture a « *entretenu jusqu'au bout le (contractant) dans l'illusion que le contrat serait renouvelé* » : Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553, *Roset c. Rehitim*.

commise par les parties afin d'éviter la résiliation du contrat en raison d'une défaillance mineure⁴⁶⁴. La faute doit présenter une gravité suffisante et être formulée dans la lettre de rupture selon un arrêt de la Cour de cassation qui a énoncé 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, peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou non* »⁴⁶⁵. Mais le juge pourra toujours être saisi par la partie ayant subi la résiliation et il vérifiera, en présence d'une clause résolutoire, si la rupture a été mise en œuvre régulièrement. Selon le cas, il prononcera la résiliation du contrat de concession ou de franchise aux torts de l'une des parties ou aux torts partagés des deux parties.

Des exemples nombreux de rupture du contrat de concession ont donné lieu à des décisions de résolution aux torts du concessionnaire. Elles sont fondées le plus souvent sur une violation de la clause d'exclusivité⁴⁶⁶, de la clause d'objectif de vente, ou sur le non-respect des modalités de paiement⁴⁶⁷.

En matière de franchise, la rupture anticipée du contrat peut également être ordonnée dès lors que le manquement aux obligations essentielles du contrat est remis en question, telles que des violations concernant la mise à disposition de l'enseigne et de la marque, l'exclusivité territoriale⁴⁶⁸, la communication du savoir-faire et la fourniture de l'assistance commerciale ou technique⁴⁶⁹ peuvent justifier la résiliation du contrat de franchise. Il se peut également qu'une des parties manque à son devoir général de loyauté et à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi⁴⁷⁰.

Dans la même perspective que le droit français, la loi sur la concession de véhicules automobiles en droit brésilien prévoit également des dispositions applicables en cas de rupture du contrat avant le terme, en cas de faute de l'une des parties. Les art. 25 à 27 de la loi

⁴⁶⁴ CA Paris, 20 mai 1994, *D.* 1995, somm. p. 72, n. D. Ferrier.

⁴⁶⁵ Cass. 1re civ. 13 oct. 1998, *préc.*

⁴⁶⁶ Cass. com. 21 janv. 2003, n° 01-10.441, *Moto-Ouest c. MBK* : rupture pour violation d'une obligation d'exclusivité.

⁴⁶⁷ Cass. com., 20 mai 2003, n° 00-15.063, *Vivre Aujourd'hui c/ Pronovias*.

⁴⁶⁸ CA Paris, 28 fév. 2008, JurisData n° 361041 ; CA Lyon, 28 fév. 2008, Juris-Data n° 365609.

⁴⁶⁹ CA Douai, 6 sep. 2007, n° 06/1777.

⁴⁷⁰ Cass. com., 28 nov. 2006, JurisData n° 036487 ; T. com. Paris, 3 juillet 2006, JurisData n° 330083. Plus récemment, on a remarqué une augmentation significative du contentieux recourant à la notion de bonne foi pour sanctionner le manquement à des obligations non prévues dans le contrat. On songe notamment à l'obligation de « *discussion sur les modalités de résiliation amiable* » proposées par le franchisé en situation d'urgence qu'a semblé consacrer le Tribunal de commerce de Paris à la charge du franchiseur (T. com. Paris, 3 juillet 2006, JurisData n° 330083). Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a rejeté l'argument selon lequel le franchiseur avait exécuté le contrat de mauvaise foi puisqu'il avait implanté de nouveaux partenaires à proximité des points de ventes du franchisé. La Cour a affirmé que le franchiseur n'avait pas l'obligation de garantir l'exclusivité au franchisé (Cass. com., 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.118, Juris-Data n° 040801).

Ferrari prévoient que la rupture du contrat à durée déterminée ouvre à la victime le droit de demander une réparation. Ces textes mettent en place un système de réparation pour défaut d'exécution du contrat qui dépendra de savoir si la résolution est à l'initiative soit du concédant, soit du concessionnaire.

En outre, le droit des obligations brésilien prévoit la possibilité de rupture du contrat en cas d'inexécution ou de force majeure qui empêcheront l'exécution normale de l'obligation. Ce nouveau texte a été consacré dans le Chapitre II, du Code civil brésilien de 2002, intitulé « *De l'extinction du contrat* ». Il s'agit des règles de droit commun concernant les modes de cessation du contrat⁴⁷¹. Dans ces circonstances, le droit brésilien prévoit que le contrat pourrait être résolu par la partie lésée en vertu des art. 474⁴⁷² et 475⁴⁷³ du NCCB. La résolution du contrat peut alors s'opérer avant le terme final, en raison de son inexécution par une des parties dans un cas d'interruption volontaire⁴⁷⁴ ou involontaire⁴⁷⁵. Ainsi, l'inexécution peut déclencher la clause résolutoire qui peut s'opérer de plein droit ou si le contrat ne contient pas de telle prévision, la résolution sera soumise au juge (art. 474)⁴⁷⁶.

Il semble donc que l'inexécution d'une obligation contractuelle pourra légitimer la rupture anticipée d'un contrat par la mise en œuvre d'une clause résolutoire en droit brésilien. Cette résiliation d'un contrat de concession ou de franchise à durée déterminée, par exemple, est donc une atteinte à la force obligatoire du contrat, mais aussi une possibilité offerte au cocontractant lésé aux vises de l'art. 475 du NCCB⁴⁷⁷ et l'art. L. 442, 6, I, 5° du C. com. En outre, il est possible que les circonstances qui entourent la résiliation anticipée du contrat soient prises en compte au moment du calcul d'une indemnité en droit brésilien. Ces mêmes

⁴⁷¹ Pour un tableau sur les nouvelles dispositions concernant la rupture du contrat en droit brésilien, cf. : V. M. J de FRADERA, G. TEPEDINO et A. SCHREIBER, « La rupture du contrat, Rapport brésilien », *Op. cit.*, p. 695 et s.

⁴⁷² Art. 474 : « *La clause résolutoire expresse opère de plein droit ; la clause résolutoire tacite dépend d'une interpellation judiciaire* » (notre traduction).

⁴⁷³ Art. 475 : « *La partie lésée par l'inexécution peut demander la résolution du contrat, sauf si elle préfère en exiger l'exécution, ayant droit, dans tous les cas, à l'indemnisation des dommages et intérêts* » (notre traduction).

⁴⁷⁴ La résolution du contrat s'opère à la demande de la partie lésée en raison de l'inexécution de l'autre. Selon A. VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, Ed. Coimbra, 1984, p. 279.

⁴⁷⁵ Elle est volontaire dès lors que les obligations contractuelles ne sont pas exécutées telles que prévues, ou involontaire dans les cas de force majeure (A. RIZZARDO, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 85).

⁴⁷⁶ En ce sens, v. l'arrêt rendu par le TJDF, Ap. civ. n° 45.987/97, j. 1.12.1997, où les juges de fond ont énoncé que « *la clause résolutoire tacite est implicite dans les conventions bilatérales* ».

⁴⁷⁷ Lorsque l'inexécution du contrat de franchise est totale, la partie lésée pourrait se prévaloir de la résolution du contrat prévu à l'art. 475 NCCB et demander des dommages et intérêts à compter de la rupture du contrat, cf. : L. R. CRUZ E CRUZ et B. B. da C. de OLIVEIRA, « *Indenização no sistema de franquia empresarial* », *RT/95*, vol. 852, 2006, p. 478.

circonstances pèseront, en droit français, à l'occasion de l'examen par le juge de l'application ou non d'un délai de préavis de rupture du contrat.

Section 2- L'obligation de respecter un délai de préavis de rupture

Étant donné que les contrats de distribution ne sont pas des engagements perpétuels en droits français et brésilien, il est possible qu'une des parties résilie unilatéralement le contrat ou la relation commerciale établie avec son partenaire. Le problème qui se pose au stade de la résiliation unilatérale est celui de savoir s'il n'y a pas eu d'abus dans la manière selon laquelle la rupture s'est opérée.

Les droits français et brésilien s'efforcent de garantir une protection minimale lors de la rupture du contrat à durée indéterminée et à durée déterminée. La protection tient au fait que la partie évincée (souvent le concessionnaire et le franchisé) par la résiliation unilatérale du contrat bénéficiera d'un délai de préavis raisonnable légal ou conventionnel (§1). Cependant, l'absence d'un délai de préavis raisonnable ou son insuffisance peut être sanctionnée (§2).

§ 1- La résiliation unilatérale du contrat avec respect d'un préavis de rupture

L'esprit de coopération inhérent à la concession et la franchise est mis à l'épreuve lors de la rupture du contrat à durée indéterminée et à durée déterminée. Le degré d'intégration de certains accords à travers une clause d'exclusivité favorise l'intensification de la coopération entre les parties. La collaboration étroite entre les partenaires contribue à la dépendance économique notamment du concessionnaire et du franchisé, qui acceptent les conditions de commercialisation imposées par le fabricant.

C'est pourquoi nous pensons que l'exigence de coopération impose également le respect d'un délai de préavis suffisant accordé à la partie qui subit la rupture et s'avère indispensable à la reconversion du professionnel victime pour « *donner à son activité une nouvelle orientation* »⁴⁷⁸, pour préparer le « *redéploiement de son activité* »⁴⁷⁹ ou pour « *lui*

⁴⁷⁸ CA Paris, 25e ch., sect. B, 13 oct. 1995, *Sté Verhagen c. Giffard*, n° 14270/93. Contre : La Cour de cassation a refusé de mettre à la charge de l'auteur de la rupture une aide à la reconversion pendant la période de préavis libérant ainsi l'auteur de la rupture de toute obligation autre que celle de respecter un délai de préavis suffisant et d'exécuter ses obligations de bonne foi durant le préavis. En l'espèce, le concessionnaire reprochait au concédant d'avoir attendu de négocier avec son successeur la reprise de succursales pour lui notifier la résiliation de son contrat avec un préavis d'un an, diminuant ainsi ses chances de reconversion et de négociation de reprise de son fonds par un repreneur. Sachant qu'ainsi elle porterait préjudice au concessionnaire, 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. En l'occurrence, la Cour a décidé que le préavis stipulé était

donner le temps d'envisager les mesures d'adaptation nécessaires pour combler le manque à gagner »⁴⁸⁰. Or, le délai de préavis évitera la rupture brutale du contrat de concession et de franchise et permettra à la partie évincée de trouver d'autres alternatives économiques, comme par exemple conclure un nouveau contrat avec un autre partenaire⁴⁸¹.

Nonobstant ces arguments, il est important également de noter que la concession et la franchise sont des contrats à risque, puisque le distributeur ne peut pas « prétendre à une sécurité du contrat absolue »⁴⁸². La rupture est donc un fait et le distributeur dans certains cas doit supporter la perte.

Le principe rappelé avec force en droits français et brésilien est bien le droit de rompre et non le droit au maintien des relations de longue durée. Or, l'exercice légitime de ce droit est assuré dès lors qu'un délai de préavis est respecté (A). En revanche, une exception au délai de préavis est envisageable s'il est constaté un comportement fautif ou abusif de la victime de la rupture qui justifie l'absence d'un délai de préavis raisonnable (B).

A- La nature du délai de préavis

Les droits français et brésilien imposent aux parties un délai de préavis à observer pour que la résiliation unilatérale ou non-renouvellement du contrat ne soit pas considéré comme brutal. La nature du préavis peut-être légale (1) ou conventionnelle (2).

1- Le délai de préavis de nature légale

Pour remédier en quelque sorte à la situation précaire des concessionnaires et franchisés victimes d'une rupture du contrat, on doit en revenir à l'obligation d'octroyer un délai de préavis suffisant, en sachant que la durée peut être calculée par des indicateurs génériques qui peuvent aider à former la conviction du juge au cas par cas (a), ou être indiquée par des textes spécifiques à l'exemple de la distribution automobile en droits français et brésilien (b).

« propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion » (Cass. com., 6 mai 2002, *SA Fiat auto France c. SA Sofisud*, Bull. civ. 2002, IV, n 81, p.87 ; JCP G 2002, II, 10146, n. P. Stoffel-Munck ; CCC. 2002, comm. 134, n. L. Leveneur ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. Mestre et B. Fages).

⁴⁷⁹ CA Toulouse, 2e ch., 1re sect., 23 janv. 2002, *Madison Avenue c. CAP 3P*, n° 1998/05140.

⁴⁸⁰ CA Paris, 4 mai 2001, *Brodard Graphique c/ Imprimerie Les Mouthieux*.

⁴⁸¹ V. également L.-G. P. de B. LEAES, « Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado », RT/86, vol. 719, 1995, p. 49.

⁴⁸² A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, Op. cit., p. 430 et s.

a- La délicate détermination d'un délai de préavis suffisant

Le droit français s'attache à spécifier le cadre dans lequel les contrats de concession et de franchise pourront expirer. L'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. impose une condition de forme à la cessation de toute relation commerciale établie et déduit la brutalité de la rupture de l'absence de préavis écrit d'une durée raisonnable⁴⁸³. Le texte propose un mode général de détermination du délai de préavis qui repose sur deux critères cumulatifs : la « *durée de la relation commerciale* » et la « *durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* »⁴⁸⁴. Toutefois, lorsqu'il n'existe aucun accord interprofessionnel, ni arrêté ministériel, le critère de la durée de la relation commerciale doit être appliqué seul pour déterminer la durée du délai de préavis à respecter. Mais d'autres critères pourraient-ils être appliqués au cas par cas ? Il nous semble que la réponse apportée par la jurisprudence française ces dernières années montre que les juridictions n'ont pas hésité à combiner d'autres critères d'appréciation pour déterminer le préavis suffisant de rupture, étant précisé que le critère de la durée des relations antérieures est le plus souvent appliqué.

Il paraît ainsi que l'absence de précision concernant le calcul du délai de préavis au visa de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com a suscité quelques critiques de la part de la doctrine française. Pour un auteur, ce texte est source d'insécurité juridique car, loin de prévenir le contentieux de l'abus, il a ravivé un ancien contentieux⁴⁸⁵. Or, la difficulté demeure non seulement dans le constat de l'insuffisance du délai, mais également dans la détermination de ce qui sera considéré comme étant un délai raisonnable⁴⁸⁶.

Du côté du droit brésilien, l'art. 473 du NCCB indique que la résiliation unilatérale ne produira pas d'effet avant un délai de préavis compatible avec l'investissement réalisé. Ce critère a été souvent appliqué par les tribunaux brésiliens concomitamment à celui de

⁴⁸³ L'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. indique que le délai doit être suffisant pour éviter la rupture brutale du contrat. Il nous semble que ce mot peut être substitué par le mot « raisonnable » dans cette situation comme l'indique L. NICOLAS-VULLIERME : « *au regard de ces différentes expressions, associer le « délai » au « raisonnable » peut surprendre : le raisonnable (rationabilis en latin) renvoie à la raison (ratio) tandis que le délai désigne le laps de temps dont on dispose pour agir ou celui qu'il faut attendre avant d'agir* », (cf., « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », *LPA*, 2005, n° 1, p. 4). V. également D. MAINGUY, « Le « raisonnable » en droit d'affaires », in Erik Le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Collection Droit et Economie, LGDJ, 2010, p. 307-336.

⁴⁸⁴ A défaut, par des arrêtés du ministère de l'Économie. Cependant, aucune décision évoquant de tels accords ou arrêtés n'ont été trouvés jusqu'à présent en matière de distribution, cf. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, *Op. cit.*, p. 185.

⁴⁸⁵ K. Le COURVIOUR, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD com.*, 2008, p. 1-24, spéc. p. 4.

⁴⁸⁶ P. VERGUCHT, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RJ com.* 1997, p. 128.

l'ancienneté de la relation commerciale. En effet, ce nouvel art. 473 est le résultat d'une jurisprudence bien établie, ainsi que d'une doctrine⁴⁸⁷ sensible à l'argument du manque à gagner entre l'exploitation de l'activité et l'amortissement des investissements réalisés par le distributeur. Le juge cherchera à vérifier si le distributeur a eu le temps d'avoir un retour financier proportionnel à son investissement pour la prise d'effet de la résiliation.

L'apport de ces deux textes serait donc de prévoir légalement ces solutions. Dorénavant, il existe un faisceau d'indices portant sur des critères qui peuvent être pris en compte par les juges français et brésiliens. Il convient de relever que c'est avant tout l'absence ou l'insuffisance d'un préavis qui justifie l'intervention du juge⁴⁸⁸. Il est libre de rechercher si le délai de préavis est raisonnable⁴⁸⁹.

En ce sens, la Cour de cassation continue à exiger une véritable proportionnalité entre la durée du préavis et celle des relations⁴⁹⁰. On retient que le droit de rompre ou de modifier unilatéralement les relations contractuelles est conditionné au respect « *d'un délai de préavis raisonnable compte tenu de l'ancienneté des relations* »⁴⁹¹. Dans cette optique, dans le cas d'un contrat de distribution qui a été rompu après dix-huit ans de relations antérieures, le préavis de trois mois s'est avéré insuffisant et, de ce fait, il a été évalué à un an⁴⁹². En revanche, il se peut que, pour une relation commerciale de trente ans, un préavis de sept mois puisse être suffisant⁴⁹³.

Une étude des décisions rendues par les tribunaux français entre 2004 et 2009 réalisée par la Faculté de Montpellier a révélé que l'estimation du délai de préavis de rupture de la relation commerciale est très variable⁴⁹⁴. Il en ressort que la grande majorité des décisions

⁴⁸⁷ A. V. de AZEVEDO, « Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório », *RT/86*, 1997, vol. 737, p. 97-111, spéc. p. 104.

⁴⁸⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Existe-il un principe de proportionnalité en droit français? », *LPA*, 30 sept. 1998, p. 3 et s. ; S. PETIT, « La rupture abusive de relations commerciales », *Op. cit.*, p. 33 et s.

⁴⁸⁹ En ce qui concerne le droit français, L. NICOLAS-VULLIERME indique que la « *Cour de cassation n'effectue aucun contrôle de la détermination du délai raisonnable dont elle laisse l'appréciation au pouvoir souverain des juges du fond. En revanche, elle contrôlera la motivation, c'est-à-dire qu'elle vérifiera si le juge s'est fondé sur des éléments de fait et de droit pour affirmer que le délai était en l'espèce raisonnable ou non raisonnable. (...) Les juges du fond ne peuvent donc se borner à affirmer que tel ou tel délai est « raisonnable » sans en préciser les raisons* », (« Le délai raisonnable ou la mesure du temps », *Op. cit.*, p. 15).

⁴⁹⁰ En ce sens, v. Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121.

⁴⁹¹ Les juridictions du fond suivent cette tendance en appliquant cette méthode aux contrats de concessions, ce qui permet d'équilibrer des rapports contractuels laissant trop souvent les concessionnaires à la merci des concédants. V. Cass. 1^{er} civ. 16 mai 2006, n° 03-10.328, *LPA* 12 juill. 2006, p. 18, n. C. Boismain.

⁴⁹² CA Versailles, 14 oct. 2004, *Lettre distrib.* janv. 2005, *JurisData* n° 2004-256972.

⁴⁹³ CA Paris, 25e Ch. A, 25 juin 2004.

⁴⁹⁴ V. le recensement jurisprudentiel réalisé par la Faculté de droit de Montpellier. Le premier bilan des décisions judiciaires réalisé pendant la période du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2006 démontre que l'art. L 442-6, I-5° du C. com. est de loin le texte qui suscite le contentieux le plus important initié par les particuliers. Les bilans suivants jusqu'à l'année 2009 confirment la tendance des années précédentes. Téléchargeable sur le site

associe le critère de la durée de relations antérieures à d'autres critères, tels que celui des possibilités de reconversion⁴⁹⁵, de l'enjeu pécuniaire des relations commerciales, de la dépendance économique⁴⁹⁶, de l'étroitesse de la collaboration⁴⁹⁷, de l'atteinte à l'image de marque, du cycle de production⁴⁹⁸ et des investissements engagés par la victime de la rupture⁴⁹⁹. Lorsque le contrat impose une exclusivité, il apparaît normal que la durée du préavis soit plus longue que dans un contrat qui ne fixe pas une telle exigence et où le cocontractant « *reste libre d'assurer la diversification de ses activités* »⁵⁰⁰. Enfin, lors du dernier bilan des jurisprudences recensées par le groupe de travail de la faculté de Montpellier en 2009, il a été constaté que la jurisprudence ne permet pas de dégager un barème des tendances, mais « *les tribunaux accordent plus au moins un mois de préavis par année de relation commerciale, la durée de préavis retenue étant rarement inférieure à quatre mois, ce qui se comprend du fait qu'en-dessous de cette durée, le respect d'un préavis n'est pas nécessaire* »⁵⁰¹. En revanche, l'étude révèle qu'un préavis supérieur à deux ans n'a jamais été constaté dans la jurisprudence.

A titre d'illustration, les tribunaux français ont estimé qu'un préavis de trois mois⁵⁰² ou de vingt-quatre mois⁵⁰³ pouvait être suffisant pour une relation ayant duré dix ans. Cependant, dans une relation de quinze ans, les juges ont estimé que le préavis de dix-huit

Internet à l'adresse :
http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/bilan_faculte_droit2004_2006.pdf. V. aussi D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *RCDO* 1/2004, p. 129 ; A. VAN EECKHOUT, « La durée du préavis de rupture d'une relation contractuelle », *RDCO* 2/2005, p. 491.

⁴⁹⁵ CA Aix en Provence, 30 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316813 : pour apprécier le caractère suffisant du préavis laissé à un concessionnaire par son fournisseur, les magistrats se sont fondés sur le fait « *que le contrat venu à expiration n'était assorti d'aucune clause de non concurrence post contractuelle ni d'aucune contrainte d'agencement du commerce que celle de déposer l'enseigne et de ne plus proposer de produits [du fournisseur] à la chalandise, le [concessionnaire] demeurerait libre de se tourner vers d'autres fournisseurs ou de s'affilier à une autre enseigne* ».

⁴⁹⁶ CA Amiens, 9 mai 2006 (inédit), Jurisdata n° 2006-308136.

⁴⁹⁷ Cass. com., 25 avr. 2006, *RDCO* 2006, p. 1033, obs. J. Rochefeld.

⁴⁹⁸ Par exemple, une société concédante peut être condamnée à payer des dommages et intérêts pour rupture brutale et unilatérale d'un contrat si elle avise son contractant quelques jours seulement avant la présentation d'une collection de vêtements d'été que cette collection ne lui sera pas confiée, cf. : Cass. com., 8 avr. 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n 58, p. 50.

⁴⁹⁹ Cass. com., 7 janv. 2004 ; pourvoi n° 02-12.437, *Lettre distrib.* avril 2004, et CA Chambéry, 18 mai 2004, *Lettre distrib.* juin 2004, p. 467.

⁵⁰⁰ Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ.* IV, 2004, n° 86, p.90 ; *JCP G* 2004, II, 10184, n. A. Sonet. Cependant, dans une autre décision, le concédant a résilié un contrat conclu pour durer un an et renouvelable par tacite reconduction par lequel il avait concédé depuis une vingtaine d'années l'exclusivité de la distribution de ses résines polyesters dans onze départements de la région du Midi-Méditerranée : Cass. com., 9 avr. 2002, pourvoi n° 99-15532, *SA Cray Valley c. Sté Gazechi*.

⁵⁰¹ V. étude du bilan de l'action contentieuse 2009, spéc. p. 9. Téléchargeable sur le site : http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/bilan_decisions_civiles2009.pdf.

⁵⁰² CA Douai, 5 sept. 2000, *RJ com.* 2002, p. 33.

⁵⁰³ Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664.

mois était raisonnable⁵⁰⁴, tandis que dans un contrat ayant duré onze ans, la durée de préavis de deux ans était suffisante⁵⁰⁵. Concernant la fourniture de produits sous marque de distributeur, l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. prévoit encore que la durée minimale de préavis est le double si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur⁵⁰⁶. Dans ce cas, la Cour de cassation pourra même écarter le critère de l'ancienneté mais en considérant que la reconversion du concessionnaire était assurée dès lors qu'il distribuait plusieurs marques.

Force est donc de constater qu'au regard de l'imprécision de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. quant à la détermination d'un délai de préavis suffisant, c'est avant tout l'excès de disproportion qui justifie l'intervention du juge⁵⁰⁷. Certains suggèrent, par exemple, l'imposition d'un délai fixe de quelques mois où chaque année d'ancienneté de la relation commerciale impliquerait un ou deux mois de préavis supplémentaires⁵⁰⁸.

Nonobstant les difficultés rencontrées par le juge français au moment de la vérification du préavis raisonnable, on peut observer que les juges brésiliens sont également confrontés à des questions similaires. Si depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil brésilien de 2002, le critère objectif retenu par l'art. 473 met en évidence la nécessité de respecter un préavis en fonction de « *l'amortissement des investissements réalisés* », il faut noter que la jurisprudence contemporaine au Code civil de 1916 adoptait également comme critère l'ancienneté de la relation.

C'est d'ailleurs le critère adopté dans un arrêt de la cour d'appel de São Paulo⁵⁰⁹. En l'espèce, le fabricant de glaces a octroyé à son distributeur exclusif un préavis de rupture de quatre mois et quatorze jours compte tenu d'une relation qui a duré quinze ans. La Cour a estimé que la « *résiliation unilatérale d'un contrat de distribution exclusive à durée indéterminée ne saurait être illicite et ne constituerait pas un exercice irrégulier du droit de rompre, si le délai de préavis raisonnable est octroyé en fonction des éléments trouvés dans le cas concret* ». En ce qui concerne la détermination de ce préavis, la cour d'appel dégage trois critères de vérification : « *... la proportionnalité entre la prise d'effet de la résiliation et le*

⁵⁰⁴ CA Paris, 3 décembre 1999, *BRDA* 6/00, n° 13.

⁵⁰⁵ T. com. Roubaix-Tourcoing, 26 novembre 1998, *Lettre Distrib.* 03/1999, p. 1.

⁵⁰⁶ Dans ce sens, v. CA Versailles, 18 mai 2006, *JCP E* 2006, n° 50, p. 2154.

⁵⁰⁷ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Existe-il un principe de proportionnalité en droit français? », *Op. cit.*, spéc. p. 7 et s. ; « De la difficile appréciation du délai raisonnable du préavis pour rompre une relation commerciale établie », *RCDO* 2006/2, p. 431: l'auteur dénonce l'insécurité juridique causée par ce texte. V. aussi S. RENAULT, « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *Dr. et patr.* 2007, n° 163, p. 48-59.

⁵⁰⁸ En ce sens v. K. LE COURVIOUR, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *Op. cit.*, p. 13.

⁵⁰⁹ TJSP, Ap. civ. n° 104.281-4, Rel. Des. Aldo Magalhaes, j. 24/10/02, *J. S. Rio Alimentos Distribuição Ltda. c. Kraft Suchard Brasil S/A*, *Lex-236*, p. 93-98.

préavis doit se faire à partir de l'analyse d'autres facteurs, tels que l'ancienneté de la relation contractuelle, la valeur économique du contrat en relation avec l'activité du distributeur et la possibilité de reconversion du distributeur exclusif». Pour ces raisons, la cour d'appel a condamné le concédant et a affirmé que le préavis suffisant dans ce cas aurait été d'un an et six mois.

On remarque ainsi que les juges considèrent que la perspective de reconversion du concessionnaire est un critère important de la détermination de la durée du préavis de rupture. Dès lors, on ne peut qu'adhérer à cette position puisque le concessionnaire et le franchisé engagent, en amont, des investissements spécifiques afin de participer au réseau et, dans certains cas, l'impact de la rupture brutale pourrait même contribuer au dépôt de bilan du concessionnaire⁵¹⁰. Il n'est pas difficile d'imaginer que la résiliation sans préavis prive la victime de toute possibilité de retrouver un repreneur susceptible d'apporter un peu de trésorerie lors du cap difficile de la cessation du contrat⁵¹¹.

Si la supériorité économique du concédant par rapport au concessionnaire est évidente, comme celle du franchiseur par rapport au franchisé, l'auteur de la rupture ne devrait pas se soustraire à un délai de préavis, qu'il soit prévu ou non, sous peine de mettre en péril les chances de reconversion de celui qui a subi la rupture. En effet, le préavis ne constitue pas un acte de clémence. Il s'agit d'un délai raisonnable et compatible avec la structure d'un accord de coopération, ainsi qu'un élément du formalisme de la rupture⁵¹². Il permet à l'auteur de la rupture de garder au moins une solution conforme au partenariat qui était l'essence même de la commune intention des parties⁵¹³. Enfin, ce délai doit permettre au contractant de se réorganiser dans la perspective d'une fin imminente du contrat.

b- Le délai de préavis institué pour le secteur automobile

La loi Ferrari sur la concession de véhicules automobiles au Brésil prévoit deux possibilités de préavis de rupture en fonction de la durée du contrat.

⁵¹⁰ CA Paris 4 mars 1999, *JCP E* 2000, p. 320.

⁵¹¹ L. SPERB de PAOLA, « Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia », *Op. cit.*, p. 148.

134; P.-E. LILLA, « O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil », *RDM*, 2002, n° 127, 229-247, spéc. p. 241.

⁵¹² G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, *Op. cit.*, n° 293.

⁵¹³ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, *Op. cit.*, p. 430 et s.

Pour les contrats à durée déterminée, l'art. 21, paragraphe unique impose un délai de préavis de cent quatre-vingts jours en cas de non-renouvellement du contrat. Ce texte détermine encore que la durée minimum de l'accord ne peut pas être inférieure à cinq ans.

En ce qui concerne les contrats à durée indéterminée, le délai de préavis légal est de cent vingt jours minimum à compter de la réception de la notification écrite (art. 22, §2). Il s'agit d'un seuil minimum de préavis auquel il ne peut pas être dérogé par la volonté des parties, sauf stipulation d'un préavis plus long⁵¹⁴. Ce principe est consacré par un arrêt du Tribunal supérieur de justice selon lequel « *le principe de l'autonomie de la volonté des parties ne pourra pas déroger à une norme impérative telle que la Loi n° 6729/79* »⁵¹⁵. En l'espèce, le concédant avait dénoncé le contrat de concession sans respecter le délai de préavis légal de cent vingt jours.

Du côté du droit français, il existait une règle similaire à celle du droit brésilien. Toutefois, cette règle de source communautaire prévoyait à l'art. 3, §5 du règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 concernant les catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile que le contrat de distribution pourra être conclu pour une durée d'au moins cinq ans et, dans ce cas, les parties doivent s'engager à notifier l'autre partie au moins six mois à l'avance de leur intention de ne pas renouveler l'accord ou, si l'accord est à durée indéterminée, le délai de résiliation doit être d'au moins deux ans. De plus, il pourra être ramené à un an lorsque le fournisseur s'engage soit à verser une indemnité soit à réorganiser son réseau⁵¹⁶. Ainsi, si le concédant souhaite bénéficier de la réduction d'un an de préavis, il doit notifier la résiliation de l'accord « *par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de sa décision* »⁵¹⁷.

Plusieurs décisions ont été rendues par les tribunaux français visant la résiliation unilatérale des contrats fondée sur la réorganisation des réseaux de distribution⁵¹⁸. Les juges

⁵¹⁴ M. REALE rappelle que la finalité du législateur brésilien fut d'assurer au distributeur une protection minimale, compte tenu de l'investissement réalisé dans l'activité de concessionnaire qui requiert, entre autres, la protection d'une durée d'exécution du contrat pour que le capital investi puisse être amorti (« *Estrutura normativa da Lei n° 6.729 sobre concessões comerciais entre produtoras e distribuidoras de veículos automotivos terrestres* », *RFDUSP*, vol. 91, 1996, p. 63-102, spéc. p. 85).

⁵¹⁵ STJ, Agravo Regimental no AgIn. n° 988.736/SP (2007/0281820-4), Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.09.2008, DJ : 03.11.2008.

⁵¹⁶ En matière automobile, deux décisions ont écarté le caractère brutal dès lors que la rupture a pour cause la réorganisation de l'entreprise du fournisseur lorsque cette réorganisation est imposée par un règlement d'exemption en matière automobile ou justifiée plus généralement par le fait qu'il appartient à tout détaillant de se conformer aux conditions générales et vente de son fournisseur.

⁵¹⁷ Art. 3, §4, du règlement (CE) n° 1400/02, *préc.*

⁵¹⁸ En effet, le règlement (CE) n° 1400/2002 prévoyait une série de conditions relatives au régime civil du contrat (art. 3.3 à 3.6) qui a donné lieu à un contentieux important devant les juridictions nationales. Le 25 septembre

n'ont pas manqué de vérifier si les arguments évoqués par les concédants étaient valables vis-à-vis de l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes⁵¹⁹ et, de ce fait, n'ont pas hésité à sanctionner les concédants de mauvaise foi ayant profité de ce texte pour exclure plusieurs concessionnaires de leur réseau⁵²⁰.

Toutefois, le nouveau règlement (UE) n° 330/2010 sur les restrictions verticales a bouleversé complètement le traitement des clauses de résiliation unilatérale. En fait, ce nouveau texte ne prévoit pas de nouvelle norme concernant la question de la durée du contrat. Il nous faudra donc attendre que les problèmes résultant de la rupture du contrat et du non-renouvellement des contrats à durée déterminée soient réglés « *à l'avenir en application du seul droit national* »⁵²¹. On peut toujours espérer que le contrôle de la rupture abusive sera effectué par les juridictions nationales compte tenu de la jurisprudence bien établie au cours de cette dernière décennie.

Ces deux textes mettent en relief la préoccupation des législateurs brésilien et européen quant au contrôle de la résiliation unilatérale des contrats de concession automobile. Quoi qu'il en soit, dans un secteur où les concessionnaires sont très dépendants de la revente de certaines marques, il fallait contrôler l'excès constaté dans la pratique commerciale en raison de l'abus du concédant qui disposait d'un pouvoir discrétionnaire, presque sans limite, au moment de la dénonciation du contrat. Pour ainsi dire, le respect d'un préavis réduit les effets d'une rupture abusive, permettant la réorganisation de l'activité du concessionnaire.

2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu cinq arrêts concernant la question très disputée de la durée du préavis de résiliation de contrats de concession automobile en cours pour cause de nécessité de réorganisation du réseau lors de la promulgation d'un nouveau règlement d'exemption par catégorie, en l'occurrence le règlement 1400/2002. Plus précisément, elle a rejeté les pourvois de cinq anciens concessionnaires DAF que ces derniers avaient introduits à l'encontre de cinq arrêts rendus le 11 mai 2011 par la cour d'appel de Paris : Cass. com., 25 septembre 2012, n° de pourvoi : 11-20711 ; n° de pourvoi : 11-20712 ; n° de pourvoi : 11-21604 ; n° de pourvoi : 11-30518 ; n° de pourvoi : 11-20713.

⁵¹⁹ La CJCE dans un arrêt rendu le 7 septembre 2006, aff. C-125/05, a dit pour droit, d'un côté, que l'art. 5, §3, 1^{er} al. 1^{er} tiret, du règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995, concernant l'application de l'art. 81 §3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, qui réserve au fournisseur le droit de résilier l'accord moyennant un préavis abrégé d'un an, doit être interprété dans le sens d'un côté, que l'existence de la « *nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau* » présuppose une modification significative, tant sur le plan matériel que géographique, des structures de distribution du fournisseur concerné, qui doit être justifiée d'une manière plausible par des motifs d'efficacité économique fondés sur des circonstances objectives internes ou externes à l'entreprise du fournisseur.

⁵²⁰ Cass. com., 15 déc. 2009, *préc.*

⁵²¹ L. IDOT, « Adoption des nouveaux règlements d'exemption en matière de relations verticales », *RDCO* 2010/4, p. 1269. V. aussi l'ensemble de la réforme concernant les accords de distribution, C. VILMART, « La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP E* 2010, I, p. 1556 ; Colloque du 27 mai 2010, « Réforme des restrictions verticales : enjeux de l'entrée en vigueur du nouveau règlement communautaire », *RDCO* 2010/3.

2- Le délai de préavis de nature contractuelle

Pour éviter toute difficulté pratique dans la détermination de la durée du préavis, les contractants peuvent convenir de sa durée et des différentes modalités de la rupture, comme par exemple prévoir une clause de résiliation unilatérale du contrat.

Les juridictions françaises, dans certains arrêts, ont confirmé le délai contractuellement accepté, lorsqu'il en existe un, comme indice du caractère raisonnable. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a considéré que « *s'il est exact que le simple respect du délai de préavis contractuel n'est pas nécessairement suffisant au regard des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, il n'en reste pas moins que le contrat fait la loi des parties, et que ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que la durée du préavis contractuel pourra être jugée insuffisante* »⁵²².

Néanmoins, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, cette dernière a effectué une analyse relative au caractère raisonnable d'un délai de préavis contractuellement prévu de six mois⁵²³, avant de le juger suffisant. En réalité, les juridictions françaises, après quelques hésitations⁵²⁴, ont effectué le contrôle du délai de préavis conventionnel, puisque l'art. L. 442-6 du C. com. est un texte d'ordre public, le délai contractuel peut être jugé insuffisant.

Dans la même perspective du droit français, le droit brésilien permet aux parties de stipuler une clause contractuelle indiquant le délai de préavis en cas de résiliation unilatérale du contrat de concession. Selon un auteur, une telle clause est licite sur la base du principe *pacta sunt servanda*⁵²⁵, mais les tribunaux peuvent contrôler si le délai est compatible avec la réalité du cadre contractuel⁵²⁶. Autrement dit, la durée de préavis doit être proportionnelle au

⁵²² CA Versailles 20 janv. 2005, *Cap Île-de-France c. Distribution Casino France*, inédit. Dans le même sens, T. com. Villeneuve-sur-Lot, 18 nov. 2005, *Euro VI c. France Boissons*, inédit. Un arrêt rendu le 20 janvier 1998, rendu par la même chambre commerciale, est en effet généralement compris comme ayant indiqué que le concessionnaire devait, en tout état de cause, disposer du temps nécessaire pour lui permettre d'amortir les investissements exigés de lui par le concédant. Par suite, le respect du préavis contractuel, qui était comme en l'espèce d'un an, n'avait pas suffi à exonérer le concédant du grief de rupture déloyale (cf., D. 1998, jurispr. p. 413, n. C. Jamin ; JCP 1999, II, 10018, n. J.-P. Chazal ; RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre).

⁵²³ La Cour rejette le pourvoi en ces termes : « *Après avoir constaté que la Société Yamaha avait respecté le délai de préavis de six mois prévu par le contrat à durée indéterminée la liant à la Société Lamy, l'arrêt écarte l'appréciation des premiers juges, fondée sur la seule durée des relations contractuelles, et observe que le délai convenu permettait à la Société Lamy, concessionnaire de plusieurs marques, de pallier les inconvénients de la perte de la concession Yamaha; que la Cour d'appel... a pu décider que le délai contractuel était raisonnable et suffisant* » (Cass. com., 31 janv. 2006, *Lamy c/ Yamaha Motors France et MBK*, Jurisdata n° 2006-032101).

⁵²⁴ Cass. com., 6 mars 2007, JCP E 2007.2303, n° 14, obs. G. Decocq.

⁵²⁵ A. V. AZEVEDO, « *Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório* », RT/737, 1997, p. 97 et s.

⁵²⁶ En ce sens, la cour d'appel de São Paulo a jugé insuffisant un délais contractuel de cent quatre-vingts jours dans un contrat à durée déterminée de soixante mois renouvelable pour la même période : TJSP, Mandado de

type d'activité développée par le distributeur et aux investissements réalisés (art. 473 du NCCB).

Nous pouvons également imaginer que, dans certains accords de concession et de franchise, dès lors qu'il s'agit de véritables contrats d'adhésion, le juge peut revoir le délai prévu contractuellement à la hausse afin de corriger en quelque sorte le préjudice subi par le distributeur. La loi du contrat, interprétée à l'aune de l'esprit de la convention plus qu'au regard de sa seule lettre, pourra être mise en échec au visa du nouvel art. 424 du NCCB. Ce texte sanctionne par la nullité des clauses qui conditionnent la résiliation anticipée de l'adhérent à un droit résultant de la nature de l'affaire. Il s'agit d'une disposition générale qui ouvre la possibilité au juge de contrôler l'adéquation de la durée de préavis préétablie par les parties.

Cette interprétation consistant à faire primer le préavis « raisonnable » sur le préavis contractuel, si ce dernier n'est pas suffisant, semble être une bonne décision afin de contourner d'éventuels abus.

B- L'exception à l'obligation de préavis

L'absence du délai de préavis de rupture est prévue en droit français à l'art. L 442-6, I, 5° du C. com. Il s'agit d'une exception à l'octroi d'un préavis de résiliation du contrat en cas d'inexécution des obligations contractuelles par une des parties⁵²⁷ ou en cas de force majeure. Ce texte est souvent évoqué par le concédant ou le franchiseur qui rompt le contrat à cause d'un manquement du concessionnaire ou du franchisé à une clause du contrat sanctionnée par la résiliation immédiate de celui-ci. Le type de faute commise par le concessionnaire doit être pris en compte avec prudence afin d'éviter la résiliation du contrat en raison d'une défaillance légère⁵²⁸. Les exemples plus nombreux de rupture imputable au concessionnaire reposent sur une violation de la clause d'exclusivité à laquelle il est contractuellement astreint et sur la non

Segurança n° 230.313-1, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 13.02.1995. V. également T. P. MUNOZ, *El Contrato de Concesión Mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1976.

⁵²⁷ Cass. com. 28 septembre 2004, *Société JPB c. société MBK*, pourvoi n° 02-21522: « *Le concédant qui a accordé dans un premier temps des délais de paiement à son concessionnaire et qui, n'étant toujours pas payé, met en oeuvre sans préavis les stipulations contractuelles l'autorisant à reprendre les produits, accessoires et pièces de rechange, n'est pas en faute* ».

⁵²⁸ D. FERRIER, *Op. cit.*, p. 291. La jurisprudence exige un certain degré de gravité de la faute (Cass. com., 11 mai 1999, *RJDA* 8-9/1999, n° 918; Cass. com., 8 juin 1999, *RJDA* 8-9/1999, n° 917). Par un arrêt plus récent (Cass. com., 25 septembre 2007, pourvoi n° 06-15.517) la Cour a décidé « *Qu'il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'art. L. 442-6-I-5° du Code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* ». En l'espèce, les manquements établis à la charge d'un agent automobile n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils justifiaient la rupture immédiate.

réalisation des objectifs ou d'un quota de vente. En outre, à l'art. 1184 du Code civil français permet au demandeur d'opter entre l'exécution forcée ou la résolution du contrat avec des dommages et intérêts⁵²⁹. Ces dernières demandes indemnitaires, nous le verrons, sont l'option préférée des parties évincées. Il restera au juge d'apprécier la demande de dommages et intérêts introduite par le concessionnaire ou le franchisé fautif souhaitant faire condamner le concédant ou le franchiseur qui rompt licitement le contrat.

En droit brésilien, le droit des contrats contient une règle qui rend possible l'extinction du contrat sans respect d'un délai de préavis mettant en œuvre la clause résolutoire prévue aux art. 474 et 475 du NCCB⁵³⁰. Selon ces textes, la partie lésée par la défaillance peut mettre fin au contrat sans préavis au travers de la résolution immédiate du contrat qui s'opère de plein droit. Dans ce cas, la partie victime de l'inexécution peut légitimement saisir le juge afin de demander réparation de son préjudice en vertu de la faute commise par l'autre cocontractant ou d'exiger son exécution⁵³¹.

Une jurisprudence de la cour d'appel de Rio de Janeiro a pu décider que le concessionnaire qui n'avait pas payé les commandes passées auprès de son concédant ne peut pas réclamer de dommages et intérêts en raison de la rupture immédiate du contrat. Elle affirme encore que « *le risque financier provoqué par le concessionnaire est suffisamment important pour autoriser le concédant, de façon licite, à suspendre l'exclusivité de revente du concessionnaire* »⁵³². On remarque ici que la cour d'appel non seulement approuve la résolution sans préavis mais sanctionne l'attitude du concédant qui ne respecte pas l'exclusivité du concessionnaire fautif. Dans cette même logique, une décision du Tribunal supérieur de justice n'ayant pas reproché au concessionnaire de rompre sans préavis le contrat de concession d'équipements dans le secteur automobile au visa de la Loi n° 6.729/79, n'a pas donné raison au concédant et rejette sa demande de dommages et intérêts puisque celui-ci

⁵²⁹ L'art. 1184 du Code civil énonce que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement. Dans ce cas, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

⁵³⁰ *Préc. supra.*

⁵³¹ V. M. J. de FRADERA, G. TEPEDINO et A. SCHREIBER, « La rupture du contrat, Rapport brésilien », *Op. cit.*, p. 707. Les effets de la résolution permettant ainsi au cocontractant évincé de demander des dommages et intérêts à l'autre. Dans les cas de contrats à exécution successive tels que la concession et la franchise, les prestations déjà fournies ne seront plus restituées et les effets de la résolution seront *ex nunc*. R. S. LISBOA, « Comentários ao Código Civil, artigo por artigo », (coord.) L.-A. SACAVONE JR. et *alii*, 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 805 et s.

⁵³² TJRJ, Décima Câmara Cível, AgIn n° 587/2006, Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 18.04.2006.

avait transféré la distribution des équipements à une autre société concurrente du concessionnaire⁵³³.

De ce fait, nous pouvons conclure que la suppression du délai de préavis est également envisageable en droit brésilien, si la faute du cocontractant à l'origine de la rupture du contrat peut être démontrée. La solution ici ressemble à celle expressément prévue par le droit français.

§ 2- Les conséquences résultant du non respect d'un préavis

Aussi bien en droit français qu'en droit brésilien le concessionnaire ou le franchisé évincé d'un accord de distribution et victime d'une rupture abusive du contrat, plus précisément d'une rupture brutale, peut demander réparation du préjudice subi. Pour ce faire, les demandeurs doivent nécessairement justifier leurs prétentions en apportant la preuve de l'existence du préjudice. Le simple fait de ne pas accorder un préavis écrit proportionnel à la durée des relations commerciales, n'ouvre pas droit à indemnité si aucun préjudice n'est justifié.

En effet, la position des tribunaux français et brésiliens a rarement été dans le sens d'octroyer une indemnisation aux professionnels pour le seul fait de la cessation des relations contractuelles, mais bien dans le cas de brutalité de la rupture ou d'abus du droit lié aux circonstances de celle-ci⁵³⁴. Or, ces deux préjudices sont bien différents. La liquidation du préjudice issu de la rupture brutale est effectuée poste par poste (**A**). Au-delà de ces chefs de préjudice objectifs, la rupture brutale des contrats de distribution soulève encore une autre question, celle relative à l'indemnité compensatoire résultant de la fin de la relation contractuelle (**B**).

A- La réparation résultante du caractère brutal de la rupture

La réparation résultante de la rupture brutale du contrat de distribution en droits français et brésilien doit compenser principalement l'absence d'un délai de préavis suffisant.

Cependant, la détermination du montant à payer à la victime de la résiliation unilatérale soudaine et brusque peut prendre en considération l'état de dépendance économique du distributeur. C'est ainsi que la cour de Douai affirmait qu' « *il est évident que, plus la dépendance économique est grande, plus le préjudice découlant du caractère brutal*

⁵³³ STJ, REsp. n° 25.838-1, Rel. Min. Claudio Santos, j. 23.03.93, DJ : 19.04.1993.

⁵³⁴ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « La rupture d'une relation contractuelle établie », *LPA*, 09 octobre 2003, p. 9.

de la rupture est important »⁵³⁵. En parallèle, la cour d'appel de Lyon considérait que l'art. L. 442, 6°, I, 5 du C. com. « n'exige pas pour son application une exploitation abusive d'un état de dépendance économique, une telle exploitation constitue (...) une circonstance aggravante »⁵³⁶.

Il est vrai que, dans certains cas, l'état de dépendance économique peut encore aggraver la sanction qui retombera sur l'auteur de la rupture. Il peut modifier la teneur du préjudice subi du fait du non respect d'un délai de préavis suffisant avant la cessation matérielle de la relation commerciale, bien que seule la démonstration d'une faute intrinsèque à la rupture peut ouvrir droit à une réparation. En effet, la dépendance économique du partenaire évincé ne suffit pas à elle seule à faire réparer le préjudice subi du fait de la rupture elle-même. Il s'ensuit que l'état de dépendance économique n'est ni une faute imputable à la partie économiquement plus forte, ni ne constitue un dommage réparable en soi ; seul l'abus du droit de rompre en considération de la situation de dépendance économique est susceptible d'être sanctionné⁵³⁷.

En ce sens, le CADE au Brésil a eu l'occasion de se prononcer au sujet du caractère abusif de la résiliation unilatérale des contrats de concession et de franchise en droit brésilien. Il a conclu que la domination économique dans les rapports entre fabricants et distributeurs n'est pas en soi contraire au droit de sorte que les difficultés économiques ressenties par le distributeur en raison de la rupture du contrat ne constituent pas un abus de position dominante⁵³⁸.

Il ressort ainsi que l'existence d'une telle situation de dépendance constitue un élément de nature à allonger la durée du préavis. On peut considérer que le préjudice réparable s'étend à la réparation du dommage tenant à l'existence d'investissements non encore amortis et engagés pour satisfaire un besoin spécifique du distributeur, au coût de restructuration ou de

⁵³⁵ CA Douai, 5 déc. 2002, *JCP E* 2003, *Cah. dr. ent.*, n° 3, p. 21, obs. D. Mainguy.

⁵³⁶ CA Lyon, 15 mars 2002 ; CA Versailles, 22 mars 2002, *JCP E* 2002, *Cah. dr. ent.*, p.29, obs. D. Mainguy.

⁵³⁷ L. SPERB de PAOLA, « Sobre a denuncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia » *RF*, vol. 343, p. 147.

⁵³⁸ En ce sens, le CADE s'est prononcé lors du procès administratif n° 31/92 relative à une affaire de rupture du contrat de concession de véhicules automobiles conclu entre le concédant, la société *Fiat Automovéis S/A*, et la concessionnaire, la société *Transauto Transportes Especializados de Automoveis S/A*. Cette dernière a argumenté qu'elle fut victime de l'abus de position dominante du concédant qui a rompu le contrat de concession de vente exclusive qui les liait depuis seize ans. La concessionnaire a allégué également avoir réalisé d'importants investissements dans l'État de Minas Gerais afin d'assurer le transport de véhicules de la société Fiat. En l'espèce, le CADE a estimé que la rupture du contrat ne révèle pas de l'abus de position dominante puisque le marché pertinent du concédant n'est pas le même que celui du concessionnaire, car il fabrique des véhicules au niveau national, tandis que le concessionnaire est limité à sa zone géographique, cité par L. BUCHAIN, *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, *Op. cit.*, p. 44.

réinvestissement consécutif à la rupture. Or, ces chefs de préjudice sont, en droit commun des contrats, réparables à la condition de prouver l'existence d'une faute dans la rupture du contrat, distincte des conditions de la sanction d'une rupture brutale.

Enfin, le calcul du montant dû au titre de la réparation du préjudice est laissé à l'appréciation des juges français et brésilien. Pour cela, nous proposons d'analyser les règles de réparation des droits positifs français et brésilien (1), avant de vérifier celles applicables aux contrats du secteur automobile (2).

1- Les règles de réparation de droit positif

Il est souvent difficile de concilier le droit de rompre ou de ne pas renouveler un contrat et la protection de la victime de la rupture. Nous remarquons facilement ses enjeux lorsque, par exemple, un concessionnaire exclusif d'une marque se retrouve sans contrat puisque son partenaire a changé de distributeur après plusieurs années d'échange. Maintes fois, le distributeur perd le contrat et la totalité de ses revenus. A l'inverse du salarié, le concessionnaire ou le franchisé sont des partenaires juridiquement indépendants qui ne disposent pas d'une législation protectrice en droits français ou brésilien.

Des auteurs ont souligné que la rupture du contrat de distribution se trouve « *au cœur des rapports de droit et de l'économie* »⁵³⁹. Ils affirment que protéger le distributeur en cas de rupture ferait peser sur le fournisseur une charge trop lourde, donc une « *charge anti-économique* »⁵⁴⁰. Il s'agit pourtant d'une équation difficile à équilibrer. Dès lors, tout professionnel est titulaire du droit de rompre ou de ne pas renouveler le contrat, sous couvert d'un contrôle de son exécution abusive. L'abus ne tient pas aux motifs qui ont déterminé la rupture mais aux circonstances qui l'ont entourée et reste apprécié subjectivement par les tribunaux français et brésiliens. Ainsi, le droit commun des contrats sanctionne la rupture brutale qui s'avère préjudiciable, puisqu'elle est soudaine et violente, effectuée sans préavis et sans tenir compte de l'ancienneté des relations établies ou d'une durée minimum pour amortir l'investissement réalisé.

Il ressort de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. que la brutalité de la rupture résulte de l'absence ou de l'insuffisance du préavis en considération des relations commerciales antérieures. Un arrêt de la cour d'appel de Montpellier, cassé sur une toute autre partie de sa motivation, avait défini la notion de « rupture brutale » en ces termes : « *La rupture, pour être*

⁵³⁹ M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. ci.*, n° 331 ; C. LACHIEZE, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E* 2004, n° 50, 1996.

⁵⁴⁰ M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Ibidem*.

*préjudiciable et ouvrir droit à des dommages et intérêts, doit être brutale c'est-à-dire, selon le droit commun, "imprévisible, soudaine et violente" [...] ».*⁵⁴¹ Cette formule est fréquemment reprise par les juridictions françaises⁵⁴².

Le principe déjà énoncé consiste à ce que le fournisseur n'est pas tenu de payer la moindre indemnisation au distributeur lorsque le contrat à durée déterminée arrive à son terme ou, s'il est à durée indéterminée, il est dénoncé sans abus. Il est rare que les accords de distribution contiennent une clause en faveur du distributeur qui prévoit une indemnité de fin de contrat. Ainsi, la jurisprudence française est constante dans son affirmation, à savoir que le concédant peut mettre fin au contrat tout en respectant un préavis « *exempt de brusquerie* »⁵⁴³. Cependant, si le contrat de concession ou de franchise est résilié sans préavis suffisant, le distributeur pourrait demander des dommages et intérêts⁵⁴⁴. De ce fait, la rupture brutale ouvre droit à réparation du préjudice subi par la victime⁵⁴⁵. La demande de réparation peut être fondée au visa de l'art. 1149 du Code civil français prévoyant que « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* »⁵⁴⁶. Il s'agit ainsi de la perte subie par le créancier (*damnum emergens*)⁵⁴⁷ et de la perte de gain (*lucrum cessans*)⁵⁴⁸ durant la période de préavis qui aurait dû être respectée, à l'exclusion ou non du montant du chiffre d'affaires⁵⁴⁹.

Le concessionnaire pourra ainsi demander des dommages et intérêts à l'auteur de la rupture brutale d'un contrat à durée indéterminée. C'est d'ailleurs la solution retenue par la

⁵⁴¹ CA Montpellier, 11 août 1999, *RJDA* 11/99, n° 1176 ; *Cah. dr. entr.* 1999, n 5, p.19, n. D. Mainguy ; *D. affaires* 1999, act. jurispr. p.28 ; Cass. com. 3 déc. 2002, pourvoi n° 99-19.822

⁵⁴² CA Rouen 30 mai 2002, *Jurisdata* n° 2002-184180. L'art. 442-6, I, 5° du C. com. ne fait donc qu'entériner ce principe que la jurisprudence rappelle avec vigueur, c'est-à-dire que les relations commerciales peuvent être rompues, sans motif, à tout moment, en respectant un préavis. Ce dispositif, en réalité, a un effet contraire à celui voulu par une partie de la doctrine française qui souhaite voir en elle une possibilité de protection du professionnel en situation de domination économique. Il s'agit pourtant d'un texte spécifique à la rupture des relations dont l'interprétation et l'application n'est guère pas harmonieuse. Enfin, la conception que certaines cours d'appel se font de l'application de ce texte, non remise en cause par la Cour de cassation dans ces arrêts, participe donc de l'élaboration de ce régime spécial de la rupture des contrats d'affaires.

⁵⁴³ Cass. com., 5 déc. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 332.

⁵⁴⁴ Cass. com., 7 juill. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 288, CA Paris, 8 déc. 1994, *RJDA* 1995, n° 272.

⁵⁴⁵ D. FERRIER, *Op. cit.*, p. 300.

⁵⁴⁶ Cass. com., 3 déc. 2002, n° 00-16.818, *Sté Seda c/ Sté Philippe Geny* : alors que la société Philippe Geny soutenait que son préjudice résultait « *de la perte des bénéfices que rapportait ce contrat, de la nécessité de réorganiser son entreprise et d'investir dans la recherche de nouveaux clients susceptibles de lui procurer un chiffre d'affaires équivalent* », la Cour retient sous le visa de l'art. 1149 du Code civil que « *seul le préjudice réel doit être indemnisé et résulte non de la perte de chiffre d'affaires avec la société Seda mais de celle des bénéfices qu'elle pouvait escompter tirer du maintien de ses relations avec cette société* ».

⁵⁴⁷ La perte subie varie selon les cas d'espèce : matériel non amortis, investissements à la demande de l'auteur de la rupture, licenciement du personnel affecté au contrat résilié, stock invendu, atteinte à l'image de marque, coûts de bulletins d'information de la clientèle, etc...

⁵⁴⁸ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*, p. 328 et 329.

⁵⁴⁹ CA Reims, 23 janvier 2006 : pour la prise en compte de l'estimation du chiffre d'affaires.

Cour de cassation qui affirmait que « *la résiliation d'un contrat à durée indéterminée peut, même si le préavis est respecté, revêtir un caractère abusif en raison des circonstances qui accompagnent la rupture* »⁵⁵⁰. Il convient également d'observer que le respect d'un délai de préavis ne saurait à lui seul permettre d'échapper à toute sanction. En effet, l'abus est aussi constitué lorsque la rupture est décidée en parfaite contradiction avec le comportement antérieur du cocontractant. Ainsi, les juges du fond ont sanctionné les fournisseurs qui avaient laissé croire au renouvellement ou au maintien du contrat, en exigeant peu de temps auparavant, des investissements de la part de leurs distributeurs⁵⁵¹.

Si, en effet, un délai de préavis conforme est respecté, le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée sont par nature précaires interdit que la rupture du contrat emporte, en elle-même, un préjudice réparable. C'est ce qu'il convient de retenir de l'arrêt de la cour d'appel de Douai : le contractant évincé « *ne peut obtenir réparation que du préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non du préjudice découlant de la rupture elle-même* »⁵⁵².

La Cour de cassation ayant l'opportunité de trancher la question de la réparation du préjudice a énoncé qu'encore fallait-il rapporter la preuve de l'existence de celui-ci. Il ressort de l'arrêt que le simple fait de ne pas accorder de préavis écrit proportionné à la durée des relations commerciales, n'ouvre pas droit à indemnité si aucun préjudice n'est établi. Ainsi, un prestataire de services de la *Société Parfums Christian Dior* contestait la résiliation, sans aucun préavis, des relations commerciales et sollicitait une réparation forfaitaire correspondant au chiffre d'affaires moyen réalisé pendant une période équivalente à celle du préavis non respecté. La chambre commerciale a rejeté le pourvoi contre l'arrêt qui n'avait pas fait droit à la demande d'indemnisation. La Cour considère qu' « *ayant estimé que la Société IDEAS ne rapportait pas la preuve du montant du chiffre d'affaires perdu depuis la rupture de fait avec la Société Parfums Christian Dior jusqu'à la cessation de son activité, ni la preuve d'une atteinte à son image de marque et d'un préjudice à ce titre, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »⁵⁵³. Cependant, dans un autre arrêt plus récent, la Cour vient

⁵⁵⁰ Cass. com., 5 oct. 1993 ; Cass. com. 5 avr. 1994, CCC 1994, comm. n°159, n. L. Leveneur ; D. 1995, jurispr. p. 355, 2e esp., n. G. Virassamy. Dans ce dernier arrêt, il a été constaté que le concessionnaire avait fait d'importants investissements de publicité à la demande du concédant.

⁵⁵¹ CA Aix-en-Provence, 30 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316813.

⁵⁵² CA Douai, 23 avril 2003.

⁵⁵³ Cass. com., 3 mars 2004, inédit. La cour d'appel de Versailles, dans une situation voisine de rupture sans aucun préavis écrit, a également rejeté la demande en réparation au motif que la victime, en dépit de la rupture sans préavis, n'avait pu justifier d'aucun préjudice (CA Versailles, 26 févr. 2004, *Heineken c/ Azur Drink*, inédit).

également de préciser que le préjudice subi en tout état de cause doit être « *directement lié à l'absence de préavis de résiliation, seule faute ouvrant droit à réparation* »⁵⁵⁴.

En ce qui concerne le droit brésilien, la détermination de l'indemnisation de rupture d'un contrat de concession ou franchise⁵⁵⁵ n'est guère plus facile qu'en droit français. La règle générale est celle qui permet à la victime de demander la réparation du préjudice subi à travers des dommages et intérêts (art. 389 du NCCB)⁵⁵⁶ qui sont mesurés en fonction de l'étendue du dommage (art. 944 du NCCB)⁵⁵⁷. Comme dans le cadre du droit français, les dommages et intérêts peuvent constituer le gain perdu et le gain manqué selon une jurisprudence constante⁵⁵⁸. Alors qu'un arrêt de la cour d'appel de l'État do Rio Grande do Sul avait estimé qu'en raison des circonstances du cas d'espèce, telles que la puissance économique du fournisseur et la relation de dépendance économique du distributeur, le préavis aurait dû être fixé à six mois. La cour a donc condamné le fournisseur à verser au distributeur le montant équivalent à son chiffre d'affaires habituel pendant la durée du préavis estimée raisonnable⁵⁵⁹.

Une autre espèce particulièrement éclairante est celle prononcée par la Haute juridiction brésilienne. Elle n'a pas hésité à condamner un concédant à payer des dommages et intérêts au concessionnaire évincé de son réseau suite à une rupture brutale du contrat. La Cour a alors décidé que le concessionnaire, en plus de percevoir une réparation relative au gain manqué et perdu pendant la période de préavis, avait également droit au remboursement des montants versés à ses employés au titre de leur licenciement⁵⁶⁰. En effet, le concessionnaire avait perdu plus de soixante dix pour cent de son chiffre d'affaires après la résiliation unilatérale du contrat, ce qui a provoqué un déficit financier sans précédent pour l'entreprise.

⁵⁵⁴ Cass. com., 6 déc. 2005, *Champagnes Lanson c/ SOMAS*, inédit.

⁵⁵⁵ La loi sur la franchise en droit brésilien ne prévoit pas de régime de responsabilité découlant de la résiliation unilatérale du contrat. V. Nelson ABRAO, « A lei de franquia empresarial », RT/84, 1995, vol. 722, p. 25 et s.

⁵⁵⁶ Art. 389 : « *Si l'obligation n'est pas exécutée, le débiteur répond des dommages et intérêts et l'indexation, selon les taux officiels régulièrement établis, et des honoraires de l'avocat* » (notre traduction); L. R. CRUZ E CRUZ et B. B. da C. de OLIVEIRA, « Indenização no sistema de franquia empresarial », *Op. cit.*, p. 69. Dans ce sens, v. S. RODRIGUES, *Direito civil – Responsabilidade civil*, vol. 4, 14e éd., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 183.

⁵⁵⁷ Art. 944 : « *L'indemnité se mesure par rapport à l'étendue du dommage. Paragraphe unique. Au cas d'une disproportion excessive entre la gravité de la faute et le dommage, le juge pourra réduire, équitablement, l'indemnité* », *cf.*, *Code civil brésilien*, *Op. cit.*, p. 282.

⁵⁵⁸ TJRS, Ap. civ. n° 593136930-Porto Alegre, Rel. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 21.12.1993. Dans le même sens, v. aussi TJPR, Ap. civ. n° 218/880-Curitiba.

⁵⁵⁹ TJRS, Ap. civ. n° 70003442670, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 29.12.2004.

⁵⁶⁰ STJ, REsp n° 401.704 – PR (2001/0182757-1), Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 25.08.09, DJ : 02.09.2009.

Il semble que le Tribunal supérieur de justice fasse preuve de bienveillance dans ce cas et, de ce fait, elle sanctionne le concédant et l'oblige à réparer tout le mal provoqué par la perte de l'activité du concessionnaire. Il reste évident que la Cour a pris conscience que l'extinction de l'accord entraînerait la disparation d'une activité dans laquelle le distributeur était complètement dépendant économiquement.

La concession et la franchise constituent des exemples typiques de relations d'affaires fondées sur des liens très étroits de collaboration entre les parties. En même temps, ce cadre contractuel admet la mise sous contrôle de l'une des parties par l'autre. Le distributeur qui réalise des investissements dans l'activité afin d'intégrer un réseau se voit obligé d'acquérir des actifs spécifiques très faiblement redéployables après la rupture du contrat. C'est pour ces raisons qu'un contrôle judiciaire est important afin de permettre de restituer une certaine dignité à la partie fragilisée par la rupture dans certains cas⁵⁶¹.

2- La réparation prévue dans les contrats du secteur automobile

Le droit français ne dispose d'une réglementation spécifique applicable aux litiges découlant de la rupture brutale du contrat de distribution dans le secteur automobile. Ainsi, le juge français est chargé d'analyser les conditions de rupture du contrat et si le délai de préavis octroyé est suffisant, en appliquant des règles de droit interne et de la concurrence en droit européen.

Deux jurisprudences récentes rendues par les juridictions françaises ont démontré que l'application du règlement communautaire (CE) 1400/2002 n'écarte pas l'application de l'art. L. 442, 6, I, 5° du C. com. Un jugement rendu par la cour d'appel de Versailles a énoncé que le règlement (CE) 1400/2002 « *n'a pas pour vocation de suppléer, écarter ou compléter les disposition d'ordre public interne de l'article L. 442, 6, I, 5° du Code de commerce, de protection de deux parties à la même relation contractuelle, permettant d'obtenir l'indemnisation de la rupture brutale d'une relation commerciale établie* »⁵⁶². Dans ce sens, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Limoges, les juges du fond ont déclaré que l'art. L.

⁵⁶¹ D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », *Op. cit.*, p. 129 ; A. des BROSSES, « La rupture fautive de relations commerciales établies », in *Contrats de distribution, l'équilibre enfin trouvé ?*, *Dr. et patr.*, juin 2003, n° 116, p. 50 et s., spéc., p. 52.

⁵⁶² CA Versailles, 12 juin 2012, 12è ch., *SA BMW France c. SAS Paris Ouest Service* : en l'espèce, la Cour avait estimé que le délai de préavis de rupture du contrat de distribution devait s'élever à 24 mois compte tenu de l'existence des relations commerciales existantes de manière stable et continue. Le délai de six mois de préavis était en effet insuffisant pour mettre fin à une succession de contrats qui se renouvelait depuis 18 ans. Sur ce arrêt, v. les commentaires de M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'art. L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce s'applique-t-il au contrat de distribution automobile qui bénéficie du règlement d'exemption automobile ? », *RDCO* 2013/1, p. 179.

442, 6, I, 5° du C. com. qui « impose ou permet d'exiger un délai de préavis supérieur à celui prévu par la législation européenne n'est pas contraire à cette législation en sorte que rien ne permet d'en exclure l'application »⁵⁶³.

Les décisions citées ci-dessus ont jugé que le préavis de six mois stipulé dans le règlement (CE) n° 1400/2002 était insuffisant vis-à-vis des circonstances tirées du cas concret. La période de préavis aurait dû être calculée sur une période de 24 mois. En conséquence de quoi, l'indemnité résultant de la rupture brutale devrait être calculée sur la marge brute des concessionnaires pendant une période plus longue, grâce à l'application de la législation nationale.

Il est important de rappeler que, depuis le 1^{er} juin 2013, la vente de véhicules automobiles neufs est soumise au règlement (UE) n° 330/2010 et, dans ce contexte, le traitement des clauses de résiliation et de règlement des litiges a disparu. Comme le contentieux ne va pas s'éteindre pour autant en cas de non-renouvellement des contrats, ce type de question devra à l'avenir être résolu en application du seul droit national. Au regard des jurisprudences françaises en la matière, il nous semble que le retour à l'application du droit commun ne posera pas de difficultés supplémentaires⁵⁶⁴.

Au Brésil, la loi Ferrari organise un régime spécial pour le secteur automobile en ce qui concerne la réparation du préjudice occasionné par la rupture unilatérale sans préavis. Ce texte prévoit des règles spécifiques relatives à la réparation d'un éventuel préjudice subi par la victime de la rupture abusive. Rien n'empêche, en revanche, que les parties conviennent d'insérer dans la convention d'autres chefs de réparation en fonction de la spécificité de l'accord (art. 24, IV). De ce fait, lorsque le concédant ne respecte pas le délai de préavis minimum de cent vingt jours imposé à l'art. 22, §2, il est condamné à payer une réparation au concessionnaire ayant subi un préjudice.

⁵⁶³ CA de Limoges, 12 février 2012, ch. civ., *SA BMW France c. SA Taurisson* : dans cette affaire, les parties avaient conclu des contrats de distribution à durée déterminée qui s'enchaînaient depuis une période assez longue de trente ans. La société BMW (fabricant) ne voulait plus renouveler le contrat puisqu'elle accusait la société Taurisson (distributeur) de ne pas atteindre les résultats de vente et de ne pas entreprendre des mesures plus efficaces à cet effet. La Cour a toutefois énoncé que, compte tenu de l'ancienneté de la relation entre les deux sociétés et de l'état de dépendance de la société Taurisson à l'égard de son partenaire commercial, qui représentait 60% de son chiffre d'affaires et plus de 50% de sa marge brute, il convenait de fixer à 24 mois le délai de préavis. V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'art. L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce s'applique-t-il au contrat de distribution automobile qui bénéficie du règlement d'exemption automobile ? », *Ibidem*.

⁵⁶⁴ Nous pouvons espérer, de ce fait, que les jugements rendus par les tribunaux français ne soient pas empreints d'une légère faveur à l'égard du concessionnaire qui n'apporte pas la preuve que d'importantes dépenses d'investissement ont été imposées par le concédant. En ce sens, v. Cass. com., 7 octobre 1997, *Sté Maine c/ Sté Volvo Automobiles France*, D. 1998, p. 413, n. C. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10085, obs. J.-P. Chazal ; *CCC*. 1997, n° 20, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 1998, p. 370, obs. J. Mestre.

Ainsi, l'art. 24 prévoit des sanctions en cas de manquement à une obligation contractuelle ou de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée par le concédant. Ce texte prévoit un certain nombre d'obligations à la charge du concédant, s'il a abusé de son droit de rupture, par exemple, sans respecter le délai de préavis légal ou conventionnel⁵⁶⁵. L'art. 24 énonce, qu'en cas de résiliation, le concédant sera obligé de racheter le stock de véhicules et de pièces du concessionnaire au prix de vente au consommateur et de racheter les équipements et machines utilisés par le concessionnaire au prix du marché au moment de la rupture (art. 24, I et II). Ici, on remarque que la préoccupation essentielle a été d'assurer au concessionnaire la reprise du stock et des équipements par le concédant, car tel n'est pas toujours le cas au regard d'autres contrats de distribution innommés⁵⁶⁶.

Nonobstant les obligations mentionnées ci-dessus, l'art. 24, III prévoit encore une sanction pécuniaire, si le concédant prononce la résiliation du contrat à durée indéterminée. En effet, le texte prévoit que le concédant devra indemniser le concessionnaire si la rupture est abusive ou fautive. Le calcul du montant à payer à titre d'indemnisation relève, cependant, d'une équation un peu complexe. En effet, le concédant est obligé de verser des dommages et intérêts calculés selon la formule suivante : il est dû pour chaque période contractuelle quinquennale une indemnité de quatre pour cent s'appliquant, pour la partie fixe, à dix-huit mois de chiffre d'affaires et, pour la partie variable, à trois mois. Le chiffre d'affaires de référence est celui calculé sur les deux derniers exercices précédant la résiliation⁵⁶⁷.

Des auteurs ont cependant proposé une formule assez simple pour calculer l'indemnité, à partir de la moyenne du chiffre d'affaires du concessionnaire pendant les deux dernières années d'activité⁵⁶⁸. Un arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice a confirmé cette base de calcul d'origine doctrinale, en affirmant que la formule n'est en rien contraire à l'art. 24, III de la loi Ferrari⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ V. F. A. R. de OLIVEIRA, « Concessão comercial de veículos automotores », *RF/99*, v. 368, 2003, p. 63-79, spéc. 77.

⁵⁶⁶ Néanmoins, un arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice (STJ) a considéré que l'obligation du rachat du stock, de pièces et d'équipements en possession du concessionnaire, ne peut pas être assimilée à une indemnité de fin de contrat (REsp. n° 780764/GO (2005/0151965-3), Rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.09.2007, DJ : 26.11.2007, p. 197).

⁵⁶⁷ Le problème de cette formule consiste à dire que le total obtenu à titre d'indemnité résultant de la résiliation unilatérale est nettement supérieur au dommage proprement subi par la perte d'activité, notamment pour les contrats ayant une durée de plusieurs années, comme l'indique F. A. R. de OLIVEIRA (« Concessão comercial de veículos automotores », *Op. cit.*, p. 77).

⁵⁶⁸ En ce sens, v. Miguel Reale, cité par F. A. R. de OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 78 et 79.

⁵⁶⁹ STJ, Resp. n° 104180/RJ (1996/0051534-4), Rel. Min. Bueno de Souza, j. 18.04.2000, DJ : 06.11.2000, p. 206.

L'interprétation des tribunaux brésiliens va dans le sens d'octroyer une indemnité au concessionnaire, en cas de violation de l'art. 22, §2, de la loi Ferrari par le concédant. Ce dernier est alors condamné à payer des dommages et intérêts au concessionnaire au visa de l'art. 24, III⁵⁷⁰. Cependant, on retrouve une jurisprudence qui a envisagé un principe de réparation plus étendue.

Ainsi, une jurisprudence du Tribunal supérieur de justice a condamné la société *Volvo do Brasil* (concedant) à payer des dommages et intérêts pour avoir rompu brutalement le contrat de concession de véhicules automobiles avec la société *Transito SA* (concessionnaire). La Cour fait en effet application de l'art. 24 de la loi Ferrari pour allouer des dommages et intérêts au concessionnaire. Toutefois, pour pouvoir octroyer au concessionnaire une indemnité pour la perte de gain (modalité non prévue par la loi Ferrari), elle a appliqué les règles du droit commun des contrats pour condamner le concédant à payer le *lucrum cessans* au concessionnaire. En fait, le Tribunal justifie sa décision en affirmant que le droit à la réparation prévu à l'art. 24 de la loi Ferrari n'est pas satisfaisant en l'espèce, car le concessionnaire avait investi lourdement dans son activité⁵⁷¹.

Nous constatons donc qu'il n'existe aucune position uniforme de la jurisprudence à propos du *quantum* de l'indemnité de résiliation unilatérale du contrat à verser au concessionnaire. En fait, l'art. 24, IV ouvre également la possibilité aux parties de stipuler d'autres réparations en cas de résiliation unilatérale⁵⁷².

Par ailleurs, une autre question voisine de celle de l'extension des dommages et intérêts résultant de la rupture du contrat de distribution est de savoir si l'on peut octroyer une indemnité de fin de contrat au distributeur évincé.

B- La possibilité d'octroyer une indemnité au distributeur en fin de contrat

L'indemnisation compensatrice de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé est toujours un thème d'actualité en droits français et brésilien. D'autant plus que les deux

⁵⁷⁰ STJ, REsp. n° 966163/RS (2007/0155661-8), Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 26.10.2010, DJ : 04.11.2010, RT, vol. 905 p. 235, STJ, REsp. n° 534.105/MT (2003/0068612-3), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.09.2003, DJ : 19.12.2003, REsp. n° 25838/RJ (1992/0019811-2), Rel. Min. Claudio Santos, j. 23.03.1993, DJ : 19.04.1993 p. 6681, *LEXSTJ* vol. 48, p. 220.

⁵⁷¹ STJ, REsp. n° 10.391/PR (1991/0007776-3), Rel. Min. Savio de Figueiredo Teixeira, j. 03.08.1993, DJ : 20.09.1993, p. 19178, *LEXSTJ* vol. 53 p. 139, *REVJMG* vol. 125 p. 332.

⁵⁷² Les parties peuvent accorder que le préjudice réparable s'étend à la réparation du dommage tenant à l'existence d'investissements non encore amortis spécifiquement engagés pour satisfaire un besoin spécifique du distributeur, au coût de reconstruction ou de désinvestissement consécutif à la rupture, à la désorganisation de l'appareil productif du fournisseur et même le préjudice par ricochet subi par les créanciers impayés du fournisseur. Or, ces chefs de préjudice sont, en droits communs des contrats, réparables à la condition de prouver l'existence d'une faute dans la rupture du contrat, distincte des conditions de la sanction d'une rupture brutale.

systèmes juridiques prévoient ce type d'indemnisation pour l'agent commercial, dont le statut n'est pas sans présenter des traits communs entre la concession et la franchise.

En droit français, l'indemnité due à l'agent commercial sert à réparer le préjudice résultant de la rupture du contrat⁵⁷³. Ainsi, l'indemnité de l'agent commercial est calculée sur la base de la commission perçue pendant les deux dernières années d'activité (art. L. 134 - 12)⁵⁷⁴. Dans ce système, l'indemnité apparaît strictement réparatoire parce qu'elle doit compenser la perte de l'activité de l'agent et les chiffres d'affaires y afférents⁵⁷⁵. Néanmoins, ni le droit positif ni la jurisprudence française ne reconnaissent la prétention du concessionnaire et du franchisé à une indemnité compensatrice sur la base d'une application analogique de l'agent commercial.

Si l'état du droit positif français ne permet pas l'obtention d'une indemnité de fin de contrat, la doctrine française a toutefois proposé quelques solutions. M. Philippe Le Tourneau a proposé pour le contrat de franchise une « *redevance de sortie de réseau correspondant à l'accroissement de la valeur du réseau dû à son labeur* »⁵⁷⁶. Cette même redevance pourrait être étendue au contrat de concession commerciale, lorsque les investissements effectués par le concessionnaire ne seraient pas amortis lors de la rupture. M. François-Xavier Licari a proposé, dans sa thèse de doctorat, l'obtention d'une « *indemnité compensatrice du préjudice subi* »⁵⁷⁷ pour les accords de concession et de franchise à l'instar du droit allemand de l'agence commerciale (§ 89b HGB)⁵⁷⁸, en appliquant par analogie l'art. L. 134-12 C. com. relatif à l'agence commerciale, à la condition que le distributeur ait contribué à l'augmentation du courant d'affaires du maître du réseau.

⁵⁷³ La Directive de 1986 a offert aux États membres la possibilité de choisir également l'indemnité de clientèle. Ce choix a été exercé par l'Allemagne, le Portugal et l'Italie. Pour un aperçu sur la question, v. R. de QUENAUDON, Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales, *J.-Cl.*, fasc. 565-A 10, 1997 ; J.-M. LELOUP, « La directive européenne sur les agents commerciaux », *JCP E* 1987-II, n° 15024 ; I. VEROUGSTRAETE, « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage », in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, *J.B.*, 1990, n° 47, p. 183 ; A. P. MONTEIRO, « Contratos de agência, de concessão e de franquia ("franchising") », in *Estudos em Homenagem a Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial 1984, p. 303-327.

⁵⁷⁴ Cass. com., 5 avr. 2005, *D. comm.* 146, n. Leveneur ; Cass. com., 25 juin 2002, *Bull. civ.* IV, n° 109, *D.* 2002. 2467, n. E. Chevrier, *CCC.* 2002, comm. 152, obs. L. Leveneur, *RTD com.* 2003. 158, obs. B. Bouloc.

⁵⁷⁵ Le droit italien prévoit l'indemnité de fin de contrat « *indemnità di cessazione del rapporto* » à l'art. 1751 du Code civil italien. Néanmoins, l'agent commercial peut toujours demander la réparation si le contrat est rompu par faute du principal. En ce sens v. V. ACHILI, M.-T. CARACCILO et *alli*, « Il contratto di agenzia », in *I contratti di distribuzione*, Giuseppe Cassano (coord.), Milano, Giuffrè Editore, 2006, p.137-397, spéc. p. 316 et s. ; F. BORTOLOTTI, *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, 3e éd., vol. 1, Milano, Cedam, 2009 ; R. BALDI, *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, *Op. cit.*, 1997, p. 289 et s.

⁵⁷⁶ Ph. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, *Op. cit.*, n° 680 et s.

⁵⁷⁷ F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *Op. cit.*, p.145 et s.

⁵⁷⁸ F.-X. LICARI, « La notion d'agent commercial et l'indemnité de fin de contrat dans la jurisprudence récente de la CJCE », *RLDC*, 2006, p. 5-10, spéc. p. 8 et « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale », *RLDA*, 2007, p. 93-105, spéc. 99.

L'idée d'accorder une indemnité compensatrice de fin de contrat peut s'envisager compte tenu du fait que, aussi bien le concessionnaire que le franchisé ont pu réaliser de lourds investissements pour attirer une clientèle durant la relation commerciale. En outre, selon un auteur portugais, la soumission inconditionnelle du concessionnaire au contrôle du concédant justifierait l'application des règles de l'agence commerciale au contrat de concession en raison de la dépendance économique et sa soumission aux orientations du concédant⁵⁷⁹. Il s'agirait alors d'une contrepartie financière en raison de la cessation d'activité à l'instigation du concédant ou du franchiseur, dans la mesure où la clientèle constituée pendant la durée du contrat ne sera plus attachée au concessionnaire et au franchisé. En ce sens, l'indemnité compensatrice de l'agent se réfère à la "plus value" réalisée par l'agent, laquelle sera exploitée après la fin du contrat par le mandant⁵⁸⁰.

Dans cette perspective, le droit brésilien prévoit une indemnité de rupture du contrat d'agence commerciale qui correspond à la perte de la clientèle prospectée pendant la durée de l'activité⁵⁸¹. Cette indemnité doit compenser l'agent commercial d'avoir fidélisé une clientèle qui s'est attachée au produit qu'il représentait⁵⁸².

Nonobstant les spécificités de la concession et de la franchise d'une part et, de l'agence commerciale, d'autre part, il existe des caractéristiques communes entre elles qui pourraient justifier une indemnisation.

En premier lieu, l'activité exercée par le concessionnaire et le franchisé est menée en leur propre nom et pour leur propre compte, tandis que l'agent commercial agit dans le cadre d'un mandat pour le compte de son donneur d'ordre⁵⁸³. Dans ces conditions, serait-il possible d'octroyer une indemnité de fin de contrat au concessionnaire ou au franchisé évincé ? La réponse peut être positive dès lors que l'on considère que le concessionnaire ou le franchisé

⁵⁷⁹ A. P. MONTEIRO indique qu'en droit portugais, on applique le régime de l'indemnité de clientèle due à l'agent commercial au concessionnaire en raison de la cessation du contrat (art. 33, n° 3 et 4, décret n° 118/93) (cf., « Do Regime Jurídico dos Contratos de Distribuição Comercial », *RBDC*, n° 22, 2002, p. 33-49 et *Dénoncia de um contrato de Concessão Comercial*, *Op. cit.*, p. 79). En ce sens, v. aussi S. T. D'ALTE, « O contrato de concessão comercial », *RFDL*, vol. XLII, n° 2, 2001, p. 1407 et s.

⁵⁸⁰ V. A. P. MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 5e éd., Coimbra, Almedina, 2004, p. 133 ; R. REQUIAO, *Do Representante Comercial*, *Op. cit.*, p. 67 et s.

⁵⁸¹ La loi n° 4.886 de 1965 modifiée par la Loi n° 8.420 de 1992 prévoit une indemnité de rupture du contrat sans faute de l'agent. L'art. 27, "j" concernant le contrat à durée indéterminée stipule que l'indemnité ne pourra pas être inférieure au total des commissions actualisée et acquise pendant la durée du contrat divisée par douze. Si le contrat est à durée déterminée, l'indemnité sera calculée selon l'art. 27, §1, à partir de la moyenne des commissions acquises jusqu'à la résiliation du contrat. Ensuite, ce résultat sera multiplié par la moitié du nombre total des mois correspondant à la durée du contrat.

⁵⁸² Si l'on songe à une clientèle commune, v. dans ce sens Ph. GRIGNON, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000.

⁵⁸³ A. P. MONTEIRO, « Do Regime Jurídico dos Contratos de Distribuição Comercial », *Op. cit.*, p. 39 et *Contrato de Agência*, *Op. cit.*, p. 137 et s.

effectue un travail important de prospection de la clientèle, notamment lorsque la marque n'est pas connue dans le marché considéré⁵⁸⁴.

En second lieu, la fréquence et l'intensité des contrats d'application ou des commandes sont directement liées à la demande de la clientèle. Celle-ci est du reste l'élément qui déclenche la relation contractuelle donnant effet au contrat de distribution. L'existence d'un objectif commun qui se traduit par la fidélisation de la clientèle dans les contrats de distribution unit le concédant et le concessionnaire, le franchiseur et le franchisé. C'est pourquoi on pourrait dire que les contrats de concession et de franchise sont des contrats de collaboration entre les parties relevant de l'existence d'un « intérêt commun »⁵⁸⁵.

Du point de vue du droit français, nous regrettons néanmoins que le domaine de l'intérêt commun soit beaucoup plus restreint et n'atteigne pas le contrat de distribution en général, selon la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁸⁶. Selon elle, l'intérêt commun est limité uniquement au contrat de mandat, puisque le mandataire agit pour le compte et au nom d'un tiers. Mais, en réalité, le problème relatif au domaine de l'intérêt commun est, comme l'indique Mme Martine Béhar-Touchais, lié à un amalgame qui a été fait « *entre la notion d'intérêt commun et les conséquences à en tirer en cas de rupture du contrat* »⁵⁸⁷. Cette difficulté a été mise en évidence dès lors que le « *législateur a admis que les contrats de distribution avec des revendeurs sont pour certains des contrats d'intérêt commun* »⁵⁸⁸, en vertu de la loi Doubin du 31 décembre 1989. En effet, si le contrat de distribution était considéré comme d'intérêt commun, tel que le contrat de mandant, le distributeur évincé du réseau pourrait demander une indemnité en fin de contrat, comme le fait l'agence commerciale.

Le contrat-cadre de concession ou de franchise exprime l'esprit des relations contractuelles que les cocontractants souhaitent instaurer, *l'animus cooperandi* qu'ils désirent insuffler entre eux. La présence d'un tel intérêt commun dans les contrats de concession et de

⁵⁸⁴ P.-E. LILLA, « O abuso do direito de denúncia nos contratos de distribuição : o entendimento dos tribunais brasileiros no novo código civil », *RDM*, 2002, n° 127, p. 229-247, spéc. p. 243 et s.

⁵⁸⁵ La référence à l'intérêt commun et sa consécration sont nettes. V. notamment Ph. MIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 127 et s. ; A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mélanges Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 85 et s. ; J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Mélanges Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 105 et s. En ce sens, le contrat-cadre de concession exprime l'esprit des relations contractuelles que les cocontractants souhaitent instaurer, *l'animus cooperandi* qu'ils désirent insuffler entre eux, ce qui explique toute la spécificité de ce contrat-cadre, faisant naître une solidarité entre les parties.

⁵⁸⁶ A. BENABENT, « L'indemnisation du franchisé », *RLDA*, supplément n° 73, 2012, p. 47-49.

⁵⁸⁷ M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le contrat de distribution*, *Op. cit.*, p. 175.

⁵⁸⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le contrat de distribution*, *Op. cit.*, p. 176.

franchise explique toute la spécificité de ce contrat-cadre, faisant naître une solidarité entre les parties. Bien que la doctrine française ne soit pas unanime à propos de l'extension du domaine de l'intérêt commun aux contrats de distribution, certains auteurs affirment que « *l'intérêt commun, c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »⁵⁸⁹, ce qui explique le rapprochement de forces dans une relation de longue durée requérant du dynamisme et la convergence des parties.

Du côté du droit brésilien, il est possible de trouver une jurisprudence qui impose une indemnité compensatoire de clientèle au concessionnaire ou au franchisé, afin d'éviter l'enrichissement sans cause du concédant et du franchiseur⁵⁹⁰. Pour cette raison, la cour d'appel de Minas Gerais a condamné le concédant qui a résilié un contrat de concession à payer une indemnité au concessionnaire pour la clientèle acquise et pour le matériel acheté pendant l'exécution du contrat. Selon la cour d'appel, le concédant doit réparer le déséquilibre causé par son acte au travers du paiement d'une indemnité au concessionnaire. Enfin, la cour d'appel n'a pas appliqué par analogie le texte relatif à l'agent commercial⁵⁹¹.

Par ailleurs, la possibilité d'octroyer une indemnité de fin de contrat a été soulevée par un groupe de travail responsable de l'un des projets d'harmonisation du droit européen des contrats, à savoir le « Cadre commun de référence »⁵⁹². Ce texte prévoit une indemnité de clientèle en fin de contrat dénommée « goodwill », lorsqu'il est mis un terme au contrat pour quelque motif que ce soit, si et dans la mesure où : *i*) la première partie a sensiblement accru le volume des affaires de l'autre et alors que cette dernière continue à tirer des profits substantiels de cette activité ; *ii*) le paiement de l'indemnité est raisonnable eu égard à toutes les circonstances.

En définitive, le traitement jurisprudentiel des dommages et intérêts met en lumière une grande diversité des solutions indemnitaires lors des cessations d'activité, surtout si le

⁵⁸⁹ T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s.; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 1328.

⁵⁹⁰ Nous retrouvons cette même application dans la doctrine allemande qui considère que l'indemnité de clientèle est une compensation « Ausgleichsanspruch » afin d'éviter « *l'enrichissement sans cause* » d'une des parties. En ce sens, v. A. P. MONTEIRO, *Dénuñcia de um contrato de Concessão Comercial*, *Op. cit.*, p. 101 et s. ; F. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesion*, 2e éd., Madrid, 1998, p. 97 et s.

⁵⁹¹ TAMG, Ap. civ. n° 327097-3, j. 22.3.2001 : en mettant fin au contrat unilatéralement, le concédant doit réparer le déséquilibre causé par son acte à travers le paiement d'une indemnité au concessionnaire.

⁵⁹² Le groupe d'étude du professeur C. von Bar a organisé un « instrument optionnel » intitulé « Cadre commun de référence » ou « Draft Common Frame of Reference » (DCFR) plutôt qu'un Code uniforme et obligatoire. Il n'en demeure pas moins que l'objectif, à terme, réside dans l'instauration d'un Code européen des contrats dont les principes dégagés par les Commission Lando et von Bar seront probablement les fondements. Sur ce point, v. C. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline édition, Munich, Sellier, 2009.

fournisseur est à l'origine de la rupture unilatérale du contrat de distribution. Nous constatons aussi que les droits français et brésilien essaient de donner un minimum de sécurité juridique aux relations entre fournisseur et distributeur, notamment au moment de la rupture du contrat.

L'analyse des jurisprudences française et brésilienne nous permet d'observer que ce qui peut être reproché au cocontractant qui rompt le contrat « *est sa manière d'agir et éventuellement les circonstances qui accompagnent sa prise de position* »⁵⁹³. Nous verrons maintenant que le non respect de certains principes de droit ou des dispositions légales concernant la manière de rompre peut engager la responsabilité de son auteur en droits français et brésilien.

⁵⁹³ P.-E. LILLA, « O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição : o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil », *Op. cit.*, p. 240.

Chapitre II - Le fondement de la responsabilité découlant de la rupture du contrat

La résiliation unilatérale du contrat de distribution, ne devrait pas, *a priori*, soulever de difficultés. Aussi bien les tribunaux que les doctrines française et brésilienne se sont prononcés à maintes reprises sur la rupture des contrats à exécution échelonnée tels que la concession commerciale et la franchise. Ils affirment le principe de la liberté des parties de se désengager, à la condition de ne pas abuser de cette prérogative.

A ce propos, nous avons vu que la rupture brutale, sans l'octroi d'un délai de préavis, est sanctionnée au titre d'une rupture abusive par les jurisprudences française et brésilienne. La sanction d'un acte abusif qui met fin à une relation contractuelle peut parfois être insuffisante, dans la mesure où l'abus peut produire également des effets sur l'organisation contractuelle proprement dite. Or, si l'abus relève inexorablement de l'analyse d'un cas précis, c'est parce que le juge prend en compte également le contexte de la rupture du contrat. Par suite, l'analyse de l'action abusive sera propice à provoquer des impressions strictement subjectives du juge.

L'abus de droit lors de la rupture du contrat de concession ou de franchise reste une problématique encore très débattue en droits français et brésilien. Dans ce contexte, il apparaît important de connaître le fondement de la responsabilité résultant de la rupture abusive du contrat de concession et de franchise dans les deux ordres juridiques. Pour cela, il conviendra d'envisager le caractère abusif de la rupture brutale du contrat (**Section 1**), avant d'examiner la nature de la responsabilité encourue par l'auteur de la rupture abusive (**Section 2**).

Section 1- Le caractère abusif de la rupture brutale du contrat

La rupture du contrat par le concédant ou le franchiseur n'est pas en soi illicite. Elle est d'ailleurs offerte aux deux parties à condition de respecter un délai de préavis raisonnable ou contractuel. Ainsi, les jurisprudences française et brésilienne admettent la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Pour cela, nous avons montré qu'il existe un contrôle qui permet de sanctionner la rupture brutale, celle qui résulte de la soudaineté et de la violence⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ D. MAINGUY, « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 25 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 8e éd., Dalloz, 2008, p. 185 et s.

La rupture brutale du contrat de concession ou de franchise est incontestablement l'usage illégitime d'un droit. Il en résulte que cet abus de droit est sanctionné parce qu'il constitue un comportement répréhensible caractérisé par le dépassement ou le détournement d'une prérogative en principe licite⁵⁹⁵. Au fil des années, les jurisprudences française et brésilienne ont essayé d'encadrer le droit de la résiliation des contrats de distribution ou le non-renouvellement par l'application de la théorie de l'abus de droit. La mise en œuvre de cette théorie a servi de fondement à des actions en justice notamment de la part des concessionnaires et des franchisés qui prétendaient avoir subi un préjudice, à l'occasion de la rupture décidée par leurs cocontractants.

L'abus de droit qui se caractérise par l'usage illégitime qu'une partie fait d'un droit, peut être étroitement lié à la notion de bonne foi. Le manquement à la bonne foi peut être constitué par le simple fait de ne pas avoir tenu compte, ou tout du moins pas suffisamment compte, de l'intérêt particulier du cocontractant. Dès lors, nous examinerons l'existence de l'abus de droit lors de la rupture du contrat (§1), avant de dégager le rôle pondérateur de la notion de bonne foi (§2).

§ 1- L'existence de l'abus de droit lors de la rupture du contrat

L'analyse des jurisprudences brésilienne et française concernant la rupture brutale et le non-renouvellement des contrats de concession ou de franchise révèle que aussi bien le droit français que le droit brésilien condamnent la rupture brutale. Cette rupture est celle qui, par l'absence ou l'insuffisance d'un préavis octroyé au concessionnaire ou au franchisé, cause un préjudice et engage la responsabilité de son auteur.

Il a été admis que la rupture brutale est une espèce de rupture abusive du contrat. Elle est la manifestation de l'abus de droit la plus fréquente lors de la résiliation unilatérale du contrat de distribution en droits français et brésilien⁵⁹⁶.

Dans le cadre de notre étude, il sera donc opportun de mettre en évidence les aspects fondamentaux de la théorie de l'abus de droit qui a rayonné avec force en droit français et a beaucoup inspiré le droit brésilien. Nous envisagerons tour à tour, l'application de la théorie de l'abus de droit en droit français (**A**), avant d'examiner la mise en œuvre de l'abus en droit brésilien (**B**).

⁵⁹⁵ V. Ph. LAURANT, « La bonne foi et l'abus de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA*, 08 mars 2000, n° 48, p. 20.

⁵⁹⁶ Dans ce sens, v. D. MAINGUY, « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Op. cit.*, p. 25.

A- La théorie de l'abus de droit en droit français

Les premiers propos relatifs à la théorie de l'abus de droit en France remontent à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle et sont l'œuvre de L. Josserand. Cet auteur a proposé une conception extensive de l'abus de droit, en affirmant qu'il y aurait abus de droit chaque fois qu'un droit n'est pas utilisé dans le but qui lui est socialement assigné⁵⁹⁷. En effet, l'auteur tenait compte de la finalité objective du droit pour qualifier l'abus, c'est-à-dire le dépassement du cadre normal de l'exercice d'un droit⁵⁹⁸. Il définissait donc l'abus de droit comme « *l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et sa finalité* »⁵⁹⁹.

La théorie finaliste de l'abus de droit peut s'appliquer à la résiliation unilatérale du contrat de concession ou de franchise. Si la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ne saurait être considérée en elle-même comme un abus de droit, le *modus operandi* de la rupture du contrat peut lui contenir un abus. Ainsi, ce qui peut être reproché, c'est le non respect d'un délai de préavis suffisant qui pourrait fonder le droit à réparation du distributeur, sauf pour le fabricant, à démontrer l'existence d'une faute du distributeur justifiant le non-respect du préavis (art. L. 442-6-I-5^o du C. com.).

D'autres exemples illustrent cette idée, notamment en matière de franchise, domaine dans lequel les litiges portant sur l'abus sont nombreux. Le franchiseur a le droit de refuser le renouvellement d'un contrat à durée déterminée arrivé à son terme. Mais sa responsabilité pourra être engagée en cas d'abus de droit⁶⁰⁰. Il reste donc au franchisé, à qui la décision de refus de renouvellement aura été opposée, d'invoquer l'existence d'un éventuel abus⁶⁰¹. La preuve de l'abus incombe à celui qui l'invoque, en règle général, au franchisé⁶⁰². Cette preuve est d'autant plus délicate à rapporter en pratique que, selon la jurisprudence, elle ne peut

⁵⁹⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, p. 180.

⁵⁹⁸ C. LASSALAS, « Les critères de l'abus de droit dans la rupture des relations contractuelles », *Dr. et patr.* 1997, n^o 51, p. 61 et s. Pour une étude d'ensemble, v. sur la notion d'abus de droit : L. CADIET et Ph. le TOURNEAU « Abus de droit », *Rép. civ. Dalloz*, 2008 ; Chr. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *CCC* 1996, n^o 92, p. 207 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1999.

⁵⁹⁹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, *Op. cit.*, n^o 292.

⁶⁰⁰ Par contre, ne saurait constituer un abus de droit le fait pour le franchiseur de refuser de renouveler le contrat de franchise en raison : de la violation par le franchisé de ses obligations contractuelles (CA Paris, 13 juillet 1990, *JurisData* n^o 023627), de l'inefficacité du franchisé qui n'as respecté le quota (Cass. com., 9 octobre 2007, pourvoi n^o 05-14.118, *JurisData* n^o 040801) et d'une réorganisation du réseau de distribution.

⁶⁰¹ Cass. com., 16 mai 2006, pourvoi n^o 05-15.794, *JurisData* n^o 033807 ; 18 décembre 2001, pourvoi n^o 99-11.787, *Bull. civ. IV*, n^o 201 ; Cass. civ., 1^{re}, 2 mars 1999, pourvoi n^o 96-18.549, inédit ; Cass. civ., 10 mai 1995, pourvoi n^o 93-17.665, inédit.

⁶⁰² CA Paris 12 janvier 2005, *JurisData* n^o 277027 ; CA Paris, 5^e ch., 25 janvier 2006, n^o 03/07941, inédit ; Cass. com., 5 juillet 1994, pourvoi n^o 92-17.918, *JurisData* n^o 002223.

résulter de l'expression d'un simple refus⁶⁰³, ni même d'ailleurs du caractère infondé de ce refus⁶⁰⁴; un tel abus ne peut pas davantage résulter de la seule disproportion de la puissance économique des parties⁶⁰⁵.

Le grand adversaire idéologique de L. Josserand, opposé à la théorie de l'abus de droit fondé sur une conception objectiviste ou finaliste, fut le Doyen G. Ripert. Pour lui, la notion d'abus de droit ne pouvait exister que si le droit avait été exercé avec « *l'intention de nuire* »⁶⁰⁶, ceci étant la seule manière de lui conférer un contenu juridiquement rigoureux et précis. L'auteur s'est opposé à la théorie de l'abus de droit, qui lui paraissait inutile, voire même dangereuse si elle s'écartait « *de son fondement moral* »⁶⁰⁷. Le Doyen G. Ripert est donc devenu le représentant d'une conception plus restrictive, dite subjectiviste, qui voulait rattacher l'abus de droit à l'intention de nuire. Il semblerait qu'à l'heure actuelle, ce critère ne soit plus requis car « *une simple faute dans l'exercice du droit suffit à engager la responsabilité* »⁶⁰⁸.

En effet, l'abus n'est pas rare concernant certaines ruptures de contrat de franchise. La jurisprudence juge abusif le non-renouvellement du contrat lorsque le franchiseur a incité son cocontractant à effectuer des investissements ne pouvant être amortis durant la période de préavis⁶⁰⁹, ou lui a fait croire que le contrat serait renouvelé⁶¹⁰. Or, l'appréciation des circonstances ayant entouré la rupture du contrat de concession devra servir à démontrer que le concédant a abusé de sa position privilégiée, laissant le concessionnaire croire que les relations allaient se poursuivre.

En ce sens, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la notion d'abus de droit⁶¹¹. En l'espèce, le concédant avait résilié le contrat en respectant un préavis très raisonnable. Or, la rupture est néanmoins qualifiée d'abusive, aux motifs que le

⁶⁰³ Cass. civ. 3^e, 3 juin 1998, pourvoi n° 96-22.518, inédit.

⁶⁰⁴ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2006, pourvoi n° 04-18.250, inédit.

⁶⁰⁵ CA Paris, 9 juin 1994, JurisData n° 023433.

⁶⁰⁶ G. RIPERT se referait à « la règle morale élémentaire *neminem laedere* » (cf., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, réimpression 2000, n° 89 et s.).

⁶⁰⁷ *Ibidem*, n° 103 et s.

⁶⁰⁸ Une telle diversité des solutions prétoriennes a été relevée par L. Josserand qui reconnaissait que le critère du détournement de pouvoir n'excluait pas celui de l'intention de nuire. Au contraire, toute intention malveillante étant nécessairement antisociale selon lui (cf., L. CADIET et Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Op. cit.*, p. 3). De fait, les juridictions caractérisent différemment l'abus selon les droits exercés, et cette diversité des critères peut donner l'impression d'une absence d'unité. En ce sens, H. CAPITANT a constaté que « *Pour les uns, ce sera l'intention de nuire pure et simple [...] ; pour d'autres, ce sera la faute plus ou moins grave ; pour d'autres enfin, l'absence de motif légitime* » (cf., « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365, spéc. p. 375).

⁶⁰⁹ CA Paris, 30 octobre 2003, JurisData n° 230117.

⁶¹⁰ CA Paris, 12 janvier 2005, JurisData n° 277027 ; Cass. com., 5 octobre 2004, *RLDC*, n° 12, janvier 2005 ; CA Paris, 30 octobre 2003, JurisData n° 230117.

⁶¹¹ Cass. com., 5 avr. 1994, *D.* 1995, p. 355, n. G. Virassamy.

cessionnaire, « *ancien et des plus importants* » et « *qui n'avait pas démerité* », avait consenti, à la demande du concédant, « *d'importants efforts d'investissement et de publicité* ». La solution nous paraît également équitable, même si le comportement du concédant ne caractérisait ni une intention de nuire, ni une rupture brusque ou vexatoire.

Plus fréquemment, l'abus de droit qui se traduit par un comportement déloyal du concédant ou du franchiseur est souvent révélé au titre de la rupture brutale du contrat. Il s'agit ici d'un « *manquement à la vertu de bienveillance* »⁶¹² lorsque le préavis est inexistant ou insuffisant ou encore si en raison de son comportement déloyal, le concédant avait fait dégénérer en abus son droit de résiliation lorsqu'il n'a pas informé le concessionnaire de ses intentions de ne pas renouveler le contrat, en lui faisant croire que les opérations allaient se poursuivre normalement, alors qu'il était clair que tel ne serait pas le cas⁶¹³. En effet, l'abus est caractérisé par l'usage illégitime qu'une partie fait du droit dont elle dispose⁶¹⁴. Il en résulte que l'abus de droit est sanctionné parce qu'il constitue un comportement répréhensible caractérisé par le dépassement ou le détournement d'un droit⁶¹⁵.

Il est important de souligner que la théorie de l'abus de droit a longtemps servi de contrôle à l'exercice de droits légaux et que sa mise en œuvre en matière de droits contractuels était controversée⁶¹⁶. Cependant, depuis quelques années, nous remarquons l'application de la théorie de l'abus en matière contractuelle, notamment dans les relations où le rapport économique entre les cocontractants ne semble pas équitable⁶¹⁷.

Néanmoins, certains auteurs préfèrent recourir à la notion « *d'économie du contrat* » au lieu de celle d'abus de droit. Selon M. Jean Beauchard, « *l'abus consiste à avoir un*

⁶¹² Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, *Op. cit.*, n° 111.

⁶¹³ Cass. com., 05 avril 1994, *D.* 1995, somm., p. 70, obs. D. Ferrier ; *JCP* 1994, I, 3803, n° 7, obs. C. Jamin ; *D.* 1995, jur., 355, n. G. Virassamy, *D.* 1995., p. 90, obs. D. Mazeaud.

⁶¹⁴ A cet égard, Chr. JAMIN affirme que « *la rupture du contrat a pour unique but de mettre fin aux relations unissant le concédant à son concessionnaire; elle ne doit pas s'effectuer dans des conditions telles qu'elle constitue pour ce dernier un obstacle, fût-il partiel, à une continuation de son activité économique* » (cf., « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Op. cit.*, p. 208). V. aussi Cass. com., 5 oct. 1993, *JCP E* 1994, II, 557; *JCP G* 1994, II, 22224; Cass. com., 4 janv. 1994: *JCP G* 1994, IV, 588; *JCP G* 1994, I, 3757, n° 10.

⁶¹⁵ Ph. LAURANT (« La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Op. cit.*, p. 6 et s.) souligne que « *la notion d'abus de droit entretient des liens étroits avec la bonne foi, mais elle ne se confond pas avec cette dernière, parce que l'abus est une notion éminemment subjective qui sanctionne, soit une intention de nuire, soit au moins la conscience de son auteur de faire subir à l'autre un préjudice, alors que la bonne foi est une notion plus objective qui impose au débiteur une règle de conduite, le devoir de loyauté, qui se traduit notamment par l'obligation positive de respecter et de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant* ».

⁶¹⁶ Néanmoins, l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle n'est pas nouvelle. En ce sens, v. J. MARSON, *L'abus de droit en matière de contrat*, [thèse], Paris, 1935.

⁶¹⁷ A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Mélanges à l'honneur de Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 587 et s. ; L. CADIET et Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Op. cit.*, p. 1.

comportement, dans la rupture notamment, qui est contraire à l'économie générale des relations contractuelles, voulues au moins implicitement par les parties »⁶¹⁸. Pour cet auteur, l'idée d'« économie générale des relations contractuelles » correspond mieux au contexte des relations de longue durée où la question de la rupture du contrat a une analyse essentiellement économique, un aléa propre à l'activité entrepreneuriale.

Pour notre part, nous pensons que la notion d'abus de droit est plus ample que celle d'économie du contrat. Elle permet ainsi d'englober à la fois les aspects économiques qui sont souvent à l'origine de la rupture, sans pour autant exclure d'autres facteurs essentiels liés à la relation juridique, tel que la forme de la collaboration, l'existence d'une exclusivité parmi d'autres exemples qui offrent des grilles d'interprétation différentes selon les droits analysés⁶¹⁹.

A vrai dire, la notion d'abus de droit reste un concept flou et varie selon la matière concernée⁶²⁰. Cette imprécision et le caractère fortement subjectif de la notion n'ont pourtant pas empêché les tribunaux de l'appliquer à de nombreuses reprises, en tenant compte des subtilités du cas concret. En effet, le « recours à la théorie de l'abus de droit permet donc de satisfaire la nécessité d'assortir l'acte de rupture d'un tempérament, témoignage fondamental de cette quête de loyauté et d'équilibre qui s'est naturellement prolongée dans le cadre des relations commerciales »⁶²¹. C'est en ce sens que la théorie de l'abus a été mise en œuvre dans le cadre de la rupture des contrats de distribution.

Dans ce contexte, il sera donc intéressant d'analyser maintenant l'application de la théorie de l'abus de droit en droit brésilien. Malgré la forte influence de la doctrine française, le droit brésilien a développé des particularités importantes.

⁶¹⁸ Pour l'appréciation de l'évolution jurisprudentielle sur la théorie de l'abus de droit dans les contrats de distribution, v. J. BEAUCHARD (« La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélange à l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, spéc. p. 42). V. aussi S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004.

⁶¹⁹ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, n° 239. V. notamment les auteurs qui dénoncent des abus contractuels et qui suggèrent l'application de la théorie de l'abus de droit en la matière : Ph. SIMLER, « L'art. 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP G* 1971, I, p. 2413, D. MAINGUY, « Premier regard sur l'abus de droit dans les contrats », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 1 ; P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 30 ; J. GHESTIN, « L'abus de droit en matière de contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 379.

⁶²⁰ F.-A. PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises et des droits français et brésilien*, préc.

⁶²¹ Selon S. PETIT (« La rupture abusive des relations commerciales », *Op. cit.*, p. 34) : « cette « soif » de moralisation a effectivement, dans un premier temps, toujours implicitement animé les magistrats dans le cadre de la jurisprudence relative à la rupture fautive des relations contractuelles de droit commun avant d'être, dans un second temps, explicitement relayée par le législateur ».

B- La détermination de l'abus de droit en droit brésilien

L'abus de droit n'a pas été prévu par le législateur brésilien dans le Code civil de 1916⁶²². La réception de la théorie de l'abus de droit au Brésil s'est faite, au fil des années, par la doctrine et les tribunaux. La notion d'abus de droit consacrée venait de l'adage romain *neminem laedit qui suo jure utitur*, qui voulait dire : « ne lèse personne qui use de son droit »⁶²³.

Néanmoins, le législateur brésilien dans la codification de 2002 a adopté un texte qui prévoit expressément la théorie de l'abus de droit inspiré de l'art. 334 du Code civil portugais de 1966⁶²⁴. De ce fait, l'art. 187 du NCCB dispose que « *commet aussi un acte illicite le titulaire d'un droit qui, lors de son exercice, excède manifestement les limites imposées par son but économique ou social, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs* ». Ce texte consacre ainsi la théorie de l'abus de droit dans l'ordre juridique brésilien en apportant des limites morales à l'exercice des droits subjectifs et à d'autres prérogatives individuelles et en imposant au titulaire d'un droit le respect du principe de la bonne foi et la finalité sociale ou économique du droit.

Il est important de remarquer que la lecture de l'art. 187 du NCCB permet de déceler une forte influence de la thèse finaliste de L. Josserand⁶²⁵, pour lequel l'abus de droit se manifestait dans le mode de réalisation d'un droit, c'est-à-dire dans la manière de l'exercer⁶²⁶. Depuis ce texte, certains auteurs ont considéré que l'abus devait être vérifié de façon objective, par la constatation que le titulaire d'un droit aura excédé les limites imposées par la bonne foi, les bonnes mœurs et la finalité sociale et économique de son droit⁶²⁷. Dès lors, la

⁶²² En effet, la seule prévision de l'ancien Code civil brésilien concernait la notion d'acte illicite. L'art. 160, I, disposait, *a contrario*, qu'un acte pratiqué dans l'exercice d'un droit reconnu ne pouvait constituer un acte illicite. En ce sens, v. S. CAVALIERI FILHO, « Responsabilidade civil no novo Código Civil », *RDC*, n°48, 2003, p. 69-84.

⁶²³ F. NORONHA, *Direito das obrigações*, 2e éd., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 370 et s.

⁶²⁴ L'art. 334 du Code civil portugais énonce : « *Est illegítima l'exercice d'un droit par son titulaire, s'il excède manifestement les limites imposées par la bonne foi, par les bonnes mœurs ou, par le but social ou économique de ce droit* » (notre traduction). Sur le droit portugais, v. A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3e éd., Coimbra, Almedina, 1997 ; C. do COUTO E SILVA, « O Princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português », in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Revista dos Tribunais, 1980.

⁶²⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, *Op. cit.*, p. 180.

⁶²⁶ Selon Mme V. M. J. de Fradera, le Code civil brésilien de 2002 a adopté la conception finaliste de l'abus de droit mis en exergue par L. Josserand, dès lors que le droit brésilien insère « *un aspect moral dans le concept de contrat et d'entreprise, ainsi que relativement à l'exercice des droits subjectifs* », *cf.*, « L'influence de la doctrine française dans l'actuel Code civil brésilien », in *Mélanges offertes à Camille Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 659 et ss.

⁶²⁷ G. E. NANNI, « Abuso do direito », in Lotufo e Nanni (coord.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 751.

présence d'un critère subjectif tel que l'intention de nuire ou la malice de l'agent⁶²⁸ ne sera plus nécessaire pour caractériser l'abus.

C'est ce qui ressort également des journées de débats organisées par le Conseil fédéral de justice sur le Code civil brésilien de 2002⁶²⁹, où l'application de l'art. 187 a été mise en exergue. Selon l'énoncé n° 37 de la journée de droit civil, la « *responsabilité civile résultant de l'abus de droit est indépendante de la notion de faute civile et adopte le critère objectif finaliste comme fondement* »⁶³⁰. Il faut préciser que ces commentaires sont dépourvus de valeur contraignante, leur but étant d'offrir une direction plus uniforme d'application et d'interprétation de la norme aux juges et aux juristes⁶³¹.

La caractérisation de l'abus de droit ne requiert donc aucune intention de nuire de l'agent, consacrant ainsi la théorie objective de l'abus de droit. C'est pour cette raison que la rupture brutale d'un contrat à durée indéterminée est qualifiée d'abus de droit. L'auteur de l'abus de droit commet un acte illicite car il n'a pas respecté un délai de préavis légal ou conventionnel. Il est pourtant responsable d'un éventuel préjudice que sa décision arbitraire a causé à la partie lésée, puisqu'il a détourné la finalité de son droit sans faute ou sans dol⁶³². Il sera donc condamné à réparer le préjudice causé, indépendamment de la faute dont les conditions seront abordées, plus en détail, lors de notre étude relative à la nature de la responsabilité engagée⁶³³.

La seule critique de la doctrine brésilienne à l'égard de l'art. 187 se réfère à l'assimilation de l'abus de droit à une espèce d'acte illicite⁶³⁴. Pour qu'un acte soit qualifié d'illicite, « *il faut qu'il ait été prévu par l'ordre juridique, tandis que l'acte abusif ne l'a pas été, c'est le juge qui, dans chaque situation concrète, va qualifier un certain comportement*

⁶²⁸ H. THEODORO JUNIOR, *Comentários ao novo Código Civil, Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 118 : selon l'auteur, le Code civil brésilien a adopté la théorie objective dans l'art. 187 et la théorie subjective dans l'art. 186.

⁶²⁹ Première Journée de droit civil organisée par le Centre d'Etudes Judiciaires du Conseil de Justice Fédérale à Brasília le 2 septembre 2002.

⁶³⁰ En ce sens, v. S. CAVALIERI FILHO qui explique la nouvelle systématique du Code civil brésilien concernant la responsabilité subjective et objective (*cf.*, « Responsabilidade civil no novo Código Civil », *Op. cit.*, spéc. p. 74 et s.).

⁶³¹ Journée de droit civil, organisée par le Centre d'Études Juridiques du Conseil de la Justice Fédérale, sous le patronage du STJ entre le 11 et 13 septembre 2002.

⁶³² A. MIGUEL, « A responsabilidade civil no novo Código civil: algumas considerações », RT/92, v. 809, 2003, p. 15.

⁶³³ A ce propos, v. la Section 2, *infra*.

⁶³⁴ F. NORONHA, *Direito das obrigações*, *Op. cit.*, p. 370 et s. ; H. CARPENA, « Abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional », in G. Tepedino (dir.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 367 et s.

comme abusif et attribuera une sanction à celui qui l'a pratiqué »⁶³⁵. Cette critique nous semble plutôt justifiée. En effet, l'idée d'abus de droit est moins rattachée au caractère licite du droit en lui-même qui est remis en cause, mais à l'usage qui en a été fait, ce qui implique la prise en compte du comportement du contractant et des motifs qui l'ont conduit à agir⁶³⁶.

En effet, on peut essayer de caractériser l'abus de droit en fonction de la normalité de l'acte, si le cocontractant souhaite exercer son droit de dénoncer un contrat à durée indéterminée, l'usage de ce droit ne devant pas pour autant porter préjudice à l'autre cocontractant. L'usage normal consiste à avoir un comportement qui ne soit ni malicieux, ni capable de générer un préjudice lors de son exercice. A cet égard, l'abus de droit peut être caractérisé « là où finit l'usage normal du droit »⁶³⁷.

Par le biais de la caractérisation de l'abus de droit, il est possible d'assurer à la victime d'un préjudice quelconque causé par autrui, un droit à réparation. Cette mesure s'aligne sur les limites de l'exercice des droits fondés sur des valeurs protégées par la Constitution fédérale brésilienne de 1988, relativement aux principes constitutionnels de solidarité⁶³⁸ et de justice sociale⁶³⁹ qui orientent l'application et l'interprétation du droit privé brésilien au regard d'un certain solidarisme social⁶⁴⁰.

Il faudra encore ajouter que la lecture de l'art. 187 du NCCB, c'est-à-dire, de la théorie de l'abus de droit, doit se faire à la lumière du principe de la bonne foi comme limite à l'exercice d'un droit. La bonne foi exprime une règle de comportement contractuel,

⁶³⁵ V. spécialement V. M. J. de FRADERA, « La partie générale du Code civil brésilien », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2005, p. 219.

⁶³⁶ V. P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 30.

⁶³⁷ J. Hamel cité par A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », *Op. cit.*, p. 595 et 596.

⁶³⁸ Les valeurs sociales qui préconisent le principe de la solidarité dans la Constitution fédérale de 1988 ont influencé les règles de droit civil de la nouvelle codification de 2002. Ceci étant, les lois civiles doivent être interprétés et appliqués en considération de la société et de la collectivité et non en raison des intérêts individuels de l'individu. Cette conception relevant du solidarisme des lois civiles à l'égard des principes constitutionnels a pour but la protection de la personne humaine selon M. Pietro Perlingieri, cité par G. E. NANNI, « O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade », *Op. cit.*, p. 321. V. également P. NALIN, « Princípios do direito contratual : função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade », in R. Lotufo et G. E. Nanni (coords.), *Teoria Geral dos Contratos*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 97.

⁶³⁹ Sur ce point, v. Mme Vera M. J. de FRADERA, « La partie générale du Code civil brésilien », *Op. cit.*, p. 219 et 220.

⁶⁴⁰ En France, la conception solidariste sous l'angle juridique redéfinit les rôles de l'État et du droit selon Léon Duguit, qui s'inspirait des idées de Émile Durkheim à propos de l'existence d'une fonction sociale relative à la propriété, ainsi qu'aux relations contractuelles. Ces idées furent amplement débattues par les juristes brésiliens souhaitant adapter leur Code Civil de 1916 aux besoins de la société brésilienne du XXI^{ème} siècle. A ce propos, v. L. DUGUIT, « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », 2^{éd.} réimpression de l'édition de 1912, F. Alcan, réédition 1999.

d'interprétation herméneutique et des valeurs de l'ordre juridique⁶⁴¹. Elle présuppose que les individus doivent adopter un comportement compatible avec les valeurs et les mœurs de la société brésilienne. Elle doit servir de barème objectif au comportement dans les relations juridiques et, de ce fait, refléter les aspirations de la collectivité, ainsi que protéger la dignité humaine⁶⁴².

En matière de rupture du contrat de distribution, ce principe devra inciter le concédant et le franchiseur à rompre le contrat moyennant un délai de préavis suffisant lors de la résiliation unilatérale du contrat. Outre l'absence d'un délai de préavis, l'abus peut exister en dehors du non respect d'un préavis, lorsque le distributeur, par exemple, fait réaliser d'importants investissements en vue d'un renouvellement qui lui est refusé par la suite. Ce genre d'abus au moment de la rupture du contrat est aussi un manquement au principe de la bonne foi en droit brésilien.

Nous verrons que le principe de la bonne foi joue un rôle majeur en matière de contrôle de l'abus au moment de la résiliation du contrat de concession et de franchise. Par conséquent, le régime de la responsabilité de la rupture du contrat doit passer nécessairement par l'étude comparée du principe de la bonne foi en droits brésilien et français.

§ 2- Le contrôle exercé par le principe de la bonne foi lors de la rupture

La rupture abusive des contrats de concession et de franchise met en évidence les deux tendances parfaitement opposées que sont le « *maintien de la précarité d'une part et la quête de pérennisation du lien relationnel d'autre part* »⁶⁴³. L'inégalité économique souvent marquante dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs peut être encore accentuée lors de la rupture du contrat de distribution. C'est pour cela que la rupture nécessite un contrôle afin d'empêcher tout type d'abus. Pour ce faire, les juridictions brésiliennes et françaises se sont appuyées sur l'application du principe de la bonne foi.

Le principe de la bonne foi peut fonctionner comme un remède destiné à corriger le déséquilibre économique des rapports unissant fabricant et distributeur, notamment au moment de la résiliation unilatérale du contrat. Autrement dit, l'état de dépendance, parce qu'il ne doit pas être abusivement exploité, exige dès lors de chaque partenaire qu'il fasse sien l'impératif de tempérance. Il se peut donc que le manquement au principe de la bonne foi

⁶⁴¹ J. MARTINS-COSTA, « A boa fé objetiva e o adimplemento das obrigações », *JB* 2000, p. 11 et s.

⁶⁴² G. E. NANNI, « Abuso do direito », *Op. cit.*, p. 754; F. P. CALCINI, « Abuso do direito e o novo Código Civil », *RT/93*, v. 830, 2004, p. 27-45.

⁶⁴³ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, *Op. cit.*, p. 62.

apparaisse comme un élément essentiel dans la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la rupture.

Toutefois avant d'aborder l'application de la bonne foi dans le domaine de la rupture du contrat, une première question s'impose : qu'entendons-nous par « bonne foi » ? La réponse est loin d'être évidente⁶⁴⁴. Il semblerait en effet que la bonne foi intéresse davantage par sa fonction que par sa définition.

La fonction de la bonne foi a été étudiée dans l'ensemble des droits privés français⁶⁴⁵ et brésilien⁶⁴⁶ notamment dans les domaines de la formation⁶⁴⁷ et de l'exécution du contrat⁶⁴⁸. Mais on parle également du principe de la bonne foi lors de la rupture du contrat de concession et de franchise : ces contrats constituent un terrain propice à l'examen du rôle joué par la bonne foi, car le concessionnaire ou le franchisé est parfois placé en situation de dépendance vis-à-vis de son contractant. De plus, le concessionnaire et le franchisé ne bénéficient pas d'un régime juridique protecteur, tel que celui des agents commerciaux, ni en France ni au Brésil, à l'exception du statut spécial du concessionnaire automobile en droit brésilien.

Si la bonne foi peut avoir de multiples fonctions⁶⁴⁹, lors de la rupture abusive du contrat, ce principe apparaît *de plano* doté d'une « fonction limitative »⁶⁵⁰. Cela veut dire que

⁶⁴⁴ En réalité, il s'agit de la notion peu précise de bonne foi, selon B. STEINMETZ, (*De la présomption de bonne foi. Essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*, [thèse], Strasbourg, 2002, p. 54) : « On peut certes voir dans la bonne foi une notion insaisissable et, par conséquent, génératrice d'insécurité. En réalité, son pouvoir évocateur rachète l'imprécision de son énoncé, ce qui est vrai pour toute notion-cadre ».

⁶⁴⁵ V. notamment F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, [thèse], Paris, 1928 ; R. HOUIN, *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit français*, [thèse], Bordeaux, 1939 ; G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 ; J-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

⁶⁴⁶ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999 et « A boa-fé e o adimplemento das obrigações », *Op. cit.*, p. 11 et s. ; F. RUBINSTEIN, « A bona fides como origem da boa fé objetiva do direito brasileiro », *RFDUSP*, 2004, vol. 99, p. 573-658 ; R. P. DUARTE, « Boa fé, abuso do direito e o novo Código Civil Brasileiro », *RT/92*, v. 817, 2003, p. 50-78, spéc. 54 ; F. K. de FARO, « Boa-fé objetiva e dever de cooperação : uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato », *RTDC*, 2009, vol. 38, p. 3-39.

⁶⁴⁷ F.-A. PIGNATTA, *préc.*

⁶⁴⁸ L'exécution de bonne foi couvre, compte tenu de l'importance des enjeux et de l'éloignement des parties, un vaste domaine d'obligations secondaires dont l'énumération serait fastidieuse, dans ce sens, v. M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à R. Houin*, Dalloz, 1985, p. 263-274, spéc. p. 270.

⁶⁴⁹ Selon B. STEINMETZ, (*De la présomption de bonne foi. Essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*, *Op. cit.*, p. 54) : « On peut certes voir dans la **bonne foi** une notion insaisissable et, par conséquent, génératrice d'insécurité. En réalité, son pouvoir évocateur rachète l'imprécision de son énoncé, ce qui est vrai pour toute notion-cadre » (souligné par l'auteur). V. aussi F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, 1998, p. 1055 ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droits français, allemand et japonais*, Dalloz, 2012.

ce principe impose des limites selon lesquelles l'un des cocontractants exerce son droit de rompre le contrat de concession et de franchise. Cette fonction limitative de la bonne foi est une barrière naturelle contre l'abus de droit représenté par le dépassement de l'exercice d'un droit.

Nonobstant ce rôle limitatif, R. Demogue soulignait que la bonne foi n'est pas seulement une directive d'interprétation du contrat, mais également le devoir imposé aux parties de collaborer au mieux pour la bonne exécution de l'opération contractuelle⁶⁵¹. Cette vision de la bonne foi relève d'une « *fonction complétive* »⁶⁵². Il s'agit d'une obligation de loyauté qui sert d'outil privilégié à l'intervention judiciaire, ainsi qu'une exigence de prise en compte de l'intérêt de l'autre partie offrant la possibilité de rééquilibrer le contrat dans le sens de l'équité et de l'ordre public. Il découle de la notion de bonne foi que les cocontractants ont un devoir de collaboration et de coopération accru qui transforme le contrat en un « *instrument de coopération loyale, œuvre d'une mutuelle confiance* »⁶⁵³ parce qu'il forme « *une sorte de microcosme* »⁶⁵⁴, c'est-à-dire, « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun* »⁶⁵⁵. Autrement dit, la liberté contractuelle doit être contrebalancée par le respect des valeurs sociales pouvant écarter les intérêts individuels⁶⁵⁶. Suivant cette orientation, le contrat doit être gouverné par le principe de solidarité⁶⁵⁷ qu'on retrouve dans le courant du solidarisme contractuel, lequel peut légitimement s'appuyer sur les principes européens de contrats⁶⁵⁸.

Pour qualifier l'évolution du droit positif, des auteurs français ont évoqué l'émergence d'un véritable « *principe de fraternité contractuelle* »⁶⁵⁹ sur le fondement duquel « *...chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par-delà son propre intérêt, l'intérêt du*

⁶⁵⁰ V. l'étude comparative sur *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, spécialement le « Rapport de synthèse » réalisé par Mme. C. JAUFFRET-SPINOSI, p. 2 et s.

⁶⁵¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau, 1931, n° 469.

⁶⁵² C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, *Op. cit.*, p. 4 et s.

⁶⁵³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 3, Rousseau, 1923, n° 3.

⁶⁵⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, *Op. cit.*, p. 9.

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

⁶⁵⁶ La critique solidariste de l'autonomie de la volonté suggère une nouvelle conception du contrat « *qui organise de manière différente les liens du privé et du public en soumettant les volontés individuelles au contrôle social* », cf., Chr. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Op. cit.*, p. 449.

⁶⁵⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges offertes à François Terré*, Dalloz, p. 607.

⁶⁵⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative, *RDCO*, 2006/1, p. 147 et « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA*, 29 juillet 2004, n° 151, p. 6.

⁶⁵⁹ L'expression de M. Denis Mazeaud est reprise par C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 382 ; v. aussi C. WILLMANN, « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, p. 900, n° 13.

*contrat et celui de l'autre partie... »*⁶⁶⁰. Cette exigence de prise en compte de l'intérêt de l'autre partie découlant de la bonne foi, que l'on retrouve sous diverses qualifications (devoir de conseil, d'assistance, d'entraide, de collaboration⁶⁶¹, de coopération⁶⁶², de solidarité contractuelle), s'applique tout naturellement lors de la conclusion, de l'exécution et de la cessation du contrat. Sa justification réside dans la volonté des tribunaux de moraliser le droit des contrats, elle trouve également sa place lors de la rupture du lien contractuel car c'est souvent à cette occasion qu'une telle moralisation est nécessaire.

Il est important de noter que l'application de la bonne foi dans les relations contractuelles est ancienne⁶⁶³. Il s'agit presque d'un retour aux règles morales commerciales où la confiance était sous-entendue entre les parties, souvent géographiquement éloignées, lorsque l'exécution devait s'échelonner dans le temps. Les commerçants avaient le sens du comportement loyal fondé sur l'idée de la confiance raisonnable dans le commerce. En effet, la bonne foi de l'ancien droit commercial, qui était international, n'était rien d'autre que le respect de certaines règles de loyauté dans les échanges commerciaux. Cette même bonne foi qui sera véhiculée par la *lex mercatoria* née de pratiques commerciales est actuellement reprise dans les principes Unidroit 2010 (art. 7.1)⁶⁶⁴ et à l'art. 1:201 du Principe du droit européen des contrats⁶⁶⁵. Dans ces projets de codification internationale et européenne, la bonne foi a une dimension objective, en tant que principe général des contrats⁶⁶⁶.

C'est justement dans le cadre de la rupture abusive des contrats de concession et franchise qu'il faudra penser au rôle du principe de la bonne foi. Bien que la décision de

⁶⁶⁰ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Op. cit.*, p. 385.

⁶⁶¹ V. notamment J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 41.

⁶⁶² Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318, n° 1.

⁶⁶³ L'idée de bonne foi était liée directement à l'idée « *d'obligation de loyauté* » comme une caractéristique générale de la relation contractuelle qu'on retrouve chez Domat (loi civile, livre I, art. XVII), l'un des inspireurs du Code civil français de 1804, cité par G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 341.

⁶⁶⁴ L'art. 7.1 dispose : « *Chaque partie doit agir selon les exigences de la bonne foi du commerce international* ». Disponible sur le site internet :

www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf. V. aussi « Bonne foi », *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), rédigé sous la dir. scientifique de A. Tenenbaum, SLC, 2008, p. 236.

⁶⁶⁵ L'art. 1:201 dispose : « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ». V. aussi I. LAMBERTERIE, G. ROUHETTE, D. TALLON, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, La Documentation française, 1997 ; G. ROUHETTE, I. LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, *Les principes du droit européen du contrat*, vol. 2, SLC, 2003.

⁶⁶⁶ La bonne foi se retrouve au centre de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises en tant que méthode d'interprétation (art. 7). En ce sens, v. B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 1990, p. 48 ; V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000. Pour une interprétation plus étendue de la bonne foi en tant que règle de comportement des parties, v. Fr. R. van der MENSBRUGGHE, « La bonne foi dans le commerce international », *RIDC* 2000, n° 77, p. 301-328.

rompre soit en principe libre, les tribunaux admettent de plus en plus souvent le caractère abusif, spécialement brutal de la rupture. Or, la bonne foi est assurément l'un des moteurs de contrôle de l'abus, bien que les droits français et brésilien prévoient des dispositions légales qui obligent précisément les parties à respecter un préavis. Il serait donc naturel que concédant et franchiseur dénoncent le contrat en respectant un délai de préavis raisonnable afin de permettre au partenaire évincé d'organiser sa reconversion sans toutefois aller jusqu'à une obligation d'assistance⁶⁶⁷.

Il est intéressant de noter que, tant en droit brésilien qu'en droit français, plusieurs aspects émergent de la notion vague de bonne foi. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous pouvons lui attribuer en quelque sorte une fonction à multiple usage, permettant de tempérer tantôt la rigueur contractuelle tantôt l'autonomie de la volonté dans les rapports contractuels.

Il nous reste à espérer que la « *virtu moderatrice* »⁶⁶⁸ de la bonne foi puisse également être appliquée spécialement au moment du terme de la relation contractuelle. Sur ce point, il serait opportun d'aborder la place du principe de la bonne foi depuis la nouvelle codification du droit privé brésilien (A), avant de vérifier son application en droit français (B).

A- La consécration du principe de la bonne foi objective en droit brésilien

Le principe de la bonne foi a été consacré dans le Code civil brésilien de 2002 (2). Auparavant, ce principe avait été admis par la jurisprudence brésilienne dans les litiges relatifs à la rupture du contrat de distribution (1).

1- L'application du principe de la bonne foi par les tribunaux brésiliens dans les litiges relatifs à la rupture du contrat de distribution

En matière de contentieux relatif à la rupture abusive du contrat de distribution, le principe de la bonne foi est fréquemment appliqué par le juge afin de déterminer si le délai de préavis alloué est raisonnable⁶⁶⁹. Il est possible de recenser des décisions qui appliquent le principe de la bonne foi encore sous l'égide de l'ancien code civil de 1916.

⁶⁶⁷ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 100. D'autres articles concernant le solidarisme contractuel ; J.-L. RESPAUD, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cah. dr. entr.* 2002, spéc. p. 20. Contra v. A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, *Op. cit.*, p. 278 et s.

⁶⁶⁸ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat à l'aube du XXIe siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.

⁶⁶⁹ A ce propos v. P.-A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, *Op. cit.*, p. 453 et s. Sur l'application du principe de la bonne foi en droit brésilien, v. notamment T. NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do principio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 276.

Une décision rendue en 1982 dans une affaire entre la société *Yashica Co. Ltda.* et *Yashica do Brasil* (fabricants) contre la société *Sosecal S. A. Industria e Comércio* (distributeur), a condamné les fabricants pour rupture brutale du contrat de distribution à durée indéterminée⁶⁷⁰. Un premier aspect important de l'arrêt concerne la qualification du contrat en tant que contrat de « distribution ». La cour a déclaré qu'il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de concession commerciale en raison de l'existence d'une clause d'exclusivité de revente des produits par le concessionnaire, du contrôle par le concédant de l'activité du concessionnaire, ainsi que du contrôle portant sur la politique de distribution des produits de la marque. En fonction de la qualification du contrat, la cour a estimé que le concessionnaire se retrouvait en état de dépendance économique vis-à-vis du concédant. Aussi, la cour a décidé que la dénonciation sans motif du contrat était abusive, car le concédant avait violé le « principe de la bonne foi et de loyauté contractuelle ». Ce dernier a donc été condamné à payer au concessionnaire une indemnité fondée sur la perte de la clientèle, des dommages et intérêts et, enfin, le manque à gagner calculé sur la période de préavis. On observe qu'il n'a pas été question, en l'occurrence, de trancher la question de la brutalité de la rupture, mais uniquement celle de l'aspect de dépendance économique de la relation.

En revanche, un autre arrêt plus récent, rendu par la cour d'appel de São Paulo en 2002, au visa de l'ancien Code civil brésilien de 1916, aborde le problème de la rupture brutale du contrat. Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de distribution de produits alimentaires purement interne conclu entre la société *Rio Alimentos Distribuição Ltda* et le fabricant *Kraft Suchard Brasil S/A*. En effet, les juges ont condamné le fabricant pour avoir rompu brutalement un contrat, ayant été exécuté pendant quinze ans, assorti d'un préavis de quatre mois et demi jugé insuffisant. La cour d'appel a souligné qu'en cas d'absence d'un texte exigeant le respect d'un délai de préavis en cas de résiliation unilatérale, les parties devaient observer les limites imposées par la « bonne foi dont l'application est indispensable lors de la formation, de l'exécution, mais aussi de la cessation du contrat ». Or, le non respect de ce principe, ajoute-t-elle, « est considéré comme un abus de droit », puisque le concédant n'a pas accordé un préavis raisonnable au concessionnaire afin d'éviter son préjudice⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ TJSP, Embargos infringentes na Ap. civ. n° 14.412, Rel. Des. Evaristo dos Santos, *Lex* 79/251, j. 22.06.1982.

⁶⁷¹ TJSP, Ap. civ. n° 104.281-4, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 24/10/02, *J. S. Rio Alimentos Distribuição Ltda. c. Kraft Suchard Brasil S/A*, *Lex* -236, p. 93-98. Il est intéressant de noter que les juges brésiliens se sont même inspirés de la doctrine française sur la question de l'octroi d'un délai de préavis suffisant pour éviter le « caractère brutal de la résiliation ». En ces termes, les juges ont estimé que la rupture du contrat a été brutale et contraire au principe de la bonne foi lors de la rupture du contrat. V. aussi d'autres décisions considérées comme « rupture brutale » du contrat de concession, en absence d'un délais de préavis : TJRJ, AgIn n° 52. J. 08.10.1991, Rel. Des. Newton Doreste ; STJ, REsp. n° 79.636, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 27.02.1996.

Il ressort de cette décision que l'approche conjoncturelle de l'abus du droit de rompre, a donné aux magistrats l'occasion de stigmatiser le comportement du concédant sur le fondement de la bonne foi, eu égard aux liens d'étroite collaboration et de dépendance économique que le concessionnaire avait noués avec son partenaire. Ainsi, la cour a considéré insuffisant le préavis octroyé par le fabricant, puisque le désengagement intempestif dévoile un comportement contraire à l'impératif de loyauté et de confiance nécessaire aux relations commerciales. De plus, cette décision met en lumière le contrôle judiciaire de la rupture par le principe de bonne foi. Ce principe pourra être mis en œuvre pour déceler tout grief de brutalité, lors du dénouement des liens commerciaux et participer ainsi du souci de sécurité juridique et de garantie contre l'arbitraire.

Une autre décision rendue par la cour d'appel de l'État du Rio Grande do Sul concernant la rupture d'un contrat de distribution de produits alimentaires conclu entre la société *Comercial de Alimentos Lunar Ltda* et *Companhia Minuano de Alimentos*, et fondé sur l'art. 422 du NCCB⁶⁷² mérite d'être mentionnée. La cour a estimé que le fabricant a adopté un comportement déloyal en faisant valoir sa puissance économique sur le distributeur à travers le changement obligatoire de la procédure de revente des produits, ce qui a forcé le distributeur à résilier le contrat. Les juges ont donc considéré que le fabricant a violé le principe de la bonne foi objective et, de ce fait, ce dernier a été condamné à indemniser le distributeur.

Cette même cour d'appel a encore jugé, à l'occasion de la rupture brutale d'un contrat verbal de distribution, que l'absence d'accord écrit ne dispensait pas le fournisseur d'octroyer à son distributeur un délai de préavis raisonnable pour cesser l'activité et se reconverter. En l'espèce, la société *Intelbras S.A.* fournissait à la société *Luzmac Industria e Comércio de Material Elétrico Ltda*, distributeur, des produits et équipements dans le secteur des télécommunications⁶⁷³. Le distributeur bénéficiait de l'exclusivité de revente dans la région de Porto Alegre. La société Intelbras avait pris des dispositions pour réorganiser son réseau de distribution et avait décidé unilatéralement de transférer l'exclusivité de la distribution de ses produits à une autre société (*Matvsul*). Selon la cour, le fabricant aurait dû notifier préalablement au distributeur ses intentions de mettre fin à la relation contractuelle. Le manquement à cette obligation de notification d'un délai de préavis raisonnable a été

⁶⁷² TJRS, Ap. civ. n° 70024608077/2008, Rel. Des. Ergio Roque Menine, j. 11.12.2008. V. aussi, TJRS, Ap. civ. n° 70024230096/2008, *Cassio Andre Schuler c. Agip do Brasil S.A.*, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 17.12.2008.

⁶⁷³ TJRS, Ap. civ. n° 700206939958/2007, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 13.03.2008.

considéré comme une violation du principe de la bonne foi objective. Il est néanmoins intéressant de noter que la cour n'a pas fondé sa décision au visa de l'art. 473 du NCCB sur les conditions de résiliation unilatérale du contrat. Il lui a suffi de considérer que l'absence de préavis est un manquement au principe de la bonne foi.

Le principe de la bonne foi est également rappelé par le Tribunal supérieur de justice, dans une affaire relative à la revente de véhicules automobiles, secteur dans lequel la législation spéciale prévoit les modalités de cessation du contrat et leurs conséquences (art. 21 à 23 de la Loi n° 6.729/1979). Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de concession à durée déterminée d'une année conclu le 5 août 1991, avec possibilité de reconduction tacite pour une autre période annuelle. Le contrat prévoyait que les parties pourraient dénoncer le contrat dans un délai de soixante jours avant la date d'expiration (art. VI.1 e VI.2 du contrat). La société *BF Transportes Ltda* (distributeur) a accusé la société *Fiat Automóveis S. A.* (fabricant) de rompre brutalement le contrat de concession le 17 mars 1999, sans octroyer aucun délai de préavis par notification. Avant la rupture soudaine du contrat, le fabricant avait encore réduit considérablement le nombre de livraisons de voitures neuves au distributeur, ce qui a représenté une perte pour ce dernier depuis août 1996. Afin de sanctionner le fabricant, la Cour rappelle d'une part que l'art. 473 du NCCB prévoit que la résiliation unilatérale du contrat doit s'effectuer par le biais d'une notification et, d'autre part, qu'en application du principe de la bonne foi objective le délai de préavis aurait dû être plus long permettant donc au distributeur de se reconvertir et de lui éviter tout éventuel préjudice⁶⁷⁴.

Ces décisions démontrent que la rupture du contrat est licite. Corollaire du principe de la liberté contractuelle⁶⁷⁵, il s'agit de l'exercice d'un droit subjectif de rompre ou de ne pas renouveler le contrat. En ce sens, la bonne foi doit inciter les parties à adopter un comportement loyal pendant toute la durée de la vie contractuelle, ainsi qu'imprimer les directives d'application de l'art. 473 du NCCB⁶⁷⁶ et les dispositions de la loi Ferrari portant sur la concession automobile⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ STJ, REsp. n° 704.384-MG (2004/0127292-4), Rel. Min. Ari PARGENDLER, j. 18.12. 2007, DJ : 01.04.2008.

⁶⁷⁵ A. R. d'AZEVEDO, « Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor », in Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, RT, 2007, p. 285-300.

⁶⁷⁶ La règle spéciale relative à la résiliation unilatérale, qui impose le respect d'un délai de préavis compatible avec la nature des investissements déployés (art. 473 du NCCB), doit être appliquée, elle aussi, à la lumière de la bonne foi objective.

⁶⁷⁷ STJ, AgRg n° 988.736 –SP (2007/0281820-4), *Comvesa Veículos e Peças Ltda c. General Motors do Brasil Ltda*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.07.2008, DJ : 03.11.2008 ; STJ, REsp. n° 534.105–MT (2003/0068612-3), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.07.2003, DJ : 19.12.2003.

Enfin, ces exemples démontrent que le contrôle exercé grâce au principe de la bonne foi peut limiter effectivement l'abus de droit dans les litiges relatifs à rupture brutale du contrat de distribution. Il sera donc intéressant de connaître le rôle qui joue la bonne foi objective dans la nouvelle dogmatique juridique du Code civil brésilien⁶⁷⁸.

2- La consécration du principe de la bonne foi objective dans le Code civil de 2002

L'ancien Code civil brésilien de 1916 ne prévoyait pas expressément l'application du principe de bonne foi en tant que règle générale dans la formation et l'exécution du contrat telle que celle de l'art. 1134, al. 3 du Code civil français. Cette omission s'explique par l'existence d'une règle générique concernant la bonne foi, prévue à l'art. 131 de l'ancien Code de commerce brésilien de 1850, relative à l'interprétation du *negotium juridico*⁶⁷⁹. En effet, ces deux codes faisaient référence à la « bonne foi subjective » qui se traduisait par l'absence de mauvaise foi⁶⁸⁰.

C'est grâce à l'évolution de la jurisprudence que la bonne foi a acquis aussi une dimension objective. Le Code civil brésilien est doté de normes sur la conduite des parties qui doivent être de bonne foi, pendant la période de formation et d'exécution du contrat⁶⁸¹. Ainsi la loi brésilienne attribue à la bonne foi une fonction de « *clause générale* »⁶⁸² qui trouve

⁶⁷⁸ La bonne foi objective représente l'esprit de confiance mutuelle des parties dans leur relation juridique. Ce principe est également fondé sur celui de la « fonction sociale » du contrat (art. 421 NCCB) qui représente la rupture avec la mentalité individualiste et volontariste de la théorie contractuelle du XIXe siècle. Cf., G. TEPEDINO, « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 », *RF*, 2002, vol. 364, p. 113-123; A. WALD, « O novo código civil e o solidarismo contratual », *RDBMCA*, 2003, ano 6, p. 14-47 et « L'évolution du contrat et le nouveau code civil », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, 2007, p. 221-248.

⁶⁷⁹ Parmi plusieurs définitions proposées par la doctrine de *negotium juridico* (R. de RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, Sao Paulo, Saraiva, 1972, p. 217), nous retiendrons celle du compromis entre la « manifestation et la déclaration de la volonté tempérée par des exigences liées à la responsabilité et la confiance » (L. CARIOTA-FERRARA, *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Morano Editore, 1961, p. 38 et s).

⁶⁸⁰ A. WALD, « O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos », *RDM*, n° 130, 2003, p. 39-55. Le Code Civil brésilien, plus jeune que le Code de commerce, reflétait la mentalité capitaliste de la deuxième moitié du XIXe siècle beaucoup plus préoccupée par « l'assurance de la circulation et le développement des relations juridiques que par la justice matérielle des cas concrets » selon A. JUNQUEIRA de AZEVEDO, (« La bonne foi dans la formation du contrat », Rapport brésilien, in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p.77-84). Pour une étude comparative de la dimension subjective et objective du principe de la bonne foi dans le cadre du Code civil brésilien de 1916, v. spécialement C. M. da S. PEREIRA, « Idéia de Boa Fé », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 67-81, spéc. p. 81. L'auteur indique qu'il y avait dans ce Code plus de soixante articles applicables, dès lors que le cocontractant agissait de bonne ou mauvaise foi. Il ajoute encore que c'est dans le cadre du droit des obligations que l'application du principe de la bonne foi est la plus vaste.

⁶⁸¹ A. WALD, « Le contrat et l'économie au XXIe siècle », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 475-495, spéc. p. 494.

⁶⁸² Sur les *clauses générales* dans le droit brésilien, v. spécialement A. WALD, « Le droit brésilien et le Code civil de 2002 », in *Code civil brésilien, Op. cit.*, p. 15-28 ; E. LEMOALLE, « Le droit civil », in D. Paiva de

toute sa source dans des principes fondamentaux, tels que l'éthique (*ética*), la sociabilité (*sociabilidade*) et l'opérationnalité (*operacionalidade*)⁶⁸³. Il s'agit des trois piliers de la réforme qui a instauré un système de « normes ouvertes » ou de « clauses ouvertes »⁶⁸⁴ dont le contenu s'adapte aux circonstances particulières dans l'ordre juridique brésilien.

La construction de la notion de bonne foi objective s'est inspirée, d'une part, de la loi de protection du consommateur⁶⁸⁵. Dans le Code de protection du consommateur (Loi n° 8.078/1990)⁶⁸⁶, le principe de bonne foi se retrouve en tant que règle révélatrice du comportement des parties à travers l'expression « *bonne foi objective* »⁶⁸⁷, en cumulant une fonction interprétative sur la base de la « *confiance* » entre les cocontractants⁶⁸⁸.

D'autre part, la notion de bonne foi vient de l'application constructive que le droit allemand avait faite de l'art. 242 BGB⁶⁸⁹. Il s'agit d'un principe de loyauté et de confiance

Almeida (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Harmattan, 2006, p. 271 et s. ; *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, A. Wald et C. Jauffret-Spinosi (dir.), SLC, 2005 ; M. REALE, *História do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005 ; A. J. de AZEVEDO, « Insuficiências, deficiência e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos », *RT*, 2000, vol. 775, p. ; R. R. de AGUIAR JR., « O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais : limites e responsabilidade », *RFDFURGS*, v. 18, 2000.

⁶⁸³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *Op. cit.*, n° 157. Il s'agit presque d'un retour aux règles morales commerciales qui régnait depuis le moyen âge, où la confiance était sous-entendue entre les parties, souvent géographiquement éloignées, lorsque l'exécution devait s'échelonner dans le temps. Les commerçants avaient le sens du comportement loyal fondé sur l'idée de la confiance raisonnable dans le commerce, grâce à l'existence de valeurs éthiques répandues dans la société. Sur les valeurs consacrées dans le NCCB, v. M. REALE, « Visão Geral do Novo Código Civil », *RT/92*, 2003, v. 808, p. 11-19.

⁶⁸⁴ Il faut noter qu'en droit français, le système de clauses générales (*Genelklauseln*) tel qu'il a été conçu et employé en droit allemand n'existe pas, comme l'indique C. JAUFFRET-SPINOSI (« Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans d'autres systèmes juridiques romanistes », in S. Grundmann et D. Mazeud (org.), *General Clauses and standarts in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 23-39). Néanmoins, il peut être rapproché de certains concepts du droit français, comme les *principes généraux du droit*, la notion de *standart* et de *bonne foi*, sans que pour autant on puisse connaître une équivalence entre les trois notions. Sur les différences de conception de la notion de bonne foi, v. aussi « Bonne foi », in B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeud (org.) et A. Tenenbraum (dir. Scientifique), *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, SLC, 2008, p. 207-272.

⁶⁸⁵ A. JUNQUEIRA de AZEVEDO, « La bonne foi dans la formation du contrat », Rapport brésilien, *Op. cit.*, p.79.

⁶⁸⁶ C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *Op. cit.*, p. 167 et s. ; R. R. de AGUIAR JR., « A boa-fé nas relações de consumo », *RDC*, 1993, n° 5, p. 25.

⁶⁸⁷ R. R. de AGUIAR JR., « Cláusula geral de boa-fé objetiva », in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

⁶⁸⁸ C. L. MARQUES, « A Nova crise do contrato », in *Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86, spéc. 28 ; A. WALD, « O princípio da confiança », *RF/102*, 2006, v. 386, p. 15-116, spéc. p. 22 ; I. de AGUILLAR VIEIRA, « Deveres de proteção e contrato », *RT/88*, 1999, v. 761, p. 68-93. Les normes adoptées dans le Code du consommateur permettent de protéger les consommateurs contre d'éventuelles clauses abusives de contrats d'adhésion (*cf.*, C. M. C. PENTEADO JR., « O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos », *RDBMCA*, ano 6, 2003, p. 211-224).

⁶⁸⁹ En effet, la bonne foi de l'ancien droit commercial, qui était international, n'était rien d'autre que le respect de certaines règles de loyauté dans les échanges commerciaux. Il s'agissait donc d'une bonne foi objective, qui n'a pas été oubliée par la jurisprudence allemande au début du XIXème siècle puisqu'elle a été consacrée plus tard dans l'art. 242 du BGB « *Treu und Glauben* » (*cf.*, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, *Op. cit.*, p. 65 et s.) ; E. de OLIVEIRA GOUVEA, « Boa-fé objetiva e responsabilidade civil

récioproques qui se concrétise par le comportement des parties pendant les différentes phases de la relation contractuelle⁶⁹⁰, en corrélation avec les usages admis dans les affaires⁶⁹¹. La bonne foi instaure une obligation de loyauté afin de permettre « *l'équilibre contractuel entre les parties* »⁶⁹², qui repose sur des valeurs telle que la confiance mutuelle⁶⁹³. C'est pour cela qu'on l'appelle « *bonne foi objective* »⁶⁹⁴. Ce principe est une clause générale des contrats qui est alors source de droits et d'obligations, imposant une règle de conduite dont le non respect peut représenter un abus⁶⁹⁵.

Le droit brésilien a consacré le principe de la bonne foi objective à l'art. 422 du NCCB : « *Les cocontractants sont obligés de se soumettre, tant dans la conclusion du contrat, que lors de son exécution, aux principes de la probité et de la bonne foi* ». Le respect de ce principe signifie que le comportement attendu des parties doit démontrer une certaine loyauté et solidarité pendant l'exécution du contrat, traduisant la confiance mutuelle qui a amené les parties à conclure un contrat⁶⁹⁶. La notion de loyauté peut correspondre parfaitement à

contratual - principais inovações », *RF*, vol. 369, p. 73-88. V. aussi le commentaire de l'art. 242 du BGB réalisé par G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et Cl. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *Op. cit.*, p. 75 : cette disposition « *a fonctionné comme une disposition de valeur supérieure, capable de modifier les effets des autres dispositions législatives. En s'appuyant sur le §242, les tribunaux allemands ont développé de nouvelles institutions et ont créé nombre d'obligations destinées à assurer une exécution loyale du contrat, telles que le devoir des parties de coopérer, de protéger les intérêts du cocontractant, d'informer et de rendre compte. Il existe toutefois une limite importante à la réalisation du principe de bonne foi. Il ne permet pas aux juges allemands d'établir un principe général de loyauté et d'équité* ».

⁶⁹⁰ V. l'étude comparative et approfondie entre le droit allemand et le droit portugais concernant l'application du principe de la bonne foi de A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, *Op. cit.*, p. 641.

⁶⁹¹ Les usages et coutumes du commerce sont communs aux différents systèmes juridiques européens en matière d'obligations contractuelles, notamment en droit français et allemand. A ce propos, v. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001. Tel n'est pas le cas du droit brésilien, comme l'indique Mme Véra M. J. de FRADERA, en raison de la tradition positiviste de ce droit (*cf.*, « *A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato* », disponible sur :

www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI63650,101048A+boa+fe+objetiva+uma+nocao+presente+no+conceito+alemao+brasileiro+e

⁶⁹² A. WALD, « *Le droit brésilien et le code civil de 2002* », *Op. cit.*, spéc., p. 24 et 25.

⁶⁹³ J. MARTINS-COSTA, « *O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura* », in G. Nanni (coord.), *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 476-505.

⁶⁹⁴ La bonne foi objective est en quelque sorte la *bonna fides* du droit romain car ce principe obligeait les parties à se conduire comme un *bonus paterfamilias* et à interpréter les contrats en conformité avec le *negotium juridico* : *cf.*, F. RUBINSTEIN, « *A bona fides como origem da boa fé objetiva do direito brasileiro* », *RFDUSP*, 2004, vol. 99, p. 581.

⁶⁹⁵ Dans cette logique, l'abus de droit est considéré comme une atteinte à la clause générale de bonne foi objective. A ce propos, voir V. M. J. de FRADERA, « *La partie générale du Code civil brésilien* », *Op. cit.*, p. 221.

⁶⁹⁶ Le sentiment de confiance est indispensable au consentement nécessaire pour la formation de la relation contractuelle. La confiance entraîne d'autres valeurs importantes pour que les parties se sentent en sécurité dans le cadre d'une activité. A ce propos, v. O. ANSELME-MARTIN, « *Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat* », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 21-38.

l'obligation des parties de se comporter en toute « *transparence, décence et cohérence* »⁶⁹⁷ dans les rapports contractuels. Le respect de la bonne foi objective requiert des parties une « *éthique contractuelle* »⁶⁹⁸ qui s'impose à tous les stades du processus contractuel.

Néanmoins, il est important de noter que la clause générale de bonne foi objective reste une notion imprécise. C'est pourquoi le Tribunal supérieur de justice a publié des commentaires sous forme d'énoncés concernant l'application du principe de la bonne foi. Ainsi, lors des journées de débats sur le Code civil brésilien, l'art. 422 a reçu une attention spéciale. Selon l'énoncé n° 36 des actes de la Journée de droit civil, la bonne foi est une clause générale⁶⁹⁹ qui exige un comportement loyal entre les parties, ayant une fonction interprétative⁷⁰⁰, limitative⁷⁰¹, adaptative⁷⁰² et, enfin, complétive. Cet énoncé renforce le caractère objectif de la norme en donnant des indices plus concrets à propos de son application.

Par ailleurs, dans l'énoncé n° 24, le caractère objectif de la bonne foi est souligné par le fait que la violation des devoirs annexes à la bonne foi ne dépend pas de l'existence d'une faute⁷⁰³. Cet énoncé démontre que la bonne foi constitue une obligation contractuelle à part entière dont le non respect peut résulter en une inexécution. En outre, il apparaît dans cet énoncé que l'existence d'une faute pour l'engagement de la responsabilité n'est plus essentielle dans le nouveau Code civil brésilien⁷⁰⁴.

L'énoncé n° 27⁷⁰⁵ s'efforce de comparer ce concept très subjectif de bonne foi à d'autres statuts normatifs. Ainsi, il ouvre la porte à l'application de notions plus objectives

⁶⁹⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité et fraternité: la nouvelle devise contractuelle », *Op. cit.*, p. 617.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 607.

⁶⁹⁹ Énoncé 36 : « *La clause générale contenue dans l'art. 422 du nouveau Code civil impose au juge d'interpréter et, si nécessaire, de compléter et de corriger le contrat selon la bonne foi objective, qui doit être entendue comme l'exigence d'un comportement loyal entre les parties* » (notre traduction).

⁷⁰⁰ La fonction interprétative se retrouve à l'art. 113 de l'ancien Code de commerce brésilien.

⁷⁰¹ Comme nous l'avons déjà indiqué, la bonne foi impose des limites à l'exercice du droit à travers la concrétisation de la notion d'abus de droit à l'art. 187 du NCCB. En ce sens v. J. MARTINS-COSTA, « A boa-fé e o adimplemento das obrigações », *Op. cit.*, p. 9-39.

⁷⁰² On sait que la possibilité de réviser le contrat existait pour certains contrats, comme, par exemple, ceux de la location commerciale. La fonction adaptative de la bonne foi permet d'invoquer la théorie de l'imprévision prévue à l'art. 478 NCCB. En réalité, la possibilité de réviser certains contrats découle, au fond, de la prohibition de l'enrichissement sans cause en droit brésilien. En ce sens, v. A. RIZZARDO, *Contratos*, *Op. cit.*, p. 45 et s.

⁷⁰³ Énoncé 24 : « *En vertu du principe de la bonne foi, formulé dans l'article 422 du nouveau Code civil, la violation des devoirs annexes constitue une sorte d'inexécution, indépendamment de l'existence d'une faute* » (notre traduction).

⁷⁰⁴ Nous traiterons plus en détail la place de la faute en droit brésilien dans la Section 2, § 2, *infra*.

⁷⁰⁵ Énoncé 27 : « *Dans l'interprétation de la clause générale de bonne foi, il faut prendre en compte le système du Code civil et les connexions systématiques avec d'autres statuts normatifs et les facteurs métajuridiques* » (notre traduction).

contenues dans le Code du consommateur en matière de clauses abusives et de contrats d'adhésion⁷⁰⁶.

En dernier lieu, l'énoncé n° 362⁷⁰⁷ interdit le *venire contra factum proprium nulli conceditur*⁷⁰⁸. Cette institution ancienne du droit romain signifie « interdiction d'avoir un comportement contradictoire » et constitue un cas classique d'abus de droit⁷⁰⁹. Dans le cadre de la résiliation du contrat de distribution, l'interdiction de se contredire ouvre la possibilité à la victime de la rupture abusive de se retourner contre le contractant qui lui a fait croire que leur relation allait se poursuivre, par exemple. En général, on retrouve l'application de ce principe dans le contentieux relatif au non-renouvellement du contrat à durée déterminée, lorsque le distributeur renforce l'investissement dans l'activité. Si le contrat est rompu par le fournisseur dans ces conditions, la victime peut se retourner contre son partenaire et engager sa responsabilité. Le comportement de l'agent se révèle contraire à la confiance légitime et, de ce fait, une violation au principe de la bonne foi.

En réalité, la violation de la bonne foi peut être caractérisée comme un abus de droit lors de la rupture unilatérale du contrat de concession et de franchise. On constate que la résiliation unilatérale peut devenir abusive si elle dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi objective, les bonnes mœurs, et la finalité économique et sociale du contrat, puisqu'elle devient une source de préjudice pour autrui⁷¹⁰.

B- Le principe de la bonne foi : une norme de comportement en droit français

En droit français, l'art. 1134, al. 3 du Code civil détermine que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Le principe de la bonne foi se manifeste par le devoir de loyauté et le devoir de collaboration pendant l'exécution du contrat⁷¹¹. La bonne foi impose aux parties une sorte de règle de conduite ou standard de comportement qui se traduit notamment

⁷⁰⁶ En ce sens, v. P. L. NÊTO LÔBO, « Princípios sociais dos contratos no CDC e novo Código Civil », *RDC*, 2002, n° 42, 2002, p. 187-195 ; A. A. L. NOVAIS, « Os novos paradigmas da teoria contratual : o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente », in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 18.

⁷⁰⁷ Énoncé 362 approuvé dans la IV Jornada du STJ : « L'interdiction du « venire contra factum proprium » est basée sur la protection de la confiance » (notre traduction).

⁷⁰⁸ Sur ce point, v. P. L. NETO LÔBO, « Deveres gerais de conduta nas obrigações civis », in *Novo Código Civil, Questões Controvertidas*, vol. 4, São Paulo, Ed. Método, 2005, p. 75 et s.

⁷⁰⁹ Il faut noter que le droit allemand prévoit l'interdiction de *venire contra factum proprium* né du § 242 BGB. En ce sens, v. F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *Op. cit.*, p. 514 et s.

⁷¹⁰ J. MARTINS-COSTA, « Os fundamentos da responsabilidade civil », *RTJE*, 1991, v. 93, p. 50.

⁷¹¹ Y. PICOD, *Le droit de loyauté dans l'exécution du contrat*, *Op. cit.*, n° 20 : « dès lors, la question n'est plus de savoir ce que dit le contrat interprété de bonne foi, mais de savoir si l'attitude qu'a adopté tel contractant dans le cadre de l'exécution du contrat est conforme à la bonne foi ».

par « l'obligation positive de respecter et de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant »⁷¹². Ce texte est en effet la permission faite au juge de porter un jugement de valeur sur le comportement des parties⁷¹³.

Il nous semble que la bonne foi inspire un certain « esprit de moralisation »⁷¹⁴ en matière contractuelle. Si l'on considère que la résiliation unilatérale des contrats nécessite un contrôle efficace, ce principe a vocation à s'appliquer. C'est d'ailleurs le cas des contrats de concession et de franchise pour lesquels la loi Galland a encore institué deux principes contractuels spécifiques, à savoir l'équilibre contractuel et la loyauté⁷¹⁵.

La jurisprudence française a déjà apporté quelques pistes de réflexion à ce sujet. La Cour de cassation avait indiqué que « le droit de résiliation est susceptible d'abus engageant la responsabilité de son auteur » et affirmé que « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été stipulé, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'al. 3 de l'art. 1134 du C. civ. offerte aux parties »⁷¹⁶. Cela veut dire que la bonne foi exerce un contrôle sur la résiliation unilatérale du contrat. Il ressort de cette norme que les parties doivent se comporter conformément « aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale »⁷¹⁷. Ce principe régit de façon résiduelle toutes les conventions non spécialement réglementées allant où le droit spécial n'a rien prévu de particulier.

La jurisprudence n'a donc pas manqué de faire usage de cette notion dans certaines décisions concernant des contrats de distribution⁷¹⁸, notamment à l'égard des contrats où le

⁷¹² Ph. LAURENT, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Op. cit.*, p. 13 et s.; G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 1-18, spéc. p. 12.

⁷¹³ Pour un aperçu sur l'évolution et l'application de l'art. 1134 du Code civil français, cf., Chr. JAMIN, « Un brève historique politique des interprétations de l'art. 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901-911. L'auteur se borne à aborder les questions relatives à la liberté contractuelle en opposition à l'émergence d'un nouveau concept de contrat fondé sur la solidarité social. V. aussi C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, 2^e partie : Effets, t. III, 6^e éd., Economica, 2007, p. 617 et s.

⁷¹⁴ A. BENABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », Rapport français, *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 293.

⁷¹⁵ Comme l'indique Y. PICOD, la loyauté concerne alors « la formation du contrat où la violence économique est condamnée ; elle concerne aussi son exécution, le renvoi exprès à l'art. 1134, al. 3 du Code civil, c'est-à-dire à la loyauté contractuelle, étant à cet égard significatif, s'agissant de rapports contractuels déséquilibrés et reposant sur des relations de confiance. Ainsi, la dénonciation du contrat qui devient un contrat à durée déterminée renouvelable de plein droit doit se faire dans un délai raisonnable pour éviter une rupture brutale et soudaine », (« Droit de la distribution et droit des contrats », *LPA*, 1 juillet 2005, n° 130, p. 19-28, spéc. p. 27).

⁷¹⁶ Cass. I^{re} civ., 7 octobre 1965, *JCP* 1966, II, 14535, *Bull. civ.* I, n° 520, p. 393.

⁷¹⁷ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 4^e éd., Dalloz, 1924, p. 309.

⁷¹⁸ Dans l'arrêt *Huard*, il a été jugé que le fait pour une compagnie pétrolière de priver un distributeur agréé de la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels constituait un manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Mais il était également possible d'y voir un abus du droit du fournisseur de fixer unilatéralement le prix du produit vendu (Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP G* 1993.II.22164, n. G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 124, n° 7, obs. J. Mestre ; *JurisData* n° 1992-002431) ; dans l'arrêt *Chevassus-Marche*, sur le

haut degré d'intégration entre les parties est absolument indispensable à la réussite de la stratégie de l'affaire. C'est le cas par exemple des contrats de franchise, dans la mesure où l'esprit de collaboration et loyauté est essentiel à la vie du contrat⁷¹⁹. C'est pourquoi l'on dit que « *la notion de bonne foi ne quitte jamais le franchisé* »⁷²⁰. Il existe une idée de principe de cohérence rattachée au principe de loyauté présent à l'art. 1134, al. 3 du Code civil français⁷²¹.

A propos du contrat de franchise, il est important de noter qu'il est plus souvent conclu à durée déterminée. Il prévoit souvent que, sauf manifestation contraire des parties stipulée dans le contrat, ce dernier sera renouvelé tacitement, soit pour une période définie qui peut être différente de la période initiale, soit sans limitation de durée. La Cour de cassation affirme toujours qu'il n'existe pas de droit au renouvellement des contrats de franchise⁷²². Il faut tenir compte cependant que le non-renouvellement du contrat de franchise doit se faire sans abus, qui peut se manifester par le non respect d'un délai de préavis suffisant prévu à l'art. L. 442-6-I-5° du C. com⁷²³, ainsi que sur la mauvaise foi d'un franchiseur qui rompt le contrat ayant prévu un délai de préavis dérisoire, après avoir passé d'importantes commandes de marchandises faisant croire au franchisé que leur relation allait se prolonger⁷²⁴.

Force est de constater que la bonne foi apparaît en droit français, comme en droit brésilien, à travers une notion plus objective qui impose au débiteur à la fois une règle de conduite et un devoir de loyauté, se traduisant notamment par l'obligation positive de respecter et de prendre en considération l'intérêt de son cocontractant. Elle matérialise ainsi un degré supplémentaire dans l'obligation de collaboration qui naît du rapport contractuel, parce qu'elle tend à faire des cocontractants de véritables partenaires dont les intérêts à la bonne exécution du contrat sont communs. En ce sens, la notion de bonne foi du droit français

fondement de l'art. 4 de la loi du 25 juin 1991 qui dispose que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté, il a été jugé que le mandant devait mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat (Cass. com., 24 novembre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; *Défrenois*, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1999, I, p. 143, obs Ch. Jamin ; Juris-data n° 1998-004489). Plus récemment, deux arrêts ont été rendus dans l'affaire *General Motors* (Cass. com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-17748, F-P+B et *Nouvelles Frontières* (TGI Bobigny, 29 janvier 2008, n° 2007/F00373).

⁷¹⁹ La jurisprudence française a toujours veillé à ce qu'aucune des parties ne soit induite en erreur pendant les phases de formation et d'exécution du contrat (F.-L. SIMON, *Théorie et pratique de la franchise*, Joly, 1^{re} éd., 2008, p. 92). Cette interprétation est également appliquée à la fin du contrat de franchise (Y. AL SURAYHI, *La fin du contrat de franchise*, [thèse], Université de Poitiers, 2008).

⁷²⁰ F.-L. SIMON, « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », *LPA*, 22 juillet 2009, n° 145, p. 8-11.

⁷²¹ En ce sens, v. F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *Op. cit.*, p. 518 et 519.

⁷²² CA Paris, 23 février 2000, JurisData n° 108177.

⁷²³ CA Paris, 29 novembre 2007, JurisData n° 353808.

⁷²⁴ CA Dijon, 15 novembre 2007, JurisData n° 355669.

se rapproche de celle du droit brésilien : c'est une norme de comportement qui prétend écarter l'abus de droit.

En droit français, en revanche, le principe de la bonne foi n'est pas une clause générale des contrats comme en droit brésilien. Une étude menée par M. Philippe Stoffel-Munck avait préalablement indiqué que l'exigence de bonne foi de l'art. 1134, al. 3 du Code civil français est une norme générale de civilité qui dépasse le cadre contractuel⁷²⁵. Elle ne devait pas être assimilée à une obligation contractuelle, mais servir d'outil à l'exécution des obligations contractuelles car, à l'origine, la bonne foi existe en dehors de tout cadre législatif et est simplement commandée par les préceptes du christianisme, du droit naturel, de la solidarité et de moralité collective ou individuelle. De ce fait, indique encore l'auteur, le moyen trouvé par plusieurs courants moralisateurs pour sanctionner la violation du principe de la bonne foi a été la technique de l'abus⁷²⁶. C'est en effet sur cette dernière notion que se fonde la jurisprudence pour exercer un contrôle de plus en plus strict des circonstances de la résiliation et sanctionner la rupture abusive. Le caractère abusif de la rupture ne fait pas de doute lorsque les circonstances qui entourent la rupture⁷²⁷ sont telles qu'elles mettent en évidence le comportement répréhensible ou simplement la « *légèreté blâmable* »⁷²⁸ de celui qui a initié la rupture.

Dans le cadre de la rupture de contrats de concession et de franchise, le passage de la sanction de l'abus caractérisé par l'intention de nuire à la sanction de l'abus résultant du manquement à la bonne foi⁷²⁹ dans les relations contractuelles, « *s'inscrit clairement dans un mouvement d'ensemble qui vise à renforcer le devoir de loyauté entre contractants* »⁷³⁰. Cette tendance jurisprudentielle apparaît également très clairement dans un arrêt de la cour d'appel

⁷²⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, p. 132 et s.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 26. En effet, l'objet de la thèse de M. Stoffel-Munck est de montrer que l'abus dans le contrat est « pluralité ordonnée ». Il établit une division des différentes formes d'abus selon les ordres de valeurs que l'abus intéresse, à savoir : « *l'abus peut constituer soit une faute qui intéresse la sanction d'un comportement, soit l'exercice abusif d'une prérogative contractuelle ou d'une liberté. A ce titre, la bonne foi est au fond une norme extérieure au contrat, elle constitue un « devoir moral plus qu'une obligation contractuelle proprement dit* », cf., Ph. Le TOURNEAU, *Le droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002, p. 808.

⁷²⁷ S. PETIT, « La rupture abusive dans les relations commerciales », *LPA*, 18 septembre 2008, n° 188, p. 33. Cet auteur suggère que le caractère abusif de la rupture doit tenir compte de la conjoncture relationnelle et d'une approche subjective du « *comportement adopté par le congédiant antérieurement ou postérieurement à l'annonce de la survenance prochaine de la rupture* ».

⁷²⁸ B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 11 et s.

⁷²⁹ P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Op. cit.*, n° 6, p. 32 ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318, n° 1 ; J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un sprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 101.

⁷³⁰ Ph. LAURENT, « La bonne foi et l'abus de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Op. cit.*, p. 6. Sur ce point, Ph. Le Tourneau considère également que tout abus de droit en matière contractuelle est une violation, délibérée ou non, de la bonne foi (cf. « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, n° 53 et s.).

de Paris en date du 11 février 1999 qui sanctionne l'attitude du concédant ayant consisté à sacrifier les intérêts du concessionnaire au profit des siens propres dans le cadre d'un réseau de distribution. Ainsi, sous le visa des art. 1134 al. 3 et 1135 du Code civil les juges du fond ont décidé que le créateur de ce réseau auquel adhèrent des concessionnaires est tenu « (...) *de veiller loyalement à ce que ces concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l'effort commun, contrepartie de leur engagement au sein du réseau* »⁷³¹.

Il apparaît en effet que le droit de résilier unilatéralement le contrat, sans avoir de motivation à donner demeure ainsi la règle et n'est limité que par le contrôle judiciaire de l'abus dont celui-ci peut faire l'objet. Or, l'application et l'importance accordées à la bonne foi lors de la rupture du contrat ne sont plus à démontrer⁷³². Son rôle toujours croissant en droit positif est bien la preuve de la place de plus en plus importante que les tribunaux accordent à la justice contractuelle face à l'impératif parfois contradictoire du respect des termes du contrat.

Section 2 – La nature de la responsabilité engendrée lors de la rupture du contrat

La théorie de la responsabilité civile englobe la responsabilité délictuelle⁷³³ et la responsabilité contractuelle en droit français. Cette division classique est apparue au XIXème siècle⁷³⁴. Elle a toutefois suscité de sévères critiques d'une partie de la doctrine française opposée à l'existence de la responsabilité contractuelle, d'une part, en raison de l'absence de définition même du concept de responsabilité contractuelle et, d'autre part, parce qu'il existe

⁷³¹ CA Paris, 5e ch., 11 février 1999, *S.A. Fiat Auto c/ Société Sofisud*, *RTD. civ.* 1999, p. 390, obs. J. Mestre. V. aussi : Cass. com. 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 194 ; *JCP* 1994, I, 3803, n°s 1 et s., obs. G. Virassamy.

⁷³² Si l'application du principe de la bonne foi par les juges français peut être source d'insécurité juridique, ce principe se présente comme un véritable « *acte de foi* » en matière de contrats commerciaux internationaux. La bonne foi couvre, compte tenu de l'importance des enjeux et de l'éloignement des parties, un vaste domaine d'obligations secondaires dont l'énumération serait fastidieux (cf. G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1980, p. 9). V. aussi M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offerts à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263-274, spéc. p. 270 ; E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et en droit international*, Litec, 1980, n° 642 ; Ph. Le TOURNEAU, « Bonne foi », *Op. cit.*, n° 52.

⁷³³ La responsabilité délictuelle ou extracontractuelle sanctionne tout dommage né en-dehors de l'inexécution d'un contrat. Sur ce point v. A. TUNC, *La responsabilité délictuelle*, 2e éd., Economica, 1990 ; A. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., Lexisnexis, 2014 ; J. HUET, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, (thèse), Paris II, 1978 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2e éd. ; Defrénois, 2005 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations, responsabilité délictuelle*, 5e éd., Litec, 1996. La responsabilité extracontractuelle est encore désignée « responsabilité aquilienne » par référence à la « Loi Aquilia » qui est censé, selon G. Viney être la source lointaine de l'art. 1382 du Code civil français (cf., G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd. ; LGDJ, 2008, p. 395).

⁷³⁴ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 1926, p. 291 et s.

le règlement de dommages et intérêts uniquement en raison de l'inexécution de l'obligation « contractuelle » aux art. 1146 à 1155 du Code civil⁷³⁵.

En effet, l'apparition du concept de « responsabilité contractuelle » a été présentée comme une invention doctrinale tardive, voire « *un faux concept* »⁷³⁶ de la responsabilité délictuelle ou aquilienne. Certains auteurs ont remis en cause l'existence de la responsabilité contractuelle, puisque les dommages et intérêts contractuels seraient une forme d'exécution du contrat, dite d'exécution par équivalent, mais qui n'a pas pour objet de réparer le dommage comme dans le cadre de la responsabilité délictuelle⁷³⁷.

De fait, le raisonnement révélateur est signé M. Planiol qui définit la responsabilité contractuelle comme celle du débiteur qui n'exécute pas l'obligation mise à sa charge. Il avait également reconnu une fonction indemnitaire aux dommages et intérêts contractuels⁷³⁸, en plus de sa fonction d'exécution par équivalent. En réalité, la vraie question qui se posait en marge de cette discussion sur l'inexactitude de la conception indemnitaire des dommages et intérêts contractuels est celle relative à la preuve de l'existence de la faute⁷³⁹.

Pour certains auteurs, la faute ne peut être assimilée à l'inexécution d'une obligation du contrat, puisqu'elle est un emprunt abusif au droit des délits et quasi-délits⁷⁴⁰. Elle ne saurait donc être, en matière contractuelle, une condition de mise en œuvre de la

⁷³⁵ En droit français, le droit commun de la responsabilité contractuelle a son siège dans les art. 1146 à 1155 du code civil, mais les art. 1134 à 1145 concernent aussi étroitement la matière, dans la mesure où ils précisent le contenu et les effets de l'obligation, (G. LÉGIER, « Responsabilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, p. 3).

⁷³⁶ En ce sens, v. spécialement Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et culture*, 1996, p. 31 et s.

⁷³⁷ C'est pour cela que la notion de responsabilité contractuelle serait considérée comme artificielle. La doctrine qui s'oppose à l'existence de la responsabilité contractuelle dit qu'elle n'est que le paiement forcé d'une obligation préexistante. Les dommages et intérêts contractuels également dénommés « indemnisation » ou « réparation » sont en réalité un mode d'exécution du contrat. En ce sens, v. notamment Ph. le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, *Op. cit.*, p. 320 et s. : il expliquait que « *la source de l'obligation ne réside pas tant dans l'inexécution que dans le contrat lui-même* », et que tout dommage né du contrat, mais qui ne « *serait pas l'équivalent pécuniaire de l'exécution* » devrait subir un traitement autonome qui révélerait de la responsabilité délictuelle » ; E. SAVAUX « La fin de la responsabilité contractuelle ? » *RTD civ.* 1999, p. 1 ; D. TALON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223. Malgré le flou sémantique qui entoure le concept de responsabilité contractuelle, Philippe Brun continue d'en défendre l'usage en raison de « *la réalité qu'il incarne dans l'ordre juridique contemporain* », (cf., Ph. BRUN, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 117-127, spéc. p. 126).

⁷³⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Pichon, 1930. Pour un aperçu sur les discussions concernant la pertinence du concept de responsabilité contractuel, v. spécialement G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 401 et s.

⁷³⁹ C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Mélanges à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543-554, spéc. p. 549. En effet, pendant longtemps la doctrine et la jurisprudence ont considéré que la responsabilité contractuelle ne pouvait être fondée sur la faute (cf., C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, 2e partie : Effets, t. III, 6e éd., Economica, 2007, p. 632 et s.).

⁷⁴⁰ D. TALON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 429.

responsabilité contractuelle. Toutefois, la faute est souvent évoquée dans les domaines considérés comme relevant du régime contractuel lorsqu'on parle de négligence ou d'imprudence au regard de l'exécution d'une activité professionnelle par exemple⁷⁴¹. Dans cette perspective, on constate d'abord que la faute joue encore un rôle considérable à l'égard de l'application des règles spéciales⁷⁴²; ensuite qu'il existe une variété de dommages et intérêts contractuels incontestables qui pourraient remplacer l'emploi de la faute dans le domaine contractuel⁷⁴³.

Les partisans de la responsabilité contractuelle signalent encore que les dommages et intérêts contractuels ont une double fonction : une fonction de « paiement » et une autre de « réparation » toutes deux dues en raison de l'inexécution du contrat, sans que pour autant le caractère « indemnitaire » de ces dommages et intérêts ne soit contesté. C'est justement ce caractère « indemnitaire » des dommages et intérêts qui, selon la doctrine adverse, ne peut pas être attribué à la responsabilité contractuelle⁷⁴⁴.

En tout état de cause, la responsabilité civile comporte deux régimes en droit français : elle admet, d'une part, le rattachement de l'inexécution contractuelle à la notion de « responsabilité » et, d'autre part, le régime délictuel pour la réparation d'un dommage né en dehors du contrat. Il en ressort que la conception traditionnelle de responsabilité contractuelle en France partage nombre de traits avec la responsabilité délictuelle.

Le droit brésilien s'est inspiré des idées relatives à l'existence d'un système de responsabilité extracontractuelle et contractuelle comme en France, dans la codification civile de 1916⁷⁴⁵. Ainsi, la responsabilité contractuelle peut être engagée à partir de l'inexécution

⁷⁴¹ C'est pour cela qu'on parle de la faute de l'avocat, du médecin, etc. En ce sens, v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 424; « Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 555-568.

⁷⁴² Sur ce point v. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, « *Leçons de droit civil* », Ed. Montchrestien, 1956.

⁷⁴³ V. en particulier la communication de Cl. WITZ sur la « Faute contractuelle » in *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, p. 659-670. L'auteur explique que la « faute contractuelle » est un concept qui devrait être abandonné, car elle ne correspond pas à l'objectif de réparation d'un dommage dans le mécanisme d'inexécution du contrat. V. aussi Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, *Op. cit.*, p. 324.

⁷⁴⁴ L'un des défenseurs du dualisme entre la responsabilité contractuelle et délictuelle est M. Jérôme Huet. Il préconisait que les dommages et intérêts ont pour rôle non seulement de réparer les dommages résultant de l'inexécution, mais aussi de fournir au créancier une prestation compensant celle qu'il n'a pas reçue. Au-delà d'une « fonction de réparation », ils ont donc un « fonction de paiement », (*cf.*, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, [thèse], Paris II, 1978). V. aussi G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920-947.

⁷⁴⁵ L'évolution du droit français et l'interprétation faite par les juges français ont guidé le législateur, la doctrine et les jurisprudences brésiliennes sur la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle. En ce sens v.

d'une obligation née du contrat, des actes unilatéraux, de l'acte illicite et de l'abus du droit⁷⁴⁶. Tandis que la responsabilité extracontractuelle ou « aquilienne » (*aquiliana*) résulte de la violation d'un droit subjectif, sans qu'il y ait entre l'auteur de la violation et la victime une relation juridique préexistante⁷⁴⁷. En effet, l'ancien Code civil de 1916 avait un caractère subjectiviste, car il prévoyait une clause générale de responsabilité civile à l'art. 159⁷⁴⁸ fondée sur la faute (*culpa*)⁷⁴⁹.

Toutefois, la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle s'est atténuée dans le Code civil de 2002⁷⁵⁰. Cette approche s'est effacée dans certains cas au profit d'un régime de responsabilité « subjective » et « objective »⁷⁵¹, qui met davantage l'accent sur le devoir de réparation d'une obligation non exécutée ou du préjudice subi⁷⁵². Il existe ainsi deux clauses générales de responsabilité ayant pour fondement le même art. 927 qui prévoit la

spécialement E. S. ZULIANI, « Responsabilidade Civil e Reparação de Danos, Raízes Históricas, Função e Objetivo », *RMDCPC*, 2005, ano II, n° 9, p. 12-32.

⁷⁴⁶ La responsabilité contractuelle sanctionne le dommage subi par un cocontractant lors de l'inexécution d'un contrat (F. de S. L. P. JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 52). L'engagement de la responsabilité contractuelle dépend directement de la réunion de certaines conditions, telles que l'existence d'un contrat valable conclu entre l'auteur du dommage et de la victime, ainsi que la relation entre le dommage et l'inexécution du contrat. V. également, - A. ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5e éd., São Paulo, Saraiva, 1980 ; R. R. AGUIAR JR., *A Extinção do Contrato por Incumprimento do Devedor*, 2e éd., São Paulo, Aide, 2002 ; R. STOCO, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007 ; S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 9^e éd., São Paulo, Atlas, 2010.

⁷⁴⁷ S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *Op. cit.*, p. 15 ; « Responsabilidade Civil no Novo Código Civil », *RDC*, 2003, n° 48, p. 69-84, spéc. p. 71.

⁷⁴⁸ Art. 159 : « *Celui qui, par action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole un droit ou cause un préjudice à autrui, est obligé de réparer le dommage* » (notre traduction). A part quelques hypothèses de responsabilité objective prévues aux art. 1.528 (dommage causé par bâtiment en ruines), 1.529 (dommage causé par une chose tombée d'un bâtiment), 1.527 (dommage causé par un animal), et 1.028 (responsabilité du locataire pour les dommages causés dans l'immeuble en cas d'incendie).

⁷⁴⁹ Comme l'indique Mme. I. de A. VIEIRA, « La faute contractuelle », Rapport brésilien, in *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, p. 672 : le sens du concept de « faute » en droit français ressemble à celui de « culpa » en droit brésilien, afin de « désigner l'un des présumés de l'obligation à réparer le dommage, et par conséquent comme l'un des fondements de la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile stricto sensu ou extra-contractuelle ». Le mot « culpa » s'applique également pour désigner l'un des présumés de l'acte illicite. En revanche, en droit français, la faute reste un élément important dans la théorie de la responsabilité délictuelle et contractuelle comme l'indique J. de AGUIAR DIAS, « *Da responsabilidade civil* », t. I, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1950, p. 137. Cet auteur explique que le juriste brésilien a opté, contrairement au droit français, pour ignorer la distinction entre délit et quasi-délit en raison de la difficulté de définir la faute.

⁷⁵⁰ En ce sens, v. notamment S. CAVALIERI FILHO, « Responsabilidade Civil no Novo Código Civil », *RDC*, n° 48, out.-dez. 2003, p. 70, spéc. p. 71.

⁷⁵¹ Le droit brésilien avait assimilé dans l'ancien Code civil de 1916 la même vision binaire, sous l'influence du droit français, à travers des textes qui traitaient séparément de la responsabilité contractuelle (art. 1051 à 1.061) de la responsabilité délictuelle (art. 159). A ce propos, v. également A. WALD, « La responsabilité civile et de le Code civil brésilien de 2002, l'influence du droit français », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2005, p. 275 et s. ; F. NORONHA, « Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil », *RT/88*, 1999, v. 761, p. 31-44 ; M. C. B. de MORAES, « Risco, solidariedade e responsabilidade », *RT/95*, 2006, v. 854, p. 11-37.

⁷⁵² S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *Op. cit.*, p. 265 ; A. RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

réparation du dommage par celui qui l'a causé en raison d'un acte illicite, qu'il soit issue de la violation d'une obligation légale ou conventionnelle. Ce texte est une norme incomplète qui renvoie à deux autres articles, à savoir : l'art. 186⁷⁵³ qui énonce un régime de responsabilité subjective fondée sur la *culpa* et l'art. 187 qui prévoit un régime spécifique de responsabilité objective sans la présomption d'une faute.

Il faut remarquer que le régime de la responsabilité objective⁷⁵⁴ n'est pas nouveau en droit brésilien. Il a été consacré d'abord, grâce à l'amendement de l'art. 37, §6° de la Constitution fédérale qui engage la responsabilité objective des prestataires de services publics⁷⁵⁵ ; ensuite, grâce à l'adoption de la responsabilité objective des fournisseurs et producteurs dans les art. 12⁷⁵⁶ et 14⁷⁵⁷ du Code de protection du consommateur. Sous l'influence de ces textes, le Code civil brésilien de 2002 a adopté un système de mise en œuvre de la responsabilité objective sans la présomption d'une « faute », puisqu'elle n'est pas une cause de responsabilité.

Il résulte donc que la théorie de la responsabilité en droit brésilien est fondée sur la théorie du risque⁷⁵⁸, ainsi que sur la faute. La gravité de la faute sert parfois de base pour calculer les dommages et intérêts⁷⁵⁹. Enfin, la nouvelle systématisation du code civil brésilien a rapproché la responsabilité extra-contractuelle et contractuelle⁷⁶⁰.

⁷⁵³ Art. 186 : « *Celui qui, par action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole un droit et cause un préjudice à autrui, même exclusivement moral, commet un acte illicite* » (notre traduction).

⁷⁵⁴ Dans la réglementation du contrat de courtage et dans le code de protection au consommateur, en ce qui concerne la responsabilité par le fait du produit (I. de A. VIEIRA, « La faute contractuelle », Rapport brésilien, *Op. cit.*, p. 712).

⁷⁵⁵ L'art. 37, §6° CF : « *Les personnes juridiques de droit public et de droit privé prestataires de services publics seront responsables pour les dommages causés aux tiers par ses agents, ou ceux ayant cette qualité, en assurant le droit de réparation contre le responsable dans les cas de dol ou faute* » (notre traduction).

⁷⁵⁶ Art. 12 CDC : « *Le fabricant, constructeur, national ou étranger, l'importateur sont responsables, indépendamment de l'existence d'une faute, pour la réparation des dommages causés aux consommateurs en raison des défauts résultants de projet, fabrication, construction, assemblage, formules, manipulation, présentation ou conditionnement des produits, ainsi que pour les informations insuffisantes ou non adéquates sur leur utilisation et leurs risques* » (notre traduction).

⁷⁵⁷ Art. 14 CDC : « *Le fournisseur de services répond, indépendamment de l'existence d'une faute, pour la réparation des dommages causés aux consommateurs en raison des défauts relatifs à la prestation de services, ainsi que par des informations insuffisantes ou non adéquates sur leur jouissance et leurs risques* » (notre traduction).

⁷⁵⁸ D'après R. SALEILLES (*Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Éd. Arthur Rousseau, 1898) et L. JOSSERAND (*De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Éd. Arthur Rousseau, 1897), la théorie du risque se base sur le dommage et l'action de l'événement dommageable, sans prendre en compte l'imputabilité ou l'antijuridicité du fait dommageable, ce qui importe pour assurer la réparation, c'est la vérification de l'existence du fait et de son lien de causalité avec le préjudice. Dans ces conditions, l'auteur du fait qui a causé le dommage est le responsable.

⁷⁵⁹ C. N. KONDER, « A redução gradativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil », *RTDC*, 2007, vol. 29, p. 3-34. Comme l'indique R. STOCO, *Tratado de Responsabilidade Civil : doutrina e jurisprudência*, *Op. cit.*, p. 140 : la responsabilité subjective est

En l'état actuel du droit de la responsabilité en droits français et brésilien, une question reste centrale à ce stade : quelle serait la nature de la responsabilité engagée lors de la rupture abusive du contrat de distribution ? La réponse à cette question diffère selon le système juridique considéré. Alors que le droit français qualifie la responsabilité de l'auteur de la rupture abusive de délictuelle ; le droit brésilien considère que cette même action appartient au domaine de la responsabilité contractuelle. Dans un souci de clarté, il conviendra donc d'étudier le droit de la responsabilité délictuelle (§1), puis celui de la responsabilité contractuelle (§2).

§ 1- La responsabilité délictuelle en droit français

En droit français, la responsabilité délictuelle sanctionne tout dommage né en-dehors de l'inexécution d'un contrat, incluant à la fois les « délits » et « les quasi-délits ». Elle « suppose que le dommage a été causé à un tiers et qu'il ne résulte nullement de l'inexécution d'un contrat »⁷⁶¹. Dans cette notion, l'existence de l'élément « faute » est essentielle et prévue aux art. 1382 et 1383 du Code civil français. En effet, la faute dite « délictuelle » représente « la violation d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement édictée par la loi ou affirmée par la jurisprudence »⁷⁶².

En réalité, le droit français a conservé le principe général de responsabilité pour faute⁷⁶³. Ce principe permet en quelque sorte de définir la protection minimale mise à disposition de toutes les victimes ne disposant pas d'instrument plus efficace⁷⁶⁴. On sait que la

dorénavant résiduelle selon les règles du code civil brésilien de 2002. Dans le même sens, v. M. C. B. de MORAES, « Risco, solidariedade e reponsabilidade objetiva », *Op. cit.*, spéc p. 25 et s.

⁷⁶⁰ C'est pour cela que certains affirment que les deux responsabilités son fondées par les mêmes principes généraux, parce que la responsabilité doit être conceptualisée de façon unitaire : R. STOCO, *Tratado de Responsabilidade Civil : doutrina e jurisprudência*, *Op. cit.*, p. 141; S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *Op. cit.*, p. 288. V. aussi, F. NORONHA, « Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil », *Op. cit.*, p. 31-44 ; E. FACCHINI NETO, « Da responsabilidade civil no novo Código », in *O Novo Código Civil e a Constituição*, (coord.) Ingo Wolfgang SARLET, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2003, p. 151-198, spéc. 161. Dans le même sens, l'art. 1581 du Code civil argentin unifie, dans la mesure du possible, les deux responsabilités pour éviter les différences de régime « *quelle que soit la source du devoir juridique d'exécuter ou de réparer le dommage* », (Chr. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Op. cit.*, p. 554).

⁷⁶¹ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations, responsabilité délictuelle*, 5e éd., Litec, 1996, p. 9.

⁷⁶² G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 425.

⁷⁶³ Ph. Le TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505 et s.

⁷⁶⁴ G. VINEY, « Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Etudes Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 555 et s.

responsabilité pour faute est ignorée dans d'autres systèmes juridiques européens⁷⁶⁵, cependant, elle paraît toujours d'actualité en France⁷⁶⁶.

Le fait générateur de la responsabilité délictuelle est l'existence d'un acte abusif ou fautif. Dans le cadre de la rupture du contrat de distribution, l'abus résultera de la manière par laquelle le contrat n'est pas renouvelé ou en la résiliation unilatérale brutale ou soudaine de du contrat.

Il reste donc à présenter les fondements théoriques du rattachement de la rupture abusive du contrat de distribution à la responsabilité délictuelle, uniquement possible en droit français (A), avant de vérifier les décisions des tribunaux français en la matière (B).

A- Les fondements théoriques du rattachement de la rupture abusive à la responsabilité délictuelle

La doctrine française a indiqué que la violation du principe de la bonne foi, en tant que norme de comportement, devrait être plutôt sanctionnée par les principes de la responsabilité délictuelle⁷⁶⁷. De plus, la théorie de l'abus de droit est née de la responsabilité délictuelle, puisqu'« *user d'un droit contrairement à sa finalité, détourner une fonction ou un pouvoir, et agir sans mobile légitime, est commettre une faute* »⁷⁶⁸. Dans cette perspective, l'abus

⁷⁶⁵ Pour une comparaison des projets européens d'harmonisation du droit des contrats, v. D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs – Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen », *RTDE*, 2009, p. 723 ; « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », *European Review of Contract Law*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 1-24.

⁷⁶⁶ A titre d'exemple, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription menée par Pierre Catala, la place fondamentale de la faute comme fondement du droit de la responsabilité est maintenue (art. 1352) : « *Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé. Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* », cf. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006 ; G. VINEY, « Projet de réforme du droit des obligations : éléments clés en matière de droit de la responsabilité », *RLDC*, 2005, n° 22, p. 13 et s. En revanche, cela n'a pas été le cas des deux autres projets de réforme ultérieurs : un premier organisé par F. TERRÉ (*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009 ; D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 1364) et, un deuxième, par un petit groupe de magistrats du Ministère de la Justice (R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, p. 199). Le projet de réforme du ministère de la Justice avait comme esprit de travail d'élaborer un texte dans une perspective comparatiste au regard d'autres droits européens positifs. Pour cela, il fallait réfléchir à la modernisation du droit français des contrats ce qui présupposait une ouverture de frontières (D. MAZEAUD, « La réforme du droit des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 329 et s.).

⁷⁶⁷ Dans le même ordre d'idées, M. Faure-Abbad indique que la bonne foi est la traduction d'une « *violation du devoir de loyauté entre cocontractants, expression contractuelle de la norme générale de civilité* », et qu'elle doit être plutôt sanctionnée par biais de la responsabilité délictuelle. Elle ajoute toutefois que la bonne foi pourrait exceptionnellement relever du régime contractuel, si elle complète le contrat permettant ainsi sa poursuite (cf., M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, p. 130 et 131).

⁷⁶⁸ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 1523. L'abus pris isolément est une faute contre la morale civile générale comme l'indique Ph. Stoffel-Munck. Il explique que la bonne foi est

consistant en déloyauté ou malice ne saurait être comparable à l'inexécution d'une obligation contractuelle. C'est peut-être la raison pour laquelle l'art. L. 442-6-I, 5° du C. com. apparaît comme un nouveau cas de responsabilité légale, au sujet duquel il ne serait pas judicieux de se référer à la responsabilité contractuelle, puisque ce concept doit être réservé à l'inexécution d'une « véritable obligation contractuelle »⁷⁶⁹.

Il faut cependant noter que la Cour de cassation admet que, si le concédant peut mettre fin librement à son contrat, c'est à la condition de ne pas agir abusivement⁷⁷⁰. Dans ce cas, l'abus peut se manifester par l'intention de nuire et par l'absence d'un délai de préavis de résiliation du contrat. En ce sens, la Haute Juridiction indique dans un arrêt que « l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement de la volonté de nuire de celui qui résilie »⁷⁷¹. En effet, l'abus peut également résulter de « l'obligation de respecter un délai de préavis suffisant [ce qui] constitue déjà la manifestation particulière d'une exigence plus générale de bonne foi contractuelle »⁷⁷². Cette position mérite d'être prise en considération, car le principe de la bonne foi – norme de comportement utile aux parties pour la réalisation de cette œuvre commune qui est le contrat – est une exigence qui s'impose aux cocontractants pendant l'exécution et la rupture du contrat⁷⁷³.

Actuellement, la rupture brutale du contrat de distribution est sanctionnée directement par la mise en œuvre de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. Ce texte prévoit donc que l'obligation légale de respecter un délai de préavis engage la responsabilité de celui qui a causé un préjudice à autrui. Son contenu « hétéroclite »⁷⁷⁴, trouvant son origine dans le droit de la concurrence, démontre la préoccupation du législateur français⁷⁷⁵ de développer une

un principe de comportement moral qui régit la vie des personnes au-delà de seules relations contractuelles. Pour cela, il assimile la faute morale à l'abus et, affirme que le manquement à la bonne foi est plutôt « un manque à une vertu sociale d'inspiration morale que le cocontractant devient redevable de l'article 1134 al.3 C. civ. », (Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Op. cit., p. 63).

⁷⁶⁹ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Op. cit., p. 131. Afin de démontrer la « vraie notion d'obligation contractuelle », l'auteur écarte toute possibilité d'inclure la bonne foi parmi les obligations contractuelles *stricto sensu*.

⁷⁷⁰ Cass. com., 14 novembre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 286, p. 193.

⁷⁷¹ Cass. com., 3 juin 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 171, p. 152 ; *D.* 1998, somm., p. 113, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1997, I, 4056, n° 8, obs. Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1997, p. 935, n° 11, obs. J. Mestre.

⁷⁷² J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, p. 330.

⁷⁷³ S. PETIT suggère également une lecture extensive de « l'article 1134, 3° alinéa du Code civil impliquant que l'impératif de loyauté fasse darder ses rayons jusque sur la phase d'extinction des relations commerciales, l'incrimination du dénouement abusif des liens commerciaux s'inscrit parfaitement dans le cadre de la politique de défiance mise en œuvre à l'égard de tout intervenant économiquement ascendant sur le marché qu'il occupe », cf., « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 18 septembre 2008, n° 188, p. 56.

⁷⁷⁴ A propos de l'influence du droit de la concurrence sur le droit des obligations, v. F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010, p. 41.

⁷⁷⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, Op. cit. ; D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit de la concurrence*, Litec, 2008, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, 2004.

répression contre les abus de domination dans certains secteurs⁷⁷⁶. Ce texte sanctionne de ce fait, par la responsabilité civile, le fait de rompre une relation commerciale sans respecter un préavis écrit d'une durée suffisante. Il stigmatise une forme particulière de rupture abusive⁷⁷⁷ – la rupture brutale⁷⁷⁸ – qui était auparavant sanctionnée par la jurisprudence sur le fondement des art. 1134 et 1135 du Code civil français. Il apparaît alors que le champ d'application de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. achève ainsi de s'élargir sur le terrain des victimes⁷⁷⁹. Dans ce système, la partie qui rompt unilatéralement le contrat s'expose à ce que la rupture soit considérée comme une faute⁷⁸⁰.

En outre, la grande difficulté consistant à assimiler la bonne foi à une modalité d'obligation contractuelle est directement liée à sa conception en droit français. En effet, la bonne foi est considérée comme « *une norme extérieure au contrat dont l'irrespect conserve bien la nature délictuelle* »⁷⁸¹. Il ne s'agit pas d'une obligation contractuelle au sens strict du terme, mais plutôt d'une « *fausse obligation contractuelle* »⁷⁸², puisque la définition d'obligation contractuelle est fonctionnelle dans la mesure où elle poursuit « *la réalisation de l'opération économique voulue par les parties* »⁷⁸³.

Or, nous savons que cette vision est distincte de celle soutenue en droit brésilien, qui considère que le non respect du principe de la bonne foi au cours de l'exécution et de l'extinction du contrat constitue un manquement à un devoir contractuel⁷⁸⁴. C'est pourquoi, dans le cas de rupture abusive du contrat de concession ou de franchise, l'absence d'un délai

⁷⁷⁶ Même si le principe de la libre concurrence a une connotation exclusivement économique, il est assez proche de celui de la liberté contractuelle. Les règles du droit de la concurrence ont pour objet de prévenir et sanctionner les atteintes à ce principe, notamment à l'égard des contrats-cadre de distribution. En ce sens, v. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2008, p. 425.

⁷⁷⁷ B. FAGES, « L'abus de droit dans les contrats de distribution », in Daniel Mainguy (dir.) et *L'abus de droit dans les contrats*, JCP E, 1998, p. 11.

⁷⁷⁸ La théorie de l'abus de droit peut être appliquée pour sanctionner la rupture fautive, même si le délai de préavis de rupture a été respecté, (J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, spéc. p. 42).

⁷⁷⁹ La Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a à connaître des contrats de distribution, veille scrupuleusement au respect du principe de la résolution judiciaire. À plusieurs reprises, elle a censuré sous le visa de l'art. 1.184 Code civil français les décisions des juges du fond qui avaient admis la résiliation unilatérale pour inexécution, V. not. Cass. com., 25 mars 1991, CCC., 1991, n° 162, obs. L. Leveneur ; Cass. com., 1er déc. 1992, *RTD civ.* 1993, p. 578, obs. J. Mestre.

⁷⁸⁰ La faute signifierait l'abus lorsqu'elle se révèle à l'occasion de l'exercice d'un droit.

⁷⁸¹ On trouve cette position chez Ph. Le TOURNEAU qui affirme que le respect de la bonne foi est un devoir général entre personnes, en conséquence de quoi la responsabilité délictuelle est engagée lorsqu'une violation se produit (*Droit de la responsabilité et des contrats*, *Op. cit.*, p. 324 et 1529).

⁷⁸² V. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, *Op. cit.*, p. 18 et 19.

⁷⁸³ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁸⁴ En ce sens, v. E. GOUVEA, « Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações », *RF*, vol. 369, p. 73-88.

de préavis raisonnable constitue un abus de droit lors de l'exercice d'une prérogative contractuelle et, de ce fait, une atteinte à la clause générale des contrats d'agir de bonne foi.

B- La consécration jurisprudentielle de la qualification délictuelle du litige résultant de la rupture abusive

Par le biais du contrôle de l'abus stigmatisé dans l'art. L. 442-6-I-5° du C. com., la jurisprudence française est parvenue à encadrer les conditions de mise en œuvre de la rupture abusive, notamment celle caractérisée par la brutalité lors de la résiliation du contrat de distribution ces dernières années.

La première décision en ce sens est celle prononcée par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 février 2007⁷⁸⁵. La Cour a tranché une affaire en réparation de dommages, en raison de la rupture abusive des relations commerciales établies entre deux sociétés ayant leur siège social sur le territoire français. En l'espèce, les sociétés « *Idéal France* » et « *Dudule* » entretenaient des relations commerciales suivies avec la société « *Guinot* » qui leur vendait, à des tarifs préférentiels, des produits destinés à la vente en grandes surfaces.

Par la suite, les sociétés « *Idéal France* » et « *Dudule* » se sont plaintes de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis. Elles assignent, de ce fait, la société « *Guinot* » en dommages et intérêts sur le fondement de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. Mais cette dernière soulève l'incompétence du tribunal de commerce de Libourne devant lequel elle avait été assignée et, pour accueillir cette exception, la cour d'appel de Bordeaux précise que « *les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années avaient créé une situation contractuelle que l'une d'elles ne pouvait modifier brutalement sans engager sa responsabilité contractuelle* ». Dès lors, et en raison du lieu du siège social de la société « *Guinot* » et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était bien le seul compétent.

Toutefois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation casse la décision sous le visa de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. déclarant que « *le fait pour tout producteur,*

⁷⁸⁵ Cass. com., 6 fév. 2007, *JCP G* 2007, II, 10108, n. F. Marmoz ; *D.* 2007, pan. p. 1694, obs. A. Ballot-Léna ; *ibid.* AJ. 653, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008. 210, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 2007. 343, obs. Mestre et Fages ; *CCC* 2007, n° 91, obs. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2007, n° 785 ; *Lettre distrib.* mars 2007, p. 1, obs. P. Mousseron ; *RLC* oct.-déc. 2007. 85, obs. Chagny ; *RDCO* 2007. 731, n. Borghetti ; C. NOURISSAT, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action ! », *RLDA* 2007, n° 1193, p. 67 s.

commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Suite à cette première décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'opportunité de trancher d'autres affaires relatives à la rupture brutale d'une relation commerciale établie et des contrats de distribution en droit interne⁷⁸⁶. De la sorte, la Cour a réitéré le principe que la responsabilité de l'auteur de la rupture brutale étant de nature délictuelle, la clause attributive de juridiction est inapplicable sur la base de l'art. L. 442-6- I 5° du C. com. Il en résulte que la compétence appartient à la juridiction dans laquelle le dommage s'est produit et ne saurait être soumise à une clause attributive de compétence de nature contractuelle⁷⁸⁷.

La solution adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation suggère que l'abus ou la faute dans l'exercice d'un droit d'origine légale engage la responsabilité délictuelle. En ce sens, une décision rendue précédemment par la Chambre sociale de la Cour de cassation révélait que « *l'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extracontractuel, engendre dans tous les cas la responsabilité délictuelle de son auteur* »⁷⁸⁸. Elle a ensuite réaffirmé de manière constante cette position lorsqu'une faute a été commise par un assureur⁷⁸⁹. De sorte que, finalement, ces solutions jurisprudentielles se trouvent être guidées par l'idée que l'abus d'un droit, bien que lié au contrat, trouve sa source dans la loi.

Pour les affaires concernant la franchise, le franchiseur et le franchisé engagent aussi la responsabilité délictuelle en rompant brutalement le contrat de franchise au visa de l'art. L.

⁷⁸⁶ Dans le même sens, v. les décisions récentes : Cass. com., 13 janv. 2009, *D.* 2009, p. 295, obs. E. Chevrier ; CCC., 2009, comm. 72, n. N. Mathey ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, F-P+B, *SA Comexpo Paris c/ SARL Ch.Carbonnières*, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 110 ; *JurisData* n° 2009-049448 ; CCC., 2009, comm. 265, n. N. Mathey ; Cass. com., 13 oct 2009, n° 08-20.411, *Jurisdata* n° 2009-049932 et Cass. com., 09 mars 2010, n° 09-10.216, *JurisData* n° 2010-001530 ; CCC., 2010, comm. 180, n. N. Mathey. Sur ce dernier arrêt, la Cour affirme « *que la clause attribuant compétence exclusive au tribunal d'Orléans figurant dans le contrat liant les sociétés John Deere et LMG concernait tout différend ou litige relatif à la formation, l'interprétation, l'exécution, la résiliation ou la cessation du contrat, la cour d'appel en a déduit que cette clause contractuelle ne visait pas la rupture des relations commerciales entre les deux sociétés, sans écarter par principe le jeu de la clause attributive de juridiction contractuellement prévue par les parties au motif que l'action engagée par la société LMG aurait engagé la responsabilité délictuelle de la société John Deere* ».

⁷⁸⁷ V. également sur le même sujet, A.-S. COURDIER-CUISINER, « La rupture brutale d'une relation commerciale établie caractérisée par une succession de contrats ponctuels » *RLDA*, 2009, n° 2629, p. 40.

⁷⁸⁸ Cass. ch. soc. 11 juin 1953, *D.* 1953, p. 661 ; *Gaz. Pal.* 1953, II, p. 146.

⁷⁸⁹ Cass. civ. 1^{re} 9 avril 1975, *RGAT* 1976, p. 186, *RTD civ.* 1976, p. 781, obs. G. Durry.

442-6-I-5° du C. com⁷⁹⁰. En réalité, la situation de précarité dans les accords de franchise est plus flagrante compte tenu de la durée des contrats (ils sont fréquemment conclus pour une durée déterminée). En général, la durée de contrats plus ou moins brève est liée au type de franchise exploitée. Par exemple, les contrats de franchise concernant l'hôtellerie et la restauration ont une durée de vingt ans en raison de l'ampleur des investissements, tandis que la durée est de cinq ans pour les autres contrats de franchise⁷⁹¹. Il est donc toujours souhaitable, afin d'éviter notamment l'abus dans ce genre d'activité, que dans un contrat la durée initiale coïncide toujours au minimum avec celle qui est nécessaire pour amortir les investissements effectués par le franchisé.

Il est également important d'indiquer que l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. est au fond une norme qui impose un comportement de bonne foi aux cocontractants à travers l'octroi d'un délai de préavis suffisant. Ce texte, selon M. Philippe Stoffel-Munck a pour but d'éviter l'abus de droit ou la faute qui sont considérés comme des atteintes à la bonne foi, malgré la formule trompeuse de l'art. 1134 al. 3 du Code civil français⁷⁹². Il souligne également que le principe de la bonne foi n'est pas l'objet d'une obligation de nature contractuelle⁷⁹³. En effet, en droit français, ce texte transcende la question de l'exécution des obligations contractuelles, contrairement à la prévision de la clause générale de bonne foi objective du droit brésilien.

Nous observons, par conséquent, que la position de la jurisprudence française relativement à la nature délictuelle de la responsabilité engagée lors de la rupture brutale du contrat de concession et de franchise, paraît bien établie par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Toutefois, nous verrons que cette solution ne se rapproche pas de celle proposée en droit brésilien qui est fondée sur la responsabilité contractuelle.

§ 2- La responsabilité contractuelle en droit brésilien

La responsabilité contractuelle consiste en l'inexécution d'une obligation née du contrat ou greffée sur celui-ci⁷⁹⁴. Le droit brésilien exige la constatation d'un lien de causalité entre le dommage et l'inexécution d'une obligation contractuelle⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ V. le bilan de décisions des dernières années : D. FERRÉ, « Bilan 2005-2006 des décisions rendues en matière de pratiques restrictives : quels enseignements tirer des rapports présentés à la CEPC ? », *CCC.*, 2007, étude 6, spéc. p. 10, n° 14 et 15 ; L. MARTINET et M.-L. CARTIER-MARRAUD, « Les beaux jours de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. », *Gaz. Pal.*, 18 au 20 nov. 2007, p. 2 s.

⁷⁹¹ V. Ph. Le TOURNEAU, *Le contrat de franchisage*, *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁹² Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, *Op. cit.*, n°s 115 et s.

⁷⁹³ *Ibidem*.

⁷⁹⁴ G. VINEY, *L'introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 507 et s. ; S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *Op. cit.*, p. 290 et s.

Le régime contractuel dépend également de l'existence des rapports entre contractants ou entre personnes assimilées à des contractants. En droit brésilien, il résulte de cette condition que les parties sont liées par la force obligatoire de la convention ou *pacta sunt servanda* (*princípio da obrigatoriedade dos contratos*)⁷⁹⁶. En droit français, il s'agit du principe de l'effet relatif du contrat en vertu de l'art. 1165 du Code civil français⁷⁹⁷, bien que l'application de ce principe a révélé quelques difficultés de délimitation de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle à l'exemple de la responsabilité au sein des chaînes⁷⁹⁸ et des groupes de contrats⁷⁹⁹.

Nous verrons que les conditions de mise en œuvre du régime de la responsabilité contractuelle sont équivalentes dans les deux systèmes juridiques, cependant, nous remarquerons qu'en droit brésilien la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture abusive du contrat de distribution est de nature contractuelle. Pour cela, il faudra apporter la preuve de la relation juridique liant le fournisseur et le distributeur (**A**) et la vérification de l'inexécution d'une obligation contractuelle qui résulte du non respect de la bonne foi objective (**B**).

⁷⁹⁵ Il s'agit du même lien de causalité nécessaire pour le déclenchement du régime de la responsabilité extra-contractuelle. En ce sens, v. S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, *Op. cit.*, p. 294 ; F. de S. L. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 52.

⁷⁹⁶ C. M. da SILVA PEREIRA, (*Responsabilidade civil*, 9e éd. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 246-247) explique que le principe de la force obligatoire du contrat, les parties sont tenues au contrat parce qu'elles ont voulu ce contrat en échangeant leur consentement.

⁷⁹⁷ Sur la notion d'effet relatif du contrat, v. A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, [thèse], Strasbourg, 1938 ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *RTD civ*, 1934, p. 525 ; J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, *Op. cit.* p. 45 et s. ; G. VINEY, *L'introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 507 et s.

⁷⁹⁸ L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur le régime applicable à l'action en responsabilité exercée par le maître d'ouvrage contre le sous-traitant en cas d'exécution défectueuse des travaux. Ainsi, dans l'arrêt *Besse c/ Protois* du 12 juillet 1991, *JCP* 1991.II.21225, n. G. Viney, *D.* 1991, p. 549, n. J. Ghestin, *chron. C. Jamin, D.* 1991, p. 257) l'assemblée plénière a instauré une distinction entre les chaînes de contrats qui réalisent un transfert de propriété de la chose et les autres groupes de contrats. La Cour de cassation a jugé que seules les premières font naître entre leurs membres des relations justifiant la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle. A ce propos, v. notamment G. VINEY, « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Mélanges D. Holleaux*, LGDJ, 1990, p. 359 et s. ; D. MAZEAUD, « Contrat, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon) », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 745 ; L. GRYNBAUM, « Responsabilité et contrat : l'union libre, variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrats », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Litec, 2008, p. 409. En droit international privé, v. F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *JDI* 1995, p. 267-320 ; D. MAINGUY, « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Litec, 2005, p. 449 et s.

⁷⁹⁹ Pour les groupes de contrats, la Cour de cassation a opté par la « théorie de l'accessoire » à travers laquelle le sous-acquéreur est en mesure d'exercer l'action directe contre le fabricant ou le vendeur intermédiaire, car il est admis que le sous-acquéreur a acquis la chose et, « accessoirement », les actions en garantie et responsabilité qui sont liées à cette chose (cf. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 522 et s.). Sur la théorie des groupes de contrats, v. spécialement B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

A- L'existence d'une relation juridique liant le fournisseur au distributeur

A défaut de formalisme en droit brésilien, corollaire du principe consensualiste⁸⁰⁰, la responsabilité contractuelle suppose que la relation juridique soit « *préexistante* »⁸⁰¹ à l'inexécution d'une obligation légale ou accordée entre les parties. La difficulté qui émerge de la définition réside dans la notion de relation juridique qui englobe également celle de contrat.

Il est important d'indiquer que le Code civil brésilien de 2002 ne propose pas de définition de contrat. Il a adopté la notion d'« acte juridique » (*negócio jurídico*) aux art. 104 à 114, à l'exemple de l'ancien Code civil de 1916, et a prévu les conditions de validité et d'existence pour que l'acte soit licite. L'avantage que présente une réglementation basée sur l'acte juridique consiste en la grande diversité d'actes juridiques qui peuvent entrer dans son domaine, notamment le contrat⁸⁰². Cette approche, plutôt centrée sur l'acte juridique, comme l'indique M. Claude Witz, est contraire à celle adoptée en droit français et aux instruments d'uniformisation européenne qui reposent sur le contrat⁸⁰³. L'avantage de la codification française/européenne des contrats est la possibilité d'un cadre juridique plus précis que celui des actes juridiques, ce dernier étant marqué par « *une grande abstraction* »⁸⁰⁴.

De fait, cette abstraction permet que la validité de l'acte juridique ne soit pas conditionnée à une forme déterminée pour produire ses effets. Bien au contraire, aussi bien l'acte juridique (art. 104, III du NCCB)⁸⁰⁵ que la déclaration des volontés ne sont subordonnés à une forme spécifique (art. 107 du NCCB)⁸⁰⁶. Par conséquent, le contrat étant un acte juridique de nature bilatérale, il peut être dispensé d'une forme spéciale, ce qui permet l'existence d'une convention écrite non solennelle ou l'existence d'une convention verbale⁸⁰⁷. Dans ce dernier cas, la preuve de l'existence d'un contrat verbal doit être produite et apportée au juge par la partie qui allègue son existence. Il s'agit d'une pratique courante surtout en matière de concession commerciale, à l'exception de certains contrats de distribution pour lesquels la loi exige une convention écrite, tel que le contrat de franchise (art. 6°, Loi n° 8.955

⁸⁰⁰ Selon le principe consensualiste, le contrat se forme en principe par le seul accord des volontés sur un ou plusieurs objets déterminés ou déterminables, sans que des formes particulières soient exigées.

⁸⁰¹ S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, Op. cit., p. 267.

⁸⁰² L'acte juridique peut offrir un cadre juridique solide aux actes unilatéraux en leur donnant par exemple une date de prise d'effet et de validité.

⁸⁰³ Sur ce point, v. Cl. WITZ, « Regards d'un juriste européen sur le nouveau code civil brésilien », in *Code civil brésilien*, A. Wald (dir.), SLC, 2009, p. 29-45, spéc. p. 36.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ Art. 104 : « *La validité de l'acte juridique (negócio jurídico) requiert : III – une forme prescrite ou non prohibée par la loi* » (notre traduction).

⁸⁰⁶ Art. 107 : « *La validité de la déclaration de volonté n'est pas subordonnée à une forme spécifique, sauf si celle-ci est expressément exigée par la loi* » (notre traduction).

⁸⁰⁷ En ce sens, v. O. GOMES, *Contratos*, Op. cit., p. 11 et s.

du 15/12/1994) et de concession automobile (art. 20, loi Ferrari). Il en résulte que l'absence de formalisme renforce également l'imprécision de la notion de contrat en droit brésilien.

L'absence de notion légale de contrat en droit brésilien a conduit la doctrine brésilienne à prendre le relais et à proposer la sienne. Dans la définition d'Orlando Gomes, « *le contrat est un accord de volonté conclu entre deux ou plusieurs personnes, qui s'engagent en vue d'obtenir, modifier ou terminer une relation juridique de nature patrimoniale* »⁸⁰⁸. On observe que l'aspect principal de cette définition est l'expression « accord de volonté » des parties, qui représente l'intention de s'engager ou de s'obliger envers l'autre partie. En outre, cette notion met en lumière la présence de l'aspect individualiste de l'accord de volonté, autrement dit de l'action rationnelle par intérêt et par finalité qui résulte du contrat⁸⁰⁹.

Cette notion de contrat basée sur la volonté de l'individu de s'engager se retrouve en droit français⁸¹⁰. Elle doit être complétée par l'art. 1101 du Code civil français qui dispose que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Cette notion de contrat s'appuie sur l'idée de la réalisation d'une des obligations qu'il porte⁸¹¹. En effet, l'accord de volonté qui s'extériorise par la constitution d'une ou de plusieurs obligations destinées à produire des effets de droit, est une condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification⁸¹².

En droit brésilien, il est important de remarquer que depuis l'entrée en vigueur du Code civil brésilien en 2002, la notion de contrat a une connotation qui dépasse le cadre individuel constitué par la seule volonté des parties. En effet, l'ascension des valeurs sociales qui entourent le contrat et qui servent à protéger certains partenaires commerciaux a un lien étroit avec la validité et l'existence d'un acte juridique. En ce sens, le contentieux de la rupture brutale d'une relation juridique de distribution à durée indéterminée ou le non-

⁸⁰⁸ O. GOMES, *Contratos, Op. cit.*, p. 11 et s.

⁸⁰⁹ Selon Max Weber, le contrat est forme de « *sociation* » qui se traduit par l'échange, en allemand « *Tausch* », « *rigoureusement rationnel en finalité, sur la base d'un libre accord sur le marché compromis actuel entres des intéressées à la fois opposés et complémentaires* », (M. WEBER, *Economie et société. 1. Les catégories de la sociologie*, Plon, 1971, p. 78 et 79).

⁸¹⁰ Une proposition consensuelle définissant la notion de contrat en droit français est celle de M. Jacques Ghestin, selon laquelle « *le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* » (J. GHESTIN, « La notion de contrat », *RFTJ*, n. 12, 1990, p. 7-24).

⁸¹¹ C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, Chr. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, p. 3-19, spéc. p. 5.

⁸¹² J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Op. cit.*, p. 149.

renouvellement d'un contrat à durée déterminée peuvent illustrer notre propos. Souvent les échanges entre un fabricant et un distributeur sont réalisés à travers une succession de commandes passées par téléphone, courriels, lettres ou télécopies qui seront présentées devant le juge. Le rôle de ce dernier est alors de constater la présence d'une relation juridique préexistante. Or, l'absence d'un contrat écrit ne peut pas porter préjudice à la partie s'étant impliquée dans l'activité de distribution et qui, postérieurement, a été victime d'une rupture abusive. De plus, la carence d'un écrit ne pourrait pas pénaliser le cocontractant congédié au prétexte que la relation juridique existante n'est pas dotée d'une force obligatoire.

Puisque l'existence *ipso facto* de relations contractuelles sans un contrat écrit est réelle et fréquente dans le monde des affaires, la jurisprudence brésilienne a admis que les échanges commerciaux entre le concédant et son concessionnaire produisent des effets sur le fondement d'un contrat verbal. La preuve de l'existence d'un accord verbal est suffisante pour l'application du régime contractuel. En ces termes, les tribunaux brésiliens ont reconnu l'existence de contrats verbaux de distribution lors des demandes de dommages et intérêts issues de la rupture abusive du contrat, comme l'illustre un arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice qui a condamné un fabricant à payer des dommages et intérêts pour avoir rompu un « *contrat verbal de distribution exclusive* »⁸¹³. Pour la Cour, l'existence d'un contrat verbal remplissait largement l'une des conditions indispensables pour l'engagement de la responsabilité contractuelle, à savoir, l'existence d'une relation juridique « préexistante ».

Par ailleurs, dans une autre décision plus récente, le Tribunal supérieur de justice a apporté plusieurs précisions quant à la qualification d'un contrat de distribution en tant qu'accord verbal⁸¹⁴. Tout d'abord, le Tribunal indique que l'absence de l'exigence légale quant à la forme à l'égard du contrat de distribution permet aux parties de choisir librement entre la conclusion d'un contrat écrit ou verbal en vertu des anciens art. 120 du Code

⁸¹³ STJ, Resp. n° 401.704 - PR (2001/0182757-1), Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJ : 02.09.2009, p. 5-24. Il faut souligner que dans l'arrêt la preuve de l'existence d'un contrat verbal de distribution, selon le juge rapporteur peut être produite par tous les moyens légaux (l'art. 332 du Code de procédure brésilien) : par des correspondances échangées, le livre commercial, la demande de témoins, etc.

⁸¹⁴ STJ, REsp. n° 1255315/SP, n° 2011/0113496-4, Min. Nancy Andrighi, j. 13.09.2011, DJ : 27.09.2011. Il s'agit, en l'espèce, d'une demande de dommages et intérêts pour rupture brutale d'un contrat verbal de distribution entre la société demanderesse Socipar /SA et la société demandée Bayern/SA. La relation commerciale existait depuis quatorze ans et la société SOCIPAR/SA était le seul distributeur de la société BAYERN au Brésil. V. également le STJ, REsp n° 1127905 / RJ, n° 2009/0033265-7, Min. Raul Araujo, j. 01.12.2011, DJ : 30.03.2012.

commerce brésilien et 129 du Code civil brésilien de 1916, dont le contenu est essentiellement le même que celui du nouvel art. 107 du NCCB⁸¹⁵.

Ensuite, le Tribunal supérieur de justice a reproché aux cocontractants d'avoir développé un courant d'affaires aussi important sans contrat de distribution écrit. En fait, la Cour a indiqué que « *la complexité de l'opération de distribution n'est pas favorable à la conclusion d'un contrat verbal. Toutefois, les preuves apportées dans la procédure ont permis d'extraire tous les éléments nécessaires à l'analyse de la relation juridique entre les parties, sans empêcher la reconnaissance d'un contrat verbal de distribution* ». En conséquence, le Tribunal a encore jugé que la rupture abrupte du contrat de distribution a été déloyale et abusive, puisque le fournisseur n'a pas alloué un délai de préavis pour terminer le contrat, de sorte qu'il y a eu violation des deux principes contractuels en droit brésilien, à savoir : le principe de la bonne foi objective et celui de la fonction sociale du contrat, selon le juge rapporteur.

Force est de constater que l'existence d'un « contrat verbal » en droit brésilien produit le même effet, *mutatis mutandis*, que la formule établie en droit français connue par l'expression « relation commerciale établie ». Le caractère vague de cette notion permet d'inclure dans son champ d'application des échanges non écrits⁸¹⁶ entre des partenaires commerciaux, car il s'agit d'une notion moins formelle que la notion de contrat. Selon un auteur, la notion de relation commerciale établie peut davantage s'élargir vers un plus grand nombre de situations factices, tandis que le contrat reste dans une sphère plus réduite. C'est pourquoi, en cas de rupture des échanges commerciaux entre fournisseurs et distributeurs, l'absence d'un contrat cadre écrit n'affecterait pas une éventuelle protection de la partie évincée⁸¹⁷.

Néanmoins, il est important d'indiquer que la jurisprudence française reconnaît pour autant le contrat verbal sans qu'il y ait une prévision légale en ce sens⁸¹⁸. De même, une

⁸¹⁵ Art. 107 : « *La validité de la déclaration de volonté n'est pas subordonnée à une forme spécifique, sauf si celle-ci est expressément exigée par la loi* » (notre traduction).

⁸¹⁶ V. par exemple, CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 27 juin 2012, JurisData n° 2012-014612 : la preuve de la relation établie est réalisée à partir de la constatation du juge de fond de la stabilité du courant d'affaires.

⁸¹⁷ En ce sens, v. N. ERESEO, « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'art. 442-6, I, 5° C. com. », *Op. cit.*, p. 59. V. aussi Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-30.679, F-D, *Sté Racer c/ Sté Decathlon*, JurisData n° 2011-018092, JCP E n° 47, 24 novembre 2011, 1835, n. N. Mathey : la Cour a considéré à juste titre que l'absence de contrat-cadre ou d'engagement de volume ou d'exclusivité ne suffisait pas à exclure l'existence d'une relation commerciale établie.

⁸¹⁸ CA Pau, 22 décembre 2008, JurisData n° 08/00285 : les juges du fond ont accepté l'existence d'un accord verbal à travers la preuve des comptes prévisionnels sur une période de 5 ans qui « *faisait état d'une évolution du chiffre d'affaires plus qu'alléchante* ».

doctrine indique que « *l'existence d'un accord qui oblige les partenaires à mettre en œuvre une politique qui leur est commune ; peu importe que l'accord soit écrit ou verbal ; l'existence de l'accord fait obstacle à la liberté de l'un ou l'autre des partenaires d'agir à sa seule guise* »⁸¹⁹. Dans ce cas, l'absence de formalisme en droit français oblige le juge à rechercher le contenu du contrat en dehors d'un document écrit⁸²⁰.

Nous remarquons donc que chaque système juridique, à sa manière, a forgé une solution pour contourner l'absence de contrat écrit de concession commerciale et de franchise. Toutefois, l'existence d'une relation juridique préexistante engendre la responsabilité contractuelle en cas de rupture abusive du contrat de distribution en droit brésilien.

2- L'inexécution de l'obligation contractuelle de terminer le contrat en bonne foi

L'inexécution d'une obligation contractuelle est le fait générateur de la responsabilité contractuelle. La question est alors de savoir si la rupture abusive d'un contrat de concession ou de franchise serait considérée comme une obligation contractuelle afin de rentrer dans le champ d'application de la responsabilité contractuelle.

Le contenu des obligations contractuelles peut aller bien au-delà des clauses explicites stipulées dans la convention déterminant les termes de l'échange entre les parties. Le contrat n'est pas un instrument statique. Au contraire, il s'agit d'un instrument qui s'adapte à un contexte social et économique constamment en évolution. En ce sens, la réforme du code civil de 2002 a introduit des règles concernant la bonne foi objective, ainsi que la fonction sociale du contrat et son équilibre économique⁸²¹.

Il est important de noter que ces principes ont amené à leur tour des modifications

⁸¹⁹ D. SCHMIDT, « Accord de concert », *Rép. soc. Dalloz*, septembre 2006, p. 5.

⁸²⁰ G. VINEY, *Op. cit.*, p. 500.

⁸²¹ Ces valeurs ont permis, par exemple, l'adoption des règles relatives à la théorie de l'imprévision aux art. 478 à 480 du NCCB. Selon cette théorie, les contrats à exécution continue ou différée peuvent être annulés ou faire objet d'une révision⁸²¹, dès lors que l'équilibre contractuel est menacé en raison de circonstances qui peuvent rendre l'exécution du contrat très onéreuse à une des parties⁸²¹. Il ressort que la théorie de l'imprévision a pu être intégrée dans la nouvelle codification civile brésilienne, grâce au « *changement de conception du contrat, auquel la loi attribue une fonction sociale* » (A. WALD, « Le droit brésilien et le Code civil 2002 », *Op. cit.*, p. 24 et 25). V. aussi A. M. FONSECA, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958 ; C. A. BITTAR FILHO, *Teoria da imprevisão: Dos poderes do juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994 ; A. J. SANTOS, *Função social lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, São Paulo, Editora Melhoramentos, 2002 ; S. de S. VENOSA, *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, *Op. cit.*, p. 65 et s. ; H. THEODORO JUNIOR., *Código de Processo Civil Anotado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008 ; A. V. de AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, 2e éd. São Paulo, Atlas, 2004. En revanche, le droit commun français est plus hostile à la théorie de l'imprévision, sur ce point, v. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011. Pour un aperçu sur l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats internationaux, v. M. A. PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, 2004.

importantes dans la liste des sources des obligations contractuelles. Dorénavant, il est possible au juge, par le biais de la concrétion, de se prononcer sur l'inexécution de certains devoirs contractuels tels que celui de la bonne foi objective. Ce principe est donc à l'origine de la création d'obligations contractuelles implicites qui entrent dans le régime de la responsabilité contractuelle.

La bonne foi objective, en tant que clause générale, pourrait orienter les parties à adopter des mesures pour éviter l'abus lors de la rupture du contrat de distribution. Toutefois, l'art. 422 du NCCB est une norme vague et son application à la rupture du contrat n'est pas expressément prévue dans le texte. C'est pour cela que nous allons vérifier parmi certains énoncés publiés par le Tribunal supérieur de justice, si la violation du principe de la bonne foi configure un cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.

L'énoncé 25 du Conseil de Justice, en premier lieu, dispose que le juge peut appliquer la clause générale de bonne foi dans les phases précontractuelle et post-contractuelle⁸²². Cet élargissement à l'égard de la phase post-contractuelle indique que, suite à la rupture du contrat, les parties doivent exécuter de bonne foi toutes les obligations dont elles étaient débitrices. Il peut s'agir, par exemple, de la livraison des marchandises pour honorer les commandes passées avant la fin du contrat, le respect de certaines obligations de confidentialité, de non-concurrence, de reprise de stock en matière de distribution. Le principe de la bonne foi représente, dans ce cas, le respect des obligations complétives, telles que la confidentialité, la loyauté et la coopération entre les contractants.

En second lieu, l'énoncé 24⁸²³ dispose que la violation des devoirs annexes constitue une sorte d'inexécution en vertu du caractère objectif de la bonne foi. Dans le cadre de cet énoncé, la violation au principe de la bonne foi résulte d'une modalité d'inexécution du contrat, permettant ainsi d'élargir le champ d'application de l'obligation contractuelle. Ces devoirs annexes caractérisés par une conduite morale seraient plutôt considérés, en droit français, comme une faute délictuelle⁸²⁴. En droit brésilien, cependant, le nouveau code civil

⁸²² Énoncé 25 : « L'art. 422 du Code civil n'empêche pas l'application par le juge du principe de la bonne foi dans les phases précontractuelle et post-contractuelle » (notre traduction).

⁸²³ Énoncé 24 : « En vertu du principe de la bonne foi, formulé dans l'article 422 du nouveau Code civil, la violation des devoirs annexes constitue une sorte d'inexécution, indépendamment de l'existence d'une faute » (notre traduction).

⁸²⁴ A ce propos, v. G. VINEY (*Introduction à la responsabilité*, *Op. cit.*, p. 425 et 426) explique que : « la faute délictuelle se caractérise par la violation d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement édictée par la loi ou affirmée par la jurisprudence et qui s'impose en principe à toute personne se trouvant dans une situation donnée ».

de 2002 permet l'objectivation de la bonne foi qui entraîne ainsi la responsabilité contractuelle.

Le principe de la bonne foi énoncé à l'art. 422 du NCCB est une clause générale qui conduit les parties à adopter un comportement loyal dans le cadre contractuel⁸²⁵. En ce sens, il a été rappelé par M. Antonio Junqueira de Azevedo qu'en matière de contrat de distribution « *les parties ont un devoir de coopération et de loyauté plus renforcé* »⁸²⁶. Cela veut dire qu'en raison de la bonne foi, le cocontractant peut exercer son droit de se retirer de la relation contractuelle sans cependant abuser de cette prérogative. De ce fait, l'exercice du droit de dénonciation du contrat de concession et de franchise a été limité par le principe de la bonne foi contractuelle⁸²⁷ afin d'éviter une rupture brutale. Or, le délai de préavis évitera la rupture brutale du contrat de concession et permettra à la partie évincée de trouver d'autres alternatives économiques, comme par exemple conclure un nouveau contrat avec un autre partenaire.

Selon nous, l'exigence de bonne foi est implicite au moment de la rupture du contrat afin d'éviter l'abus⁸²⁸. En cas de violation de ce principe contractuel, l'auteur de la rupture abusive sera sanctionné sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Le principal effet de l'inexécution de ce devoir est l'obligation de réparation des dommages et intérêts sur le fondement de l'art. 927 du NCCB⁸²⁹. C'est tout simplement l'application de la théorie de l'abus de droit qui s'appuie sur la notion de bonne foi qui permet de sanctionner la rupture abusive du contrat. On sait que l'abus peut consister à avoir un comportement contraire à la confiance existant entre les parties lors de l'exécution du contrat et, spécifiquement, dans le cadre de la rupture unilatérale. Il s'agit alors d'admettre que l'abus contractuel existe et que

⁸²⁵ Une partie importante de la doctrine brésilienne défend le point de vue selon lequel le principe de la bonne foi est une norme générale qui doit régir non seulement le comportement des cocontractants pendant l'exécution du contrat, mais encore pendant les phases pré-contractuelles (*in contrahendo*) et après l'extinction du contrat (*post pactum finitum*), cf. P.-L. NETO LÔBO, « Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil Brasileiro », *RTDC*, 2006, vol. 27, p. 54-67.

⁸²⁶ A. JUNQUEIRA de AZEVEDO, « Contrato de distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – resilição unilateral e seu momento de eficácia – interpretação contratual – negócio *per relationem* e preço determinável – conceito de “compra” de contrato e abuso do direito », *RT/826*, 2004, p. 119-136.

⁸²⁷ L. SPERB. de PAOLA, « Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão commercial e franquia », *Op. cit.*, p. 148 ; F. K. de FARO, « Boa-fé objetiva e dever de cooperação : uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato », *RTDC*, 2009, vol. 38, p. 3-41. En droit français, v. J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *Op. cit.*, p. 234 et s.

⁸²⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le contrat international de distribution*, *Op. cit.*, p. 452 : à propos du principe de la bonne foi et l'obligation de minimiser son propre dommage en cas de rupture du contrat de distribution.

⁸²⁹ De même, le droit brésilien ne prévoit pas non plus de norme spécifique pour l'application du régime contractuel dans le Code civil. Le titre IX se réfère à l'application du régime de la responsabilité civile, sans faire de distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, dont la préoccupation principale est l'obligation de réparer énoncée dans le Chapitre I (art. 927 à 943 NCCB).

cette notion peut s'approcher d'une inexécution du contrat par le biais de la bonne foi objective. C'est pourquoi, nous concluons que la rupture abusive du contrat de distribution est soumise au régime de la responsabilité contractuelle objective en droit brésilien⁸³⁰.

⁸³⁰ En droit brésilien, la qualification contractuelle peut comprendre les obligations contractuelles ou légales circonscrites au contrat, car ils constituent des devoirs généraux de source contractuelle. Par exemple, l'art. 473 du NCCB prévoit la faculté de résiliation unilatérale de relations contractuelles de longue durée et dispose que cocontractant qui souhait dénoncer le contrat doit donner un préavis raisonnable pour la cessation d'activité. Cette règle est, de ce fait, appliquée à la lumière du principe de la bonne foi objective.

Conclusion Titre Deuxième

L'anéantissement du contrat de concession et de franchise en droits français et brésilien est un droit qui procède généralement de principes d'interdiction des engagements perpétuels et de la force obligatoire des conventions en vertu desquelles les parties à un contrat à durée indéterminée ou déterminée peuvent, moyennant le respect d'un délai de préavis suffisant, rompre le contrat ou ne pas le reconduire respectivement.

Durant ces dernières années, les tribunaux ont tranché des affaires liées à l'absence totale de préavis ou à son insuffisance. Cependant, pour que la rupture soit licite, il est fondamental que soit prévu un délai de préavis et qu'il soit raisonnable. C'est la protection minimale garantie par la loi brésilienne et telle que garantit par la loi française. La résiliation unilatérale n'est pas en soi contraire au principe de la bonne foi, c'est davantage la rupture du contrat sans délai de préavis suffisant qui est condamnée en application de ce principe.

Le principe de la bonne foi est une norme de comportement qui se traduit par la « *courtoisie ou civilité dans la rupture d'une relation de clientèle étroite, faite de confiance et d'habitude* »⁸³¹. Les droits français et brésilien sanctionnent la rupture abusive du contrat de distribution et, de ce fait, l'auteur de la rupture est condamné à payer des dommages et intérêts à la victime.

En droit brésilien, l'auteur de la rupture du contrat de concession ou de franchise peut voir sa responsabilité contractuelle objective engagée, puisque le respect d'un délai de préavis est une obligation contractuelle, ceci indépendamment de l'existence d'un contrat écrit ou verbal. Du côté français, la responsabilité de l'auteur de la rupture abusive, plus précisément brutale, est au visa de l'art. L. 442-6, I-5° du C. com. qualifiée de délictuelle.

En dépit de ces divergences quant à la nature de la responsabilité découlant de la rupture abusive du contrat en droits français et brésilien, force est de constater que la jurisprudence de ces deux pays s'efforce d'estimer la durée de préavis raisonnable en fonction de l'ancienneté de la relation commerciale et des éléments qui démontrent le degré de collaboration d'intégration des partenaires car il n'existe pas de norme précise qui stipule le préavis idéal. La seule exception existante est le régime de résiliation unilatérale pour le secteur automobile en droit brésilien.

⁸³¹ J. BEAUCHARD, « Stabilisation de relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 05 janvier 1998, n° 2.

Enfin, il est important de souligner que ces constatations ont été établies à partir de l'analyse des litiges liés à la rupture du contrat « interne » de distribution. L'analyse du contrat international de distribution demande une étude spécifique compte tenu des impératifs liés à la détermination de la compétence judiciaire et du droit applicable. Ces questions spécifiques au contrat international seront soulevées à la lumière de la rupture abusive du contrat de distribution.

DEUXIÈME PARTIE : LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE DISTRIBUTION EN DROITS FRANÇAIS ET BRÉSILIEN

Nous avons montré que le contentieux abondant relatif à la rupture du contrat interne de distribution en droits français et brésilien met en relief à la fois des solutions similaires dans le but de sanctionner l'auteur de la rupture abusive, mais aussi des divergences quant à la nature de la responsabilité engagée dans ce genre d'action au sein de ces deux systèmes juridiques.

Désormais, nous allons nous pencher sur le règlement des litiges dès lors que le contrat de distribution est international. Dans ce contexte, le contentieux extrêmement important révèle des difficultés de coordination et d'harmonisation entre les impératifs de l'ordre juridique interne français et brésilien, notamment dans le cas de la rupture abusive du contrat, qui peuvent parfois s'interposer dans le cadre des relations internationales.

L'étude du contrat international de concession commerciale et de franchise se révèle d'autant plus importante que les échanges des pays comme la France et le Brésil s'accroissent. Parallèlement, le contentieux international lié à la rupture du contrat augmente également et connaît des difficultés concernant la désignation de la juridiction compétente et à cause de la multiplicité des lois qui peuvent être applicables au litige.

Compte tenu des spécificités des droits français et brésilien, nous optons pour traiter en premier les questions relatives à la juridiction compétente pour trancher le litige résultant de la rupture du contrat international de distribution. (**Titre Premier**). Nous aborderons ensuite les questions concernant le conflit de lois en matière de contrat international de distribution (**Titre Deuxième**).

Titre Premier : La détermination de la juridiction compétente au contrat de distribution

C'est grâce au principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé français et brésilien que les parties à un contrat international de concession commerciale et de franchise peuvent déterminer la compétence judiciaire internationale avant la naissance d'un litige. Pour cela, les parties doivent décider préalablement si le litige sera soumis au juge étatique - dans ce cas, ils doivent rédiger une clause d'élection de for – ou si les parties préfèrent soumettre les différends nés du contrat à un tribunal arbitral - il faudra alors insérer dans le contrat une clause d'arbitrage.

Cependant, en l'absence de choix exprimé au moment du contrat par les parties quant à la juridiction compétente, la saisine d'un tribunal peut être envisagée par l'une des parties. En suivant notre approche sous l'optique du juge français et brésilien, nous devons analyser les règles de conflit de juridictions en droits français et brésilien qui définissent leur compétence internationale pour trancher des litiges concernant la rupture du contrat international de distribution.

Ainsi, il nous paraît opportun de vérifier en premier les règles qui permettent aux parties de déterminer la compétence juridictionnelle dans le contrat international de distribution (**Chapitre I**), avant d'établir par défaut la compétence internationale des juges français et brésilien pour trancher des questions relatives à la rupture du contrat (**Chapitre II**).

Chapitre I – Le choix de la juridiction par les parties

Les parties à un contrat international de distribution peuvent convenir, par une clause, de soumettre tout litige survenant à l'occasion de ce contrat soit à un juge étatique qu'elles ont choisi par le biais d'une « *clause attributive de juridiction* » ou « *clause d'élection de for* », soit à un tribunal arbitral à travers une « *clause compromissoire* ». Ces clauses ont pour effet de modifier soit la répartition de compétences entre les tribunaux d'un État, soit de retirer à l'ensemble d'entre eux le pouvoir de juger⁸³².

Les clauses attributives de juridiction ou d'élection de for⁸³³ permettent aux parties de désigner en amont ou en aval le tribunal compétent pour décider d'un litige né du contrat. Cette technique offre la possibilité d'échapper aux difficultés relatives au débat sur la compétence juridictionnelle et est largement utilisée dans les accords internationaux de concession et de franchise (**Section 1**).

L'autre technique procédurale de plus en plus répandue dans les contrats internationaux de commerce, spécialement en matière de contrat de distribution est la convention d'arbitrage. Cette convention permet que le différend lié à la rupture du contrat international de distribution se règle par l'arbitrage. Comme l'a bien rappelé H. Moltusky, l'arbitrage a également un « *caractère juridictionnel* » dans la mesure où il permet la recherche d'une solution d'un différend existant où en gestation issu d'une « *situation contractuelle* »⁸³⁴. L'arbitrage doit son statut de « *véritable juridiction internationale* »⁸³⁵ au

⁸³² A ce propos v. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999.

⁸³³ F. C. MANN, « The doctrine of jurisdiction in international Law », *RCADI*, t. 111, 1964, p. 1-162. et « The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years », *RCDAL*, t. 186, 1984, p. 9-115 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé et en droit international privé*, LGDJ, 1997; B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 6e éd., Economica, 2010, p. 345-346 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, 2e éd., t. II, PUF, 2010, p. 260-265 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 9e éd., 2007, p. 630-631; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, [thèse dactyl.], Paris X, 2000, disponible sur le site internet : www.glose.org ; M.-L. NIBOYET et G. de G. de La PRADELLE, *Droit international privé*, *Op. cit.*, p. 306, n° 346 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 9e éd., 2007, p. 220, n° 303 et p. 222, n° 305. Parmi les auteurs brésiliens v. A. de CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 5e éd., Rio de Janeiro, Revista Forense, 2002 ; I. STRENGER, *Direito Internacional Privado*, 3e éd., São Paulo, Ltr, 1996 ; J. GRANDINO RODAS (dir.), *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 123 et s. ; M.-E. BASSO, *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*, 3e éd., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002 ; M.-E. BASSO et F. B. P. POLIDO, « Os artigos 7º a 19 da Lei de Introdução do Código Civil de 1942 », in R. Lotufo et G. Ettore Nanni. (org.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 114-185.

⁸³⁴ H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, t. II, Dalloz, 1974, p. 41-43 ; Ch. JARRONSON, « Arbitrage et juridiction », *RFTJ* 9/1989, p. 107-117, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9 ; I. STRENGER, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTR, 1996, p. 143 et s.

soutien actif que lui accordent les droits étatiques⁸³⁶. L'arbitre titulaire de la *jurisdiction*, dispose donc du pouvoir juridictionnel, de dire le droit et, concrètement, de trancher le différend⁸³⁷. La nature de la convention d'arbitrage est identique à celle des clauses attributives de juridictions : son objet est processuel en ce qu'elle attribue le pouvoir et la compétence pour juger à des particuliers⁸³⁸. La convention d'arbitrage concerne ainsi non pas directement des droits substantiels mais le droit d'action lui-même⁸³⁹, puisqu'elle s'agit d'une « convention de procédure »⁸⁴⁰, dont l'objet est fondamentalement différent de celui du contrat principal⁸⁴¹.

De ce fait, les cocontractants peuvent insérer une « clause d'arbitrage visant à soustraire les litiges qui y sont élevés à la compétence des juges étatiques pour le confier à un juge privé »⁸⁴², car les relations privées internationales ne se réduisent pas à celles dont les tribunaux français et brésilien connaissent ou ont eu à connaître (**Section 2**).

Section 1 – La compétence internationale désignée par la clause d'élection de for

Dans un souci de prévisibilité, les clauses d'élection de for offrent la possibilité aux parties de désigner le tribunal compétent et, de ce fait, d'éviter ainsi toute incertitude ou tout risque de conflit positif de compétences⁸⁴³. C'est pour cela qu'en matière de contrats

⁸³⁵ C.-A. CARMONA, *Arbitragem e Processo, um Comentário à Lei n° 9.307/96*, 3e éd., São Paulo, Atlas, 2009, p. 26 et 27.

⁸³⁶ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.*, 2004, p. 511 ; J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 2005, p. 305 ; A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2005 ; B. AUDIT, « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15-29.

⁸³⁷ Eu égard à cette compétence, l'arbitre possède les mêmes pouvoirs qu'un juge étatique. Cependant, ce dernier est titulaire d'une prérogative complémentaire au pouvoir juridictionnel : il détient l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir d'assortir sa décision d'un ordre qui la rendra exécutoire par le pouvoir exécutif de l'État où la mesure d'exécution doit s'exercer. Il en résulte que, à la différence des jugements, les sentences arbitrales ne sont pas exécutoires par elles-mêmes. Sur la notion d'*imperium* v. Ch. JARRONSON, « Réflexion sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à P. Bellet*, 1991, p. 249 et s.

⁸³⁸ L'arbitrage est une justice privée, rendue en tout ou en partie en dehors de l'ordre juridique étatique (cf., D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Archives de philosophie du droit*, 1997, p. 149). Cette circonstance pousse également à une originalité du régime de la convention d'arbitrage, convention par laquelle les parties à un litige décident de se passer du recours aux tribunaux étatiques.

⁸³⁹ A ce propos, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *Op. cit.*, p. 23 et s.

⁸⁴⁰ P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *CFDIP*, années 1991-1992 et 1992-1993, p. 82.

⁸⁴¹ C'est pour cela qu'il est possible de parler d'un certain alignement du régime des clauses attributives et clauses compromissoires de la part de juridictions françaises dans l'ordre international.

⁸⁴² M.-L. NIBOYET et G. de G. de La PRADELLE, *Droit international privé*, *Op. cit.*, p. 320.

⁸⁴³ Ces questions peuvent mettre en échec la prévisibilité souhaitée par le mécanisme, puisque la multiplication des chefs de compétence national et internationale est à l'ordre du jour. En ce sens, v. V. F. RIGAUX, « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 341-354 ; B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311-319.

internationaux et, notamment dans les contrats de concession et de franchise, les clauses de compétence internationale sont largement admises.

Dans les contrats de distribution, la clause d'élection de for peut soit résulter d'une négociation entre les parties qui décident d'un commun accord de choisir un tribunal, soit résulter de la volonté du fournisseur – ce qui est généralement le cas – qui impose le for qui coïncide souvent avec la juridiction du tribunal de son domicile. Cette clause est fréquemment accompagnée d'une autre clause qui précise la loi applicable au contrat : normalement la loi du pays du tribunal choisi, autrement dit, la loi du for. En réalité, il n'y a rien qui empêche le fournisseur de procéder de cette manière. On peut aisément comprendre que, dans un réseau de distribution, le fournisseur tente d'uniformiser les clauses de juridiction et de lois afin de mieux maîtriser les éventuels litiges.

Quoi qu'il en soit, il est indispensable pour que la clause d'élection de for écarte la compétence normale du tribunal exclu et valide celle du tribunal élu que son régime soit soumis au juge chargé d'apprécier la validité de sa saisine. Partant du principe que les juges français et brésilien peuvent être élus, il conviendra de vérifier les règles de droits français et brésilien afin de légitimer le choix du for effectué par les parties (§1), avant d'examiner les limites à la clause d'élection de for (§2).

§ 1- La réglementation applicable à la clause d'élection de for

Pour que les parties au contrat international de distribution puissent valablement soumettre leur futur litige à une juridiction préalablement établie, elles doivent observer la réglementation issue du droit français fortement imprégné du droit européen (A) et du droit brésilien (B) à cet effet.

A- Les règles de droit français

En droit français, la jurisprudence a accepté qu'en droit international privé, « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international* »⁸⁴⁴. A partir de cet arrêt, une clause conventionnelle attributive de juridiction peut produire effet, même lorsque les deux parties sont françaises, si le litige présente d'autres éléments d'extranéité que la nationalité des parties⁸⁴⁵. Il suffit alors que la

⁸⁴⁴ Cass. civ. 17 déc. 1985, *Cie des signaux et d'entreprises électriques c. Soc. Sorelec*, RCDIP 1986, p. 537, n. H. Gaudemet Tallon ; D. 1986, Inf. rap. P. 265, obs. B. Audit, *Grands arrêts*, Op. cit., n° 72.

⁸⁴⁵ L'art. 48 du nouveau code de procédure français prévoit la dérogation des règles territoriales de compétence interne dès lors que les parties se sont concertées par écrit et qu'elles ont qualité de commerçant. Toutefois,

clause précise l'ordre juridictionnel compétent pour qu'elle puisse s'appliquer car, selon la Cour de cassation, comme la clause est « *autonome par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère* », elle ne sera pas affectée par l'inefficacité de cet acte⁸⁴⁶.

Dans le cadre du droit européen, la clause d'élection de for permettant aux parties de décider sur la compétence des tribunaux d'un État est reconnue dans les art. 23 et 24 du règlement (CE) n° 44/2001⁸⁴⁷, dit aussi règlement « Bruxelles I ». L'application de ce régime dépend de trois conditions cumulatives, à savoir : que l'une des parties, mais pas nécessairement le défendeur, ait son domicile sur le territoire d'un État membre, que la convention désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État membre et que le rapport de droit soit international⁸⁴⁸. L'art. 23 prévoit encore des règles de forme et de fond concernant la validité de la convention de prorogation de compétence⁸⁴⁹.

Après plusieurs années d'application de l'art. 23, la jurisprudence française a fini par reconnaître qu'« *une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte* »⁸⁵⁰. Cette solution confère à la clause attributive de juridiction une plus grande efficacité et une sorte d'indépendance par rapport au contrat principal à l'instar de la clause compromissoire⁸⁵¹. Il faut également rappeler qu'en droit européen, au regard de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et

l'extension de la règle aux rapports internationaux n'est pas autorisée (G. COUCHEZ, « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP* 1977-1979, p. 129).

⁸⁴⁶ Cass. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *JDI* 2011, n°3, n. S. Sana-Chaillé de Néré.

⁸⁴⁷ D. JOSEPH Q. C., *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e éd., LGDJ, 2010, D. ALEXANDRE et A. HEUZE, « Compétence, reconnaissance et exécution - matières civile et commerciale », *Rép. dr. commun.*, juil. 2010.

⁸⁴⁸ D. ALEXANDRE, « O regime jurídico dos contratos internacionais no direito francês: um exemplo a seguir ? », in I. de A. VIEIRA (org.), *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado*, Curitiba, Jurua, 2011, p. 53-76, spéc. p. 62. L'internationalité est définie par la Cour de cassation dans l'arrêt Keller, (Cass. 1er civ. 4 oct. 2005, *RCDIP* 2006, p. 413, n. M. Audit ; *JDI* 2006, p. 169, n. J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 1501, n. F. Jault-Seseke) et elle l'apprécie au moment de la conclusion de la clause. V. aussi M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière d'*electio fori* », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 21-47.

⁸⁴⁹ En ce sens, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *Op. cit.*, p. 128 et s.

⁸⁵⁰ Cass. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 07-17788 : *D.* 2010, p. 1869, obs. X. Delpech ; *D.* 2010, p. 2333, obs. L. d'Avout ; *Procédures*, oct. 2010, comm. 336, obs. R. Perrot ; *RDCO* 2011/1, p. 223, n. J.-B. Racine. Avant cet arrêt, la Cour de cassation a hésité à reconnaître l'indépendance de la clause attributive de juridiction : Cass. civ. 6 avr. 1842, *S.* 1842, 1, p. 569 ; Cass. 1re civ. 18 juin 1958, *RCDIP* 1958, p. 754, n. E. Mezger ; CA Paris, 20 juin 1961, *RCDIP* 1962, p. 63, n. Y. Loussouarn ; TGI Paris, 10 juill. 1991, *RCDIP* 1993, p. 54, n. crit. H. Gaudemet-Tallon.

⁸⁵¹ Dans cette perspective, nous verrons que le droit de l'arbitrage a pu être présenté comme un « modèle » (C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LGDJ, 1995 ; P. SCHLOSSER, « The Separability of Arbitration Agreements – A Model for Jurisdiction and Venue Agreements? », in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2004, p. 305).

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, l'arrêt *Benincasa contre Dentalkit* rendu par la CJCE a en effet reconnu l'autonomie de la clause attributive de juridiction⁸⁵². Cette solution a été bien évidemment étendue au règlement Bruxelles I.

Il est important de noter que l'efficacité de la clause attributive de juridiction dans le cadre du règlement Bruxelles I a été remise en question par la Commission européenne dans la proposition de refonte de ce règlement⁸⁵³. En effet, la Commission a proposé de conserver les modalités énumérées à l'art. 23, mais elle a ajouté une nouvelle condition de validité à la clause attributive de juridiction : la clause est valable si elle n'est pas « *entachée de nullité sur le fond selon le droit de cet État membre* »⁸⁵⁴. Comme la clause est autonome et indépendante du contrat, sa validité doit être analysée conformément au droit de l'État membre où se trouve la juridiction élue par les parties. Cette solution a été retenue à l'art. 25 du nouveau règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁸⁵⁵. Ce nouveau texte prévoit également dans le §5 que la clause attributive de juridiction « *faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable* ».

Il est intéressant de remarquer que la jurisprudence française et le nouvel art. 25 du règlement Bruxelles I-bis s'alignent sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for⁸⁵⁶, en ce qui concerne l'indépendance de la clause d'élection de for en relation au contrat principal (art. 3, d). Cette harmonisation des règles permet « *au droit*

⁸⁵² CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, *JDI* 1998, p. 581, obs. J.-M. Bensoussan: « *la juridiction d'un État contractant, désignée dans une clause attributive de juridiction valablement conclue au regard de l'article 17, premier alinéa, de la Convention du 27 septembre 1968, est également exclusivement compétente lorsque l'action vise notamment à faire constater la nullité du contrat qui contient ladite clause* ».

⁸⁵³ Sur le contexte d'adoption de la refonte du règlement Bruxelles I, v. nos développements *infra* : Chapitre II, Section 2, §1, A- Du règlement Bruxelles I au règlement Bruxelles I-bis.

⁸⁵⁴ En ce sens, v. C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.* 2011, p. 117-130.

⁸⁵⁵ JOUE du 20 décembre 2012, L 351/1, ci-après dénommé « Bruxelles I-bis ». Ce règlement est applicable à compter du 10 janvier 2015.

⁸⁵⁶ L'objectif de cette convention a été de proposer des règles modernes, adaptées aux besoins du commerce international, telles que les conventions d'arbitrage avec la Convention de New York (A. SCHULTZ, « The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements », *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005, p. 1-16 ; A. BUCHER, « La convention de La Haye sur les accords d'élection de for », *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, 2006, n° 1, p. 29). La Convention de New York de 1958 permet aux États contractant de faire prévaloir sur les règles de la Convention celles issues de leur droit national ou de conventions bilatérales qui les lient, à condition qu'elles soient plus favorables. V. également C. KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813 et s.

*français de se conformer à une forme de standard international qui reconnaît la règle de l'autonomie »*⁸⁵⁷.

La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for a été signée par l'Union européenne le 1^{er} avril 2009 sur la base de la décision 2009/397/CE du Conseil⁸⁵⁸ et devrait lier les États membres, dont la France⁸⁵⁹. Dès lors qu'elle sera approuvée par l'Union⁸⁶⁰, la Convention sera applicable lorsqu'une clause désignera les tribunaux d'un État signataire de cette convention et que l'une des parties résidera sur le territoire d'un État tiers à l'Union européenne. L'art. 26, 6 prévoit que la résidence de l'une des parties sur le territoire d'un État tiers déclenchera l'applicabilité de la Convention de La Haye⁸⁶¹, lorsque l'accord est conclu dans des situations internationales selon l'art. 1.2.

Par conséquent, la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for pourra s'appliquer, par exemple, si au moins l'une des parties réside dans un Etat partie à la Convention. Ainsi, les dispositions de la Convention primeront sur les règles de compétence du règlement Bruxelles I, sauf si les parties sont des résidents de l'Union européenne ou proviennent des Etats tiers qui ne sont pas parties à la Convention. Ce serait le cas d'un accord d'élection de for qui donne compétence à un tribunal français pour juger des litiges résultant d'un contrat de distribution signé entre un fabricant français et un distributeur brésilien, en application de l'art. 26, 6. Selon ce texte, il suffit que l'un des cocontractants ait sa résidence en dehors de l'Union européenne - en l'occurrence le distributeur - et que le Brésil soit un Etat contractant pour que la Convention de La Haye s'applique.

Étant donné cependant que la Convention de La Haye n'est pas encore appliquée, il a été question d'étendre le champ d'application des règles harmonisées européennes aux

⁸⁵⁷ En ce sens, v. « La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal », *RDCO*, 2011/1, p. 223, n. J.-B. Racine. Selon auteur, grâce à l'arrêt du 8 juillet 2010, le droit français s'aligne également sur d'autres instruments d'uniformisation du droit tel que la « *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises qui, à son article 81.1, alinéa 1, énonce que la résolution du contrat « n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends (...) »*. La règle a été reprise, dans les mêmes termes, par les *Principes Lando (PDEC, art. 9 : 305, al. 2 ; v. Principes du droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003, p. 383) »*.

⁸⁵⁸ JO L 133 du 29.5.2009, p.1.

⁸⁵⁹ V. l'avis n° 1/03 de la Cour de justice des Communautés européennes en faveur de la ratification de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for.

⁸⁶⁰ Pour cela, la Commission européenne vient de faire une proposition de décision au Conseil de l'Union européenne relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne, de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for du 30.1.2014 (COM(2014) 46 final), 2014/0021 (NLE).

⁸⁶¹ Le texte de l'art. 26.6 de la Convention de La Haye de 2005 est de lecture peu aisée. Il prévoit que: « *La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention : a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ; b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique »*.

clauses attributives de juridiction lors de la refonte du règlement Bruxelles I⁸⁶². Suivant ce mouvement d'assimilation progressive des règles de droit international privé européen dans l'ordre interne des États membres⁸⁶³, le nouvel art. 25 dispose que les parties, « (...) *sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé* (...) ». Ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre.

Enfin, pour sécuriser encore le mécanisme des clauses attributives de juridiction, le nouveau règlement Bruxelles I-bis a consacré une exception à la règle générale de litispendance conduisant à ce que la juridiction désignée par la clause ait priorité pour décider de sa validité et puisse déterminer si le litige pendante devant elle entre bien dans le champ de cette clause (art. 31, 2 et 3). L'objectif est de renforcer la clause d'élection de for en cas de litispendance et connexité dès lors que la procédure est pendante devant les juridictions d'États tiers (art. 33).

B- Les règles de droit brésilien

Il n'existe pas en droit international privé brésilien de norme générale qui permette aux parties à un contrat international de choisir un for étranger. On trouve uniquement une norme spéciale, l'art. 4, §1^o, du Protocole de Buenos Aires sur la juridiction internationale en matière contractuelle qui permet l'élection d'un for étranger dans les litiges nés du contrat⁸⁶⁴, dans le cadre spécifique du Mercosur.

⁸⁶² Sur ce point, v. CJCE 1er mars 2005, *aff. C-281/02, Owusu c. Jackson, infra*. V. aussi B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 171 et s., spéc. p. 185. Pour certains, la réforme du règlement a été très modeste puisque le projet d'internationalisation du règlement n'a pas eu le jour. En ce sens, v. L. d'AVOUT, « La refonte du règlement Bruxelles I, (règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012) », *D.* 2013, p. 1014 ; C. KESSEDJIAN, « Le règlement « Bruxelles I révisé » : Much ado about ... what ? », *Europe*, mars 2013, p. 5-9 ; H. GAUDEMET-TALLON et C. KESSEDJIAN, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTD eur.* 2013/1, p. 435-454.

⁸⁶³ En effet, l'application du règlement à des litiges concernant un État contractant et un État tiers devient une tendance qui s'explique par le souci d'uniformisation tant de la mise en œuvre du droit européen, qu'à l'égard des décisions rendues par les nombreux tribunaux en Europe.

⁸⁶⁴ Décret n° 2.095 du 17 décembre 1996. L'art. 4 prévoit que : « *Dans les litiges résultant des contrats internationaux en matière civile ou commerciale seront compétents les tribunaux des États membres dans lesquels les parties ont choisi de se soumettre par écrit, sauf si l'accord été obtenu de façon abusive* » (notre traduction).

Dans la pratique, toutefois, le droit brésilien admet que les parties puissent choisir un for pour soumettre leur contrat, grâce à une jurisprudence des années 1950 qui a privilégié le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien⁸⁶⁵. Ainsi, le Tribunal supérieur fédéral a validé une clause d'élection de for étrangère en indiquant que : « *le droit brésilien reconnaît le for contractuel, sauf s'il existe un empêchement d'ordre public* »⁸⁶⁶. Des années plus tard, la Cour suprême a également adopté l'énoncé n° 335⁸⁶⁷ dans lequel elle confirme la validité de la clause d'élection du for dans les litiges nés du contrat sans préciser s'il s'agit d'un contrat interne ou international⁸⁶⁸. Depuis cet énoncé, d'autres décisions ont été rendues dans le sens d'admettre les accords d'élection de for⁸⁶⁹.

La doctrine brésilienne a toujours critiqué l'inertie du législateur brésilien qui n'a jamais proposé un dispositif légal sur la prorogation de la compétence internationale⁸⁷⁰. En effet, l'absence d'une règle spécifique en droit international privé est à l'origine d'une incertitude juridique importante vis-à-vis des opérateurs du commerce international amenés à conclure des contrats de distribution avec des partenaires brésiliens. C'est pourquoi une proposition a été présentée lors du projet de réforme du Code de procédure brésilien en 2009 pour combler cette lacune. Toutefois, un nouvel amendement au projet du Code de procédure civil a retiré la proposition sur l'accord d'élection de for, ce qui a causé une grande insatisfaction au sein de la doctrine brésilienne⁸⁷¹.

Il faut observer aussi que malgré la participation du Brésil à la Conférence de La Haye en droit international privé, ainsi qu'à la pression exercée par les professeurs de droit au Brésil pour souligner l'importance et la nécessité d'adopter la Convention de La Haye du 30

⁸⁶⁵ A ce sujet, v. la contribution de F. KUYVEN lors d'une étude en droit comparé franco-brésilien concernant les manifestations de l'autonomie de la volonté en droit international privé, (cf., « Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle en droit international privé comparé franco-brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Etudes de droit comparé, L'Harmattan, 2010).

⁸⁶⁶ STF, REExt. n° 30.636/DF, Rel. Min. Candido Motta Filho, j. 24.01.1957.

⁸⁶⁷ Enoncé 335 du STF du 13.12.1963 prévoit que : « *La clause d'élection de for est valable aux litiges résultant du contrat* ». A ce propos, v. également la décision du STF, 9 juin 2004, SEC n° 7178.

⁸⁶⁸ L.-O. BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional, Estudos e Pareceres de Luiz Olavo Baptista*, in M. BASSO et P.-L. de CARVALHO (coord.), Ire éd., Curitiba, Juruá, 2009, p. 184 ; I. STRENGER, *Contratos internacionais do comércio*, 3e éd., São Paulo, LTr, 1998, p. 256 et s.

⁸⁶⁹ STJ, REsp n° 242.383, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.02.2005 ; STJ, REsp n° 1.177.915, Rel. Min. Vasco Della Giustina, 13.04.2010.

⁸⁷⁰ C. TIBURCIO, « A eleição de foro estrangeiro e o Judiciário brasileiro », *RAM*, v. 21, 2009, p. 84-113.

⁸⁷¹ Dans la version plus récente du projet du Code de procédure civile (PLS 166/2010), aucun dispositif ne fait allusion à l'élection de for dans le contrat international. Selon Mme C. TIBURCIO, l'absence d'une clause d'élection de for augmente le risque du « *forum shopping* » et d'éloigner encore plus le Brésil des pratiques juridiques qui pourraient faciliter les échanges commerciaux avec des partenaires brésiliens (cf., « Nota doutrinária sobre três temas de direito internacional privado no Projeto de novo Código de Processo Civil », *RBAr*, 2011, n° 28, p. 139-145). Le « *forum shopping* » permet au justiciable de choisir les tribunaux des pays appelés à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts (D. COHEN, « *Contentieux d'affaires et abus de forum shopping* », *D.* 2010, p. 975 et s.).

juin 2005 sur les accords d'élection de for, le gouvernement brésilien semble ne pas être convaincu de l'importance de signer une telle convention internationale⁸⁷². Une éventuelle adhésion du Brésil permettrait une plus grande efficacité de la clause d'élection de for vis-à-vis des règles de compétence concurrente.

§ 2- Les limites à la clause d'élection de for

En droits français et brésilien⁸⁷³, les clauses attributives de juridiction ne sont admises qu'à la condition qu'elles ne fassent pas obstacle à la compétence territoriale exclusive des juges nationaux. En dehors de ce cas précis, la clause d'élection de for ne pourra pas être mise en échec dans les deux systèmes juridiques.

Néanmoins, la jurisprudence française a rendu maintes décisions dans lesquelles une des parties soulève systématiquement la nullité d'une clause attributive de juridiction qui désigne un for étranger au profit du juge français dans les litiges relatifs à la rupture abusive du contrat de distribution. La question posée est de savoir si l'applicabilité des règles législatives impératives, qualifiées de loi de police, pourrait peut-être écarter une clause attributive de juridiction librement choisie par les parties (A).

Du côté du droit brésilien, la difficulté consiste à concilier la convention d'élection de for en matière contractuelle et les chefs de compétence concurrente du juge brésilien qui sont en principe impératives (B).

A- L'interférence des règles impératives en matière de conflit de juridictions en droit français

Dans les litiges résultant de la rupture du contrat international de distribution fondés sur l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com., le droit français a pris une position nettement libérale en admettant que l'élection de for au profit d'un tribunal étranger est valable, quand bien même une loi de police française serait applicable au litige (1). Cette position est également

⁸⁷² Lors du séminaire réalisé à Brasília le 8 novembre 2010, dans le cadre de la discussion du projet de réforme du Code de procédure civile brésilien, la doctrine brésilienne a évoqué la nécessité d'adoption par le Brésil de la Convention de La Haye sur l'élection de for, ainsi que de la réinsertion dans le projet d'un article qui prévoit le libre choix des parties quant à la juridiction compétente en matière de contrats internationaux. Une déclaration commune a été rédigée à l'issue du séminaire. Sur ce point, v. N. de ARAUJO, L. SOUZA da GAMA JR., D. VARGAS, « Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil », *RBar.* 2011, n° 28, p. 147-157.

⁸⁷³ Il ne peut pas y avoir de prorogation de compétence à l'égard des compétences dites « exclusives », telles que la juridiction du tribunal de la situation de l'immeuble ou en matière de succession. L'art. 89 du CPC brésilien détermine que les compétences exclusives ne peuvent pas être déroguées. À ce propos, v. N. de ARAUJO, *Direito Internacional Privado, Teoria e Pratica Brasileira, Op. cit.*, p. 267.

importante vis-à-vis de la validité de la clause d'élection de for et de la nature de la responsabilité engagée (2).

1- L'applicabilité des règles impératives au regard de la clause d'élection de for

La 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation⁸⁷⁴ s'est prononcée sur la question de savoir si l'applicabilité au fond du litige d'une loi de police et de sûreté française rend illicite une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international de distribution. En l'espèce, les parties avaient conclu un contrat de distribution exclusive de produits de la société américaine *Monster Cable Products Inc.* avec la société française *Audio marketing services* sur le territoire français le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995. Les parties avaient désigné « *les juridictions de San Francisco pour tout litige* » découlant de la rupture du contrat et le droit californien était applicable. À la suite de la résiliation unilatérale du contrat par le fournisseur américain le 2 août 2002, le distributeur français a assigné ce dernier devant les tribunaux français le 3 janvier 2003, pour abus de dépendance économique, en application de l'art. L. 442-6, I, 5^o C. com. La cour d'appel de Paris a écarté la clause attributive de juridiction et a reconnu la compétence des juridictions françaises au motif « *qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police* ». Cette décision est censurée par la Cour de cassation qui relève que, compte tenu de sa généralité, la clause litigieuse devait être appliquée, indépendamment de la détermination du droit applicable au fond du litige.

Cette décision permet d'évoquer le principe de dissociation des compétences législative et juridictionnelle en droit international, même s'il est parfois difficile de séparer la clause d'élection de for attachée à la compétence juridictionnelle des enjeux liés à la compétence législative dès lors qu'une loi impérative du for ou loi de police pourrait s'appliquer au contrat.

En droit français, la définition de lois police a été proposée par Ph. Francescakis : il s'agit des « *lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation*

⁸⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 octobre 2008, *JCP G*, n° 47, 19 nov. 2008, II, 10187, n. L. d'Avout ; *D.* 2009, Jur. 200, n. F. Jault-Seseke ; *D.* 2009, n. A. Huet, p. 684, *D.* 2008. AJ. 2790, obs. I. Gallmeister ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2009, n° 2, 598, n. M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train ; *RLDA* 2009, n° 36, n. G. Chabot, p. 63 ; *RCDIP* 2009, n. H. Muir-Watt et D. Bureau, p. 25 et 27 ; *CCC.* 2008, comm. 270, n. M. Malaurie-Vignal ; *RDCO*, 2009, p. 197, obs. M. Béhar-Touchais. V. spécialement H. GAUDEMET-TALLON, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in K. Boele-Woelki et *alli.*, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010.

politique, sociale ou économique du pays »⁸⁷⁵. Ainsi, le juge ou une autorité publique peut appliquer directement une loi considérée comme cruciale à l'organisation de l'État, sans passer par la mise en œuvre de la règle de conflit bilatérale. Le mécanisme des lois de police a pour objet d'évincer la règle de conflit normalement applicable à une situation internationale pour lui préférer une règle nationale impérative s'appliquant immédiatement à cette situation. Elle intègre dans son « *champ d'application des objectifs matériels* »⁸⁷⁶, plutôt que des objectifs conflictuels.

Il semble évident que le distributeur français a saisi la juridiction française afin d'échapper à l'application du droit californien, peut-être moins avantageux quant à la condamnation résultant de la rupture brutale du contrat – ou peut-être pas ! En tout cas, l'expérience prouve que le choix du juge a une incidence déterminante sur le droit applicable au fond. Dans cette optique, si le juge français se déclare compétent, il pourrait naturellement appliquer l'art. L. 442, 6, I, 5° du C. com., d'autant plus que cette norme a un caractère de loi de police et devrait donc renforcer l'impérativité de la compétence des juridictions françaises.

Cependant, le raisonnement effectué par la Cour de cassation est bien différent : ce n'est pas parce qu'une loi de police du for est compétente au fond que le juge de l'ordre juridique en cause doit être également compétent. A vrai dire, la Cour ne s'intéresse pas au droit applicable au litige. Par conséquent, l'applicabilité d'une loi de police n'est pas un obstacle à la licéité d'une clause d'élection de for au profit d'un tribunal étranger. Cette solution peut davantage respecter la volonté des parties qui reste essentielle en matière de

⁸⁷⁵ Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, p.1-18. En ce sens, une décision rendue par la CJUE a repris cette même définition de lois de police au point 30 de l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 novembre 1999, *aff. C-369/96, Rec. CJCE* 1999-1, p. 8453). Les lois de police sont également appelées « dispositions impératives », « lois d'application immédiate », et « lois d'application nécessaire ». Une autre définition des lois de police est donnée par P. MAYER (« Les lois de police étrangères », *JDI*, 1881-II, p. 277-345) selon laquelle les « *lois de police sont les règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays* ». V. également A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, t. 239, 1993, p. 9-116 .

⁸⁷⁶ E. PATAUT, « Lois de police et l'ordre juridique communautaire », *D. th. et comm.*, 2004, p. 117-143.

commerce international⁸⁷⁷ et s'inscrit dans la tendance en droit comparé de faciliter l'effectivité des clauses d'élection du for au niveau international⁸⁷⁸.

En outre, l'arrêt s'avère être une solution claire et opportune quant à la fonction de la clause d'élection de for qui est de désigner la juridiction compétente tout en étant complètement indépendante du droit applicable au fond du litige. De ce fait, la vraie question qui se pose dans les affaires où la compétence d'un tribunal étranger n'est pas dérogée par l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. est celle de savoir si, après l'obtention du jugement à l'étranger, le contrôle exercé par le juge français de l'exequatur pourrait refuser l'effet de la décision en France. En pratique, toute décision étrangère devrait être soumise à un contrôle de conformité au regard de l'ordre public français en tant que moyen ultime de sauvegarde des intérêts protégés par le droit français⁸⁷⁹.

En outre, l'intérêt de l'arrêt commenté est d'illustrer la démarche qui conduit à donner toute sa portée à l'intention des parties dans l'anticipation de leurs éventuels différends. Il nous semble que la clause d'élection de for ne se limite pas seulement à l'inexécution du contrat, mais elle couvre tous les litiges nés entre les parties. Dans cette perspective, une décision rendue par la cour d'appel de Paris avait considéré que la clause attributive de juridiction visant « *tout différend survenant entre les parties* » s'applique à la rupture des relations contractuelles⁸⁸⁰. La cour d'appel a donc admis que les conditions générales de vente du

⁸⁷⁷ Toutefois, pour certains, le libéralisme de la jurisprudence française suscite l'interrogation, voire la critique, dans la mesure où on peut avoir un doute quant à l'utilité d'ériger des lois de police de plus en plus nombreuses, si l'on ne se dote pas de mécanismes permettant d'assurer leur application. En ce sens, v. L. d'AVOUT, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de Police », *JCP G*, 2008, n° 47, II, p. 10187. Une idée serait d'envisager de mettre en œuvre une règle de compétence exclusive qui garantirait l'application effective des lois de police économiques qui correspondent à un intérêt digne de protection. A ce propos, v. B. ANCEL et H. MUIR-WATT, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, n° 42.

⁸⁷⁸ L. RADICATI di BROSOLO rappelle que lors des travaux préparatoires à la Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for il avait été question de préciser expressément que l'on ne peut refuser de donner effet à la clause attributive de juridiction au motif des règles applicables au fond du litige, *cf.*, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003. p. 1, spéc. p. 4.

⁸⁷⁹ Le droit de l'*exequatur* a perdu beaucoup de son influence depuis que le contrôle de la loi appliquée a disparu. Auparavant, le juge saisi de la reconnaissance d'une décision étrangère exerçait un contrôle de la loi appliquée. Par ce biais, il pouvait refuser de reconnaître les décisions qui auraient omis de faire application d'une loi de police française. En ce sens, v. arrêt *Cornelissen* : Cass. 1re civ. 20 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 68 ; *D.* 2007. Jur. 1115, n. L. d'Avout et S. Bollée, *Chron. C. cass.* 891, obs. P. Chauvin, et Pan. 1751 ; *RCDIP*, 2007, p. 420, n. B. Ancel et H. Muir Watt ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 123, chron. M.-L. Niboyet ; *JDI* 2007, p. 195, n. F.-X. Train. Selon M.-L. NIBOYET et G. de G. de LA PRADELLE, (*Droit international privé, Op. cit.*, p. 310), la Convention de La Haye de 2005 peut aussi apporter une solution pour contrôler la décision étrangère qui a contourné l'application d'une loi de police française : « *le tribunal non élu peut refuser de donner effet à la clause d'élection de for lorsque celle-ci « serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi » (article 6-c) ».*

⁸⁸⁰ CA Paris, Pôle 1re ch. 1, 28 oct. 2010, *Sté Mondo Uomo c. Sté STAFF International SPA*, *JurisData* n° 2010-021513, *CCC.* 2011, comm. 32, N. Matthey.

fabricant, comportant une clause attributive de compétence rappelée au verso des bons de commande, étaient applicables en cas de rupture brutale des relations commerciales établies.

En définitive, nous retenons que les distributeurs français doivent faire attention avant d'accepter une clause d'élection de for au profit des tribunaux étrangers, car il semble très difficile d'écarter une telle clause par la suite. L'inconvénient pour le distributeur serait de se priver, en France, des règles impératives du droit de la concurrence contre les pratiques discriminatoires et les abus de position dominante.

2- Le domaine de la clause d'élection de for au regard de la qualification de la responsabilité

L'arrêt *Monster Cable* soulève encore une question intéressante qui n'a pas été traitée directement par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation. Lorsqu'on parle du domaine de la clause d'élection de for et de l'application de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com., la question de la qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité est également soulevée.

Dans un arrêt précédent, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a validé l'application d'une clause attributive de juridiction lors d'un litige lié à la rupture brutale d'un contrat de concession international dans lequel l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. servait de base à la demande. En l'espèce, il s'agissait de la distribution exclusive d'armes fabriquées en Allemagne par la société *Blaser*, dont la distribution se réalisait en France par la société *Nemrod Frankonia*. La société allemande rompt le contrat et la société française l'assigne devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar. A son tour, la société *Nemrod Frankonia* a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne). A cet égard, la Cour a décidé que « *la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et des factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations commerciales entre les parties* »⁸⁸¹.

Il est important de noter que la 1^{re} chambre civile ne s'est pas prononcée quant à la nature de l'action en responsabilité. Mais elle a accepté le jeu de la clause attributive de juridiction dans le contrat international de distribution, en l'espèce. Il apparaît que la Cour donne un signe en faveur de la thèse de la responsabilité contractuelle, puisqu'elle admet l'application de la clause attributive de juridiction à tout litige résultant du contrat.

⁸⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, n° 06-10.946.

Un auteur a relevé que le caractère international du litige avait sans doute été déterminant dans le choix de la 1^{re} chambre civile dès lors qu'elle n'a pas écarté la clause d'élection de for au profit du tribunal du domicile du concessionnaire⁸⁸². En sortant de la sphère du droit interne, la première chambre civile pourrait donner plus de portée aux clauses attributives de juridiction. Dans ce cas, la validité de la clause attributive de juridiction peut se justifier si on la considère dotée d'une « *suprématie* » sur tous les autres chefs de compétence⁸⁸³.

L'internationalité du litige peut même justifier la prise de position actuelle de la chambre commerciale de la Cour de cassation dès lors qu'elle annule les clauses d'élection de for dans les litiges « internes » et accepte l'application d'une clause attributive de compétence dans les relations « internationales ». À cet égard, la position de la 1^{re} chambre civile et celle de la chambre commerciale semblent converger.

En ce sens, un arrêt rendu le 18 janvier 2011 par la chambre commerciale de la Cour de cassation présente d'intéressants développements quant à la validité des clauses attributives de juridiction en matière de rupture d'une relation commerciale établie⁸⁸⁴. En l'espèce, il s'agit d'un litige entre un fournisseur espagnol (société *Coprima*) et son distributeur français (société *Safic-Altan*). Ce dernier, s'estimant victime d'une rupture brutale des relations commerciales qu'elle entretenait depuis plusieurs années avec son partenaire ibérique, l'a assigné en indemnisation de son préjudice, devant le tribunal de commerce de Nanterre, désigné par une clause attributive de juridiction, sur le fondement de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. Le juge consulaire français s'était déclaré compétent, mais la société espagnole, contestant cette compétence, a attaqué avec succès, par la voie du contredit, le jugement. La cour d'appel de Paris a considéré que la société française n'avait pas démontré que son adversaire avait accepté la clause attributive de juridiction figurant dans ses conditions générales d'achat, en conséquence de quoi, elle devait être écartée.

La Cour de cassation a, en revanche, admis que la clause litigieuse aux termes de l'art. 23 du règlement Bruxelles I pourrait être stipulée « *sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit dans le commerce international, sous*

⁸⁸² C. NOURISSAT, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action! », *Op. cit.*, p. 67 et s.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 70: « *Tel n'est pas le cas d'une clause attributive de juridiction dont, tant la Cour de justice des Communautés européennes que la Cour de cassation, ont clairement et nettement affirmé la « suprématie » sur tous les autres chefs de compétence comme en atteste la jurisprudence la plus récente, y compris parfois sans surprise quant aux conséquences qui en découlent (cf., Cass. Ire civ., 9 janv. 2007, n° 05-17.741)* ».

⁸⁸⁴ Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11885, *D.* 2011. 366, obs. X. Delpech ; *JCP A.*, n° 9, 3 mars 2011, p. 1179, comm. Diego de Lammerville et Nicolas Aynès ; *CCC.* 2011, comm. 64, obs N. Mathey.

une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance ». En fait, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles a été critiqué par la Haute juridiction française car elle considère que les parties entretiennent « *des relations d'affaires suivies* », après avoir relevé que lesdites conditions générales d'achat émises par la société française, se trouvaient au verso des bons de commandes adressés à la fois par télécopie et par courrier simple à la société espagnole et auxquels il était expressément renvoyé par une mention figurant au recto de ces documents pendant plus ou moins cinq ans⁸⁸⁵, en l'absence d'acceptation expresse de la société espagnole. Il ressort donc que le silence vaut acceptation de la clause d'élection de for conformément à l'interprétation plutôt libérale de la Cour de cassation⁸⁸⁶.

Il faut noter que l'analyse de la chambre commerciale de la Cour de cassation reste cohérente par rapport à sa jurisprudence constante quant au caractère délictuel de l'action en responsabilité⁸⁸⁷. Elle confirme la nature délictuelle de la responsabilité découlant de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com.⁸⁸⁸. C'est pourquoi, elle casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait constaté la nature contractuelle de la responsabilité en jeu, ce qui l'a conduit à appliquer des dispositions de l'art. 5-1 a du règlement Bruxelles I, lesquelles n'autorisaient pas la compétence des juridictions françaises. Ainsi, la Haute juridiction énonce encore que, s'agissant d'une action en vue de la réparation du préjudice causé par la « *brusque rupture des relations commerciales établies* », le chef de compétence juridictionnelle adéquat est celui désigné par l'art. 5-3 du règlement Bruxelles I (juridiction compétente en matière contractuelle).

En réalité, il semble que la rédaction de la clause attributive de juridiction soit déterminante pour couvrir ou non le cas de la rupture brutale de la relation commerciale. De ce fait, pour éviter tout problème par rapport au domaine d'application de la clause, il est

⁸⁸⁵ S'il existe des situations où une telle relation naît d'un contrat verbal (v. par exemple CA Toulouse, 2e ch., 1re sect., 13 mai 2009, JurisData n° 2009-377663), ou d'une succession de contrats ponctuels (CA Nancy, 2e ch. com., 10 mars 2004, JurisData n° 2004-246259).

⁸⁸⁶ En ce sens, « *La Cour de cassation a récemment interprété avec souplesse cette formule en admettant, sur le fondement de celle-ci, que l'acceptation peut résulter du silence circonstancié de la partie à laquelle la clause litigieuse a été opposée, dès lors qu'elle figure dans des documents échangés au cours de relations d'affaires continues et anciennes et qu'elle n'a jamais été contestée* », cf., Cass. 1re civ. 17 févr. 2010, D. 2010, AJ 588, obs. Delpech ; *RTD com.* 2010, p. 460, obs. Delebecque.

⁸⁸⁷ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11570, *CCC.*, 2012, n° 8, comm. 208, N. Mathey : « *La clause, qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits de rupture brutale partielle des relations commerciales établies entre les parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue* ».

⁸⁸⁸ Pour N. MATHEY, la sanction de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. sort « *du strict champ contractuel* » et sanctionne « *la violation d'une exigence légale d'ordre public* », méritant assurément son rattachement à la responsabilité délictuelle. V. aussi Cass. com., 18 janv. 2011, *CCC.* 2011, comm. 64, *préc.*

indispensable que la rédaction soit bien précise, ou que la clause attributive de juridiction soit assez large pour englober « *tous les litiges nés du contrat* », indépendamment de la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité engagée dans les affaires liées à la rupture du contrat. On relèvera que ce traitement est déjà réservé à la clause compromissoire, permettant aux arbitres de connaître des demandes délictuelles rattachées au contrat, si la clause compromissoire a été stipulée de manière à pouvoir englober de telles demandes⁸⁸⁹.

Certes, l'interprétation de la clause attributive de juridiction doit être en faveur de la volonté des parties et même si la Cour de cassation n'a pas véritablement tranché la solution sur la nature du domaine de la clause, nous préférons positionner le débat dans un cadre contractuel, car la clause d'élection de for est issue de la volonté des parties et est indépendante du contrat principal.

B- Des perturbations à la validité de la clause d'élection de for en raison de la compétence concurrente du juge brésilien

La position de la jurisprudence brésilienne quant à l'efficacité de la clause d'élection de for est très nuancée. Des décisions ont été rendues ces dernières années dans lesquelles la clause d'élection de for a parfois été frappée de nullité, dès lors que l'un des chefs de compétence énoncés aux art. 88 du CPC brésilien⁸⁹⁰ et 12 de la LINDB⁸⁹¹ s'appliquait. Ces dispositifs énoncent la compétence « *concurrente* » de la juridiction brésilienne, alors qu'une clause d'élection de for est stipulée dans le contrat⁸⁹².

Cette problématique est illustrée par une décision rendue par la cour d'appel de l'état de Rio Grande do Sul⁸⁹³ dans laquelle une société d'origine française, implantée dans les villes de Rio de Janeiro et Porto Alegre, est assignée par le tribunal de première instance de

⁸⁸⁹ Sur ce point, v. Cass. 1re civ. 22 octobre 2008, *préc.* V. également P. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 524. Ils écrivent à cet égard : « *Les arbitres retiendront leur compétence pour connaître de telles demandes lorsque les termes de la convention d'arbitrage sont suffisamment larges pour que l'on puisse constater la volonté des parties de les englober dans les différends susceptibles d'être tranchés en application de la clause prévue au contrat. Tel sera le cas par exemple lorsque la clause vise tous les différends susceptibles de s'élever « à l'occasion de l'exécution du présent contrat » ou « en relation avec le présent contrat ».*

⁸⁹⁰ Art. 88 : « *L'autorité judiciaire brésilienne est compétente lorsque : I- le défendeur, indépendamment de sa nationalité, soit domicilié au Brésil ; II- l'obligation doit être accomplie au Brésil ; III- l'action en justice est originaire d'un fait ou d'un acte pratiqué au Brésil. Paragraphe unique. Afin d'appliquer l'alinéa I, toutes les personnes morales étrangères seront réputées domiciliées au Brésil si des agences, filiales ou succursales sont ici implantées* » (notre traduction).

⁸⁹¹ Art. 12 : « *L'autorité judiciaire brésilienne est compétente lorsque le défendeur est domicilié au Brésil ou l'obligation doit être ici accomplie* » (notre traduction).

⁸⁹² N. de ARAUJO, *Direito Internacional Privado*, *Op. cit.*, p. 246 ; A. G. CARNEIRO, *Jurisdição e Competência*, 14e éd., São Paulo, Saraiva, 2005.

⁸⁹³ TJRS, AgIn n° 70023968704, *CMA CGM do Brasil Agencia Maritima LTDA c/ Big Dutchman Brasil LTDA*, Des. Rel. Judith dos Santos Mottecy, j. 05.06.2010.

Porto Alegre, dans le cadre d'une demande de dommages et intérêts introduite par une société brésilienne domiciliée à Porto Alegre. Le contrat de transport maritime avait été signé par les parties et stipulait qu'en cas de litige la juridiction de la ville de Marseille était compétente pour juger les différends nés du contrat. La société d'origine française a évoqué l'existence de la clause d'élection du for afin de soulever l'incompétence de la juridiction brésilienne.

Cependant, la cour d'appel a écarté les effets de ladite clause et justifié sa décision de conserver la compétence des juridictions brésiennes sur la base de l'art. 88, paragraphe unique du CPC brésilien⁸⁹⁴. Selon ce texte, la juridiction brésilienne est compétente dès lors que les personnes morales étrangères sont réputées domiciliées au Brésil « *si des agences, filiales ou succursales sont ici implantées* ». La cour d'appel fait ainsi valoir que la société d'origine française avait également une filiale dans la ville de Porto Alegre, ce qui autorisait la compétence de la justice brésilienne en vue de juger l'affaire.

Dans une autre décision relative à la demande d'indemnisation pour la rupture d'un contrat de distribution conclu entre une société brésilienne (distributeur) et une société anglaise (fournisseur), les parties avaient stipulé la compétence du tribunal anglais dans la convention de l'élection de for. Le Tribunal supérieur de justice a néanmoins écarté la clause attributive de juridiction puisque le contrat de distribution était exécuté au Brésil. Ainsi, en vertu de l'art. 88, § 2 du CPC brésilien la juridiction brésilienne était également compétente pour juger le litige⁸⁹⁵.

Il est intéressant de remarquer que dans le cadre d'un contrat de droit interne, contrairement au contrat international, les parties sont libres d'attribuer la compétence judiciaire à un tribunal dans le territoire brésilien. En effet, l'art. 111 du CPC brésilien prévoit que les parties peuvent choisir un for dans l'ordre interne pour les demandes relatives au droit des obligations⁸⁹⁶. A ce titre, le Tribunal supérieur de justice a rendu une décision confirmant l'efficacité de la clause de l'élection du for insérée dans un contrat de franchise interne⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ Art. 88 CPC brésilien: « *L'autorité judiciaire brésilienne est compétente lorsque : I- le défendeur, indépendamment de sa nationalité, soit domicilié au Brésil ; II- l'obligation doit être accomplie au Brésil ; III- l'action en justice est originaire d'un fait ou d'un acte pratiqué au Brésil. Paragraphe unique. Afin d'appliquer l'alinéa I, toutes les personnes morales étrangères seront réputées domiciliées au Brésil si des agences, filiales ou succursales sont ici implantées* » (notre traduction).

⁸⁹⁵ STJ, REsp n° 804.306, Min. Rel. Nancy Andriahi, j. 19.08.2008, DJ : 03.09.2008, LEXSTJ, vol. 230, p. 230.

⁸⁹⁶ Art. 111 du CPC brésilien: « *La compétence en raison de la matière et de l'hierarchie est irrévocable par convention entre les parties; mais ceux-ci peuvent modifier la compétence en raison de la valeur du litige et du territoire, choisissant le for où on proposera les actions fondées de droits et des obligations. § 1° Cependant, l'accord seulement produira des effets, s'il est écrit et déterminer expressément le negotium juridico (...)* ».

⁸⁹⁷ STJ, REsp n° 2004/0022012-9, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, j. 04.03.2010, Dj : 29.03.2010 : il s'agit d'une action en dommages et intérêts pour rupture du contrat d'un groupe de franchisés contre leur franchiseur, la Haute Juridiction brésilienne a énoncé que la clause d'élection de for était valable et, de ce fait, la juridiction

La position divergente de la jurisprudence brésilienne quant à la validité et l'efficacité de la clause d'élection de for dans les contrats interne et international se justifie grâce au principe de l'effectivité des règles de compétence concurrente en droit brésilien. Il est regrettable que cette position conservatrice et très peu adaptée aux besoins du commerce international puisse être soutenue par une doctrine qui considère que la compétence du juge brésilien ne peut pas être dérogée par la seule volonté des parties tout en étant la clause d'élection du for valable. Il s'agit ici de respecter la souveraineté de l'État, ayant édicté des lois considérées d'intérêt public⁸⁹⁸.

Néanmoins, il existe un récent précédent jurisprudentiel qui fait apparaître que la position de la jurisprudence brésilienne n'est pas encore définitive par rapport à la compétence concurrente. Dans un arrêt rendu en 2005, le Tribunal supérieur de justice a décidé de ne pas écarter la clause attributive de juridiction qui a choisi un tribunal étranger. Pour justifier sa décision de ne pas se déclarer compétente au visa de l'art. 88 du CPC brésilien, la Cour explique que « *le litige ne portait pas atteinte à l'ordre public brésilien* ». Ce qui veut dire que la prorogation de compétence ne portait pas atteinte aux « *règles qu'énoncent les principes indispensables à l'organisation de la vie en société, en conformité avec les préceptes du droit* ». C'est pour cela que la Cour a admis que la clause d'élection de for insérée dans le contrat international est licite au regard du droit brésilien. D'ailleurs, elle affirme encore que l'attribution de compétence à une juridiction étrangère ne devrait pas être limitée, sous peine de restreindre la capacité de conclure des accords internationaux avec d'autres pays, notamment à une époque où les « *contrats sont supranationaux* »⁸⁹⁹.

Nous approuvons cette jurisprudence qui démontre la volonté du Tribunal supérieur de justice de s'aligner sur les pratiques du commerce international. Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence de certains tribunaux ont également reconnu l'efficacité de la clause d'élection

de la ville de Brusque (État de Santa Catarina) était compétente. Les entreprises franchisées avaient saisi le tribunal de l'État de Alagoas, où elles avaient leur domicile sur le fondement que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion et, par conséquent, la juridiction compétente devrait être celle de la ville de Maceió (État d'Alagoas), lieu d'exécution du contrat. Elles affirment que la clause stipulant le for n'était pas clairement informée dans le contrat, ce qui constituait un manquement au principe de la bonne foi.

⁸⁹⁸ Selon C. BEVILACQUA (*Theoria Geral do Direito Civil*, Livraria Francisco Alves, 1951, p. 15) : « *les normes d'ordre public sont des règles qu'énoncent les principes indispensables à l'organisation de la vie en société, en conformité avec les préceptes du droit* ». C'est d'ailleurs la position d'une vaste doctrine qui défend l'application de l'art. 88 du CPC brésilien au détriment de la clause d'élection du for. A ce propos v. J.-I. G. FRANCESCHINI, « A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais », in J. Grandino Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 91-145 ; J.-I. B. MESQUITA, « Da Competência Internacional e dos Princípios que a informam », *Rev. de Proc.*, São Paulo, n° 50, p. 55.

⁸⁹⁹ STJ, REsp. n° 242.383, 21.03.2005, Min. Rel. Umberto Gomes de Barros et Min. Carlos Alberto Direito (vote), j. 03.02.2005, DJ : 21.03.2005, p. 360.

du for dans des litiges où les parties ont la libre disposition de leur droit⁹⁰⁰. Pour notre part, nous pensons que le seul moyen de donner une plus grande efficacité à la clause d'élection est l'adoption d'une règle à cet effet.

Section 2 - Le règlement du litige par voie arbitrale

Dans un « contexte de mondialisation poussant vers une libéralisation accrue des relations économiques internationales »⁹⁰¹, l'arbitrage se présente comme le mode courant de règlement des litiges. Son succès au Brésil⁹⁰² et en France est dû en grande partie à ses caractéristiques : sa rapidité⁹⁰³, sa confidentialité, la possibilité d'exécution de la sentence arbitrale dans différents pays et, enfin, la possibilité de choisir les personnes qui sont compétentes dans des domaines bien précis⁹⁰⁴.

La France, l'un des premiers États à adopter un droit de l'arbitrage⁹⁰⁵, en matière interne et internationale, réglementé par les art. 1442 et suivants du CPC français depuis 1981, vient de réformer et de moderniser encore plus ses règles applicables à l'arbitrage. Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage applicable en matière d'arbitrage interne et international est le résultat de la réflexion d'experts et d'une consolidation des acquis de la jurisprudence française depuis trente ans⁹⁰⁶. En fait, certains dispositifs ont été modernisés afin de les rendre plus accessibles aux praticiens étrangers ainsi

⁹⁰⁰ TJRS, AgIn. n° 2007.002.02431, Quinta Câmara Cível, j. 27.03.2007 : le défendeur a saisi la juridiction brésilienne après l'introduction de la demande par le requérant auprès de la juridiction étrangère (à Londres) en conformité avec les dispositions de la clause d'élection de for. En faveur de la prorogation de compétence, v. M. de NARDI, *Eleição de foro em contratos internacionais, uma visão brasileira*, mémoire présenté à l'UFGRS, 1999, p. 16.

⁹⁰¹ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Le droit international privé*, Collection Que sais-je?, PUF, 2009, p. 25. A. WALD, « A Evolução do Direito e a Arbitragem », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in Memoriam*, Atlas, 2007, p. 454-473.

⁹⁰² C. FRUTOS-PETERSON, *L'émergence de l'arbitrage de l'arbitrage international en Amérique Latine : l'efficacité de son droit*, L'Harmattan, 2003.

⁹⁰³ Cet avantage est particulièrement important s'agissant du Brésil où les longueurs du procès auprès des juridictions de l'État expliquent en partie son succès aujourd'hui. Cette rapidité est toutefois assez relative s'agissant de la France et des autres grands pays usagers de l'arbitrage (Angleterre, Suisse, États-Unis etc...). Cf. Chr. SERAGLINI, *Traité de Droit du Commerce International*, Litec, 2005, p. 851, N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5e éd, Oxford University Press, 2009, p. 34.

⁹⁰⁴ C'est le cas, par exemple, du choix des arbitres internationaux. En ce sens, v. S. M. F. LEMES, « Árbitro: o padrão de conduta ideal », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2e éd, São Paulo, LTr, 1999, p. 233-268 ; « Les arbitres internationaux », issu du Colloque organisé le 4 février 2005 par le Centre français de droit comparé, vol. 8, SLC, 2005.

⁹⁰⁵ Ph. FOUCHARD, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », *RIDC*, 1982, p. 29 et « La réforme de l'arbitrage international en France – Introduction: spécificité de l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1981, p. 449.

⁹⁰⁶ A propos du nouveau décret, v. E. GAILLARD, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, n° 3, p. 175-192 ; J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Chr. SARAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage - Arbitrage international - A propos du décret du 13 janvier 2011 », *JCP*, 2011, n° 16, 2011, p. 467. V. également le numéro spécial : « Réforme du droit français », *Cah. arb.* 2011/2, p. 263-398.

qu'aux besoins du commerce international. Comme l'indique M. Emmanuel Gaillard, les nouveaux dispositifs conservent les principes cardinaux de l'arbitrage déjà consacrés par l'ancien texte, à savoir : le principe de liberté contractuelle⁹⁰⁷ et le caractère universaliste de l'arbitrage⁹⁰⁸.

Au Brésil, la reconnaissance de l'arbitrage en tant que procédure juridictionnelle pour le règlement de conflits s'est concrétisée plus récemment avec l'adoption de la loi sur l'arbitrage en 1996 (Loi n° 9.307/96)⁹⁰⁹ qui s'inspire directement de la Convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales de 1958, de la Convention Interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1995, appelée également « Convention du Panama »⁹¹⁰, de la loi modèle UNCITRAL de 1985 et de la législation espagnole de 1988. Pour la doctrine brésilienne⁹¹¹, cette loi est un évènement important qui dote le Brésil d'un instrument juridique efficace qui favorise les échanges commerciaux.

Hormis la loi sur l'arbitrage de 1996, la jurisprudence brésilienne s'est caractérisée essentiellement par des jugements annulant des sentences arbitrales pendant les premières années de sa mise en œuvre⁹¹². Avant 2001, le caractère obligatoire de l'arbitrage au Brésil

⁹⁰⁷ Selon l'auteur, le principe de la liberté contractuelle se traduit par la possibilité octroyée aux parties et, à titre subsidiaire, aux arbitres, de choisir la loi de la procédure arbitrale comme elles l'entendaient, au besoin en choisissant une autre loi procédurale que la loi française. Elles pouvaient également choisir librement le droit en vertu duquel le ou les arbitres trancheraient le litige qui leur était soumis. Une telle liberté accordée aux parties mettait en place un régime de droit matériel de l'arbitrage. En d'autres termes, le décret, en écartant toute règle de nature conflictualiste, permettait à l'arbitrage de se développer « *dans l'espace interétatique, tout rattachement coupé avec toute législation étatique, sur le seul support de la volonté autonome des parties* » (cf. « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Op. cit.*, p. 176).

⁹⁰⁸ *Ibidem* : la conception universaliste du droit de l'arbitrage français permet que les principes applicables à tout arbitrage international soient appliqués aux arbitrages se déroulant à l'étranger. V. aussi E. GAILLARD, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international » *JDI* 2007, p. 8.

⁹⁰⁹ Cette loi est entrée en vigueur au Brésil le 22.11.1996, ci-après dénommé « LA ».

⁹¹⁰ Cette convention a été adoptée le 30.1.1975. Au Brésil, la convention est entrée en vigueur depuis le décret-législatif n° 90/95.

⁹¹¹ V. G.-F. SILVA SOARES, « A Arbitragem comercial internacional no Brasil no direito brasileiro, nos termos da Lei n° 9.307 de 23/09/1996 : alguns aspectos », *RFDUSP*, 2001, v. 96, p. 475-499 ; J. SAMTLEBEN, « Questões atuais da arbitragem comercial internacional no Brasil », *RT*, 1995, vol. 712, p. 51-65. V. aussi les publications récentes qui traitent de l'évolution du droit brésilien de l'arbitrage, notamment B. FAUVARQUE-COSSON et A. WALD, *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe siècle, Aspects de droit comparé*, Institut brésilien de droit comparé et Société de Législation Comparée, Paris, 2008 ; V. M. J. de FRADERA, « Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, comentários à Lei de Arbitragem », in C. L. Marques et N. de Araújo (coord.), *O Novo Direito Internacional, Estudos em homenagem à Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 403-422 ; A. SAMUEL, « Arbitragem comercial internacional », in C. L. Marques et N. de Araújo (coord.), *Op. cit.*, p. 357-402 ; L. GAMA e SOUSA Jr., *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 : Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

⁹¹² Selon A. WALD et P. SCHELLENBERG (« L'efficacité de la clause compromissoire au Brésil », *Rev. Arb.* 2000, p. 429-446, spéc. p. 432) : « *les sentences ne se voyaient octroyer l'exequatur qu'après de longues années de procédure, au cours de laquelle l'une des parties invoquait l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de la sentence arbitrale* ».

était relatif, même si le pays était signataire du Protocole de Genève de 1923⁹¹³. Grâce à cette convention internationale, la clause compromissoire insérée dans un contrat du commerce international autorisait les parties à soumettre leur différends à un tribunal arbitral, sans les obliger à conclure un compromis arbitral postérieurement⁹¹⁴.

En dépit de cette jurisprudence favorable à l'arbitrage, les tribunaux brésiliens ont continué à déclarer la nullité de clauses compromissoires quelques années plus tard⁹¹⁵. La difficulté consistait ici, comme l'a expliqué M. Carlos Nehring Neto, dans le fait que « *la clause compromissoire a été considérée au Brésil comme un simple pactum de contrahendo et, de ce fait, ignorée par les tribunaux étatiques lorsque l'une des parties optait pour la voie judiciaire plutôt que pour celle de l'arbitrage ad hoc ou institutionnel* »⁹¹⁶. En conséquence de quoi, systématiquement, la validité de la clause compromissoire était remise en cause par la jurisprudence brésilienne au motif que ces clauses étaient dépourvues d'effets juridiques et ne dérogeaient pas à la compétence des tribunaux brésiliens. L'insécurité juridique qui en découlait a été la cause principale du faible développement de l'arbitrage au Brésil. En effet, les parties brésiliennes s'opposaient fréquemment à l'insertion de clauses compromissoires dans leurs relations d'affaires, ce qui n'est pas passé inaperçu dans le cadre des rapports commerciaux internationaux⁹¹⁷.

Néanmoins, le problème de l'inconstitutionnalité de la clause compromissoire fut soulevé, par voie de question incidente à la Cour suprême brésilienne, à l'occasion de l'affaire

⁹¹³ Cette convention est entrée en vigueur en juin 1923. C'est le décret n° 21.187 de 22.03.1932.

⁹¹⁴ Un arrêt rendu dans l'affaire *Lloyd Brasileiro vs Ivarans Rederi* par le Tribunal Supérieur de Justice a énoncé que la distinction qui se fait en droit interne entre clause compromissoire et compromis arbitral ne présentait aucun intérêt vis-à-vis de l'arbitrage international. En effet, le tribunal avait qualifié cet arbitrage en tant qu'international en fonction de la finalité du contrat *sub judice* avant l'entrée en vigueur de la loi n° 9.307/96 (STJ, REsp n° 616-RJ, Rel. Min. Gueiros Leite, j. 24.04.1990, DJ 13.8.90, *RSTJ*, n° 37, p. 263-290 ; J. BOSCO LEE, « La reconnaissance de la clause compromissoire en droit brésilien », note sous Tribunal Supérieur de Justice du Brésil, 24 avril 1990, *Rev. Arb.*, 1995, p. 137). En outre, le tribunal a ajouté que les parties, ayant spontanément choisi l'arbitrage pour régler les différends nés de la relation contractuelle existante ne pouvaient alléguer la nullité de la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat, sous peine de violation du principe de la bonne foi (*cf.*, P. B. CASELLA, « Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes. Cláusula de arbitragem em contrato internacional », *RT/668*, 1991, vol. 80, p. 239-241). D'autres décisions évoquent l'application du Protocole de Genève afin de confirmer le choix de l'arbitrage effectué par les parties dès lors que la validité de la clause d'arbitrage est mise en cause. En ce sens, v. STJ, REsp. n° 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andriahi, Terceira Turma, j. 18.08.2005, DJ : 05.09.2005, p. 407.

⁹¹⁵ Le Tribunal supérieur de justice a déclaré que la clause compromissoire insérée dans le contrat conclu avant la LA était considérée comme une promesse de constitution d'un tribunal arbitral (STJ, REsp. n° 083.125-4/2, Rel. Min. Enio Santarelli Zuliani, j. 1.12.98, DJ : 02.02.1999).

⁹¹⁶ C. NEHRING NETTO, « L'arbitrage au Brésil - le passé, le présent et l'avenir », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 4, n° 2, 1993, p. 53.

⁹¹⁷ En ce sens, v. P. B. CASELLA, « Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no MERCOSUL e o direito brasileiro », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2e éd, São Paulo, LTr, 1999, p. 497-514.

concernant l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère⁹¹⁸ rendue en Espagne dans le cadre d'un arbitrage effectué entre une société suisse (*MBV Commercial*) et une société brésilienne (*Resil Indústria e Comércio Ltda*) en 1995. La Cour suprême a enfin jugé que la clause compromissoire insérée dans un contrat international n'était pas inconstitutionnelle et, de ce fait, qu'elle était valable. Ce *favor arbitrandum*⁹¹⁹ répond en effet aux besoins des affaires et des opérateurs brésiliens du commerce international. C'est pourquoi la jurisprudence et, dans une moindre mesure, le législateur, s'efforcent de conférer à l'arbitrage, et en particulier à la convention d'arbitrage, une plus grande efficacité⁹²⁰.

Au Brésil, les principaux textes régissant l'arbitrage sont la loi brésilienne sur l'arbitrage de 1996 et la Convention de New York de 1958, ratifiée par le Brésil en 2002. Ces instruments renforcent la confiance des opérateurs du commerce international et accentuent « l'internationalisation irréversible du droit et la quête d'insertion du Brésil dans ce phénomène »⁹²¹. Dans le cadre du Mercosur, le Brésil a également signé l'Accord sur l'arbitrage commercial international souscrit à Buenos Aires le 23 juillet 1998⁹²² dont le principal objectif est de moderniser le droit à l'arbitrage commercial et de favoriser l'utilisation de l'arbitrage comme mode de règlement des différends dans le commerce entre les États membres.

⁹¹⁸ STJ, Ag Regimental na SE n° 5.206-7 – Espagne, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ : 30.04.2004. Sur cette décision, v. J. BOSCO LEE, « La constitutionnalité et l'efficacité de la clause compromissoire en droit brésilien », *Rev. arb.*, 2003, p. 529.

⁹¹⁹ B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994, p. 899.

⁹²⁰ Au fil des années, les tribunaux brésiliens ont adopté un comportement plutôt favorable à l'arbitrage, à la lumière de la jurisprudence française. Sur ce point, v. les arrêts suivants : TJPR, AgIn. n° 142.683-1, rel. Des. Leonardo Lustosa, j. 28.06.2003, *RDBMCA*, v. 21, 2003, p. 421-422 ; Décima Sexta Vara Cível Central da Capital do Estado de São Paulo, Demande d'annulation de l'efficacité de la clause d'arbitrage, Juiz : Alexandre Lazzarini, j. 03.06.2002, *Cadernos Jurídicos*, v. 14, 2003, p. 53-57 ; V. aussi S. M. F. LEMES, à propos de la clause d'arbitrage interprétée selon le principe de la bonne foi du NCCB et TJSP, AgIn n° 124.217.4/0, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j.16.09.1999, *cf.*, « Arbitragem e a Jurisprudência Paulista », *RAM*, 2006, n. 9, p. 306 et s.

⁹²¹ P. B. CASELLA évoque la problématique concernant l'application des conventions internationales ratifiées par le Brésil dans l'ordre juridique interne (*cf.*, « Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e Relações entre Direito Internacional e Direito Interno », *Op. cit.*, p. 23 ; V. aussi A. WALD, « A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro », *RMA*, 2008, n° 18, p. 15 et s.

⁹²² Il faut rappeler que les pays du Mercosur (l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay) ont approuvé l'Accord sur l'arbitrage commercial international du Mercosur dénommé Accord de Buenos Aires du 12 juin 1998, en vigueur depuis le 9 septembre 2003. Pour une analyse de l'Accord de Buenos Aires, v. J. BOSCO LEE, « L'arbitrage commercial international dans le Mercosur : l'Accord de Buenos Aires de 1998 », *Rev. arb.*, 2004, p. 565 ; « Arbitragem comercial internacional no Mercosul: o Acordo de Buenos Aires de 1998 », *Anuário Brasil Europa 2002 – Solução de Controvérsias, Arbitragem Comercial e Propriedade Intelectual*, W. Hofmeister and F. Trein eds., Fundação Konrad Adenauer, 2003. V. également quelques aspects relatifs à l'arbitrage dans les pays de l'Amérique Latine: F. MANTILLA SERRANO, « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récentes) », *Rev. arb.*, 2005, p. 561-602.

A propos de la loi brésilienne sur l'arbitrage de 1996, il est important de souligner que l'arbitrage dit « international » n'a pas la même signification qu'en droit français. Ce dernier considère comme étant international, l'arbitrage « *qui met en cause des intérêts du commerce international* » (art. 1504 du CPC français)⁹²³. Le critère économique privilégié en droit français est également consacré par la jurisprudence dans l'arrêt *Hecht*⁹²⁴, selon lequel l'internationalité de l'arbitrage est déterminée en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre⁹²⁵. Il se trouve donc qu'en droit français, il existe deux réglementations spécifiques : l'une pour l'arbitrage interne et l'autre pour l'arbitrage international⁹²⁶.

Toutefois, la législation brésilienne ne fait allusion à un critère économique afin d'établir une différence entre l'arbitrage interne ou international⁹²⁷. Le critère adopté est celui qui dispose qu'un arbitrage est international dès lors que la sentence arbitrale est rendue en dehors du territoire brésilien (art. 34, paragraphe unique, LA)⁹²⁸. À l'inverse, l'arbitrage est interne si la sentence arbitrale est rendue au Brésil, indépendamment de la nationalité ou du domicile des parties, de la *lex contractus*, ou du fait de l'existence d'un contrat

⁹²³ Il s'agit de l'ancien art. 1492 NCPC français. V. Ph. FOUCHARD, « La réforme du droit de l'arbitrage international: la spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, p. 449; B. GOLDMAN, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, p. 469. En ce sens, le droit portugais de l'arbitrage a également adopté le critère économique du droit français en vertu de la loi n° 31/86, art. 32° et 35°. A ce propos, v. I. STRENGER, *Arbitragem Comercial Internacional*, *Op. cit.*, p. 125 et s.

⁹²⁴ Cass. 1re civ. 4 juillet 1972, *JDI* 1972, p. 843, n. B. Opettit; *RCDIP*, 1974, p. 82, n. P. Level; *Rev. arb.* 1974, p. 89. Plus récemment, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans lequel elle annonce que « *l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État* » (Cass. 1re civ. 26 janv. 2011, n° 09-10.198 (n° 71 FS-P+B+I)).

⁹²⁵ Comme l'indique Cl. WITZ (L'internationalité et le contrat », in *Internationalité, bilan et perspectives*, *Supplém. de la RLDA*, fev. 2002, n° 46, étude n° 2979, p. 59-66, spéc. p. 65) : « *ce n'est pas l'arbitrage lui-même, mais l'opération litigieuse elle-même, qui peut mettre en jeu les intérêts du commerce international* ».

⁹²⁶ Pour une proposition en sens contraire, v. P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et international? », *Rev. Arb.*, 2005, p. 361.

⁹²⁷ En ce sens, v. P. B. CASELLA, « Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no MERCOSUL e o direito brasileiro », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, *Op. cit.*, p. 499 et s.

⁹²⁸ L. da GAMA SOUZA JR., « Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2e éd., São Paulo, LTr, 1999, p. 406-425.

international⁹²⁹. Le critère territorial est donc adopté par la jurisprudence brésilienne afin de déterminer la nationalité de la sentence arbitrale⁹³⁰.

Face à ces observations générales sur l'état de l'arbitrage en droits français et brésilien, nous pouvons dorénavant envisager que le litige né du contrat international de distribution peut être susceptible d'un arbitrage. De sorte qu'il conviendra, d'abord, de déterminer la compétence du tribunal arbitral pour trancher des litiges relatifs à la rupture du contrat de distribution (§1) et, ensuite, de vérifier s'il existe des limites à la compétence des arbitres (§2).

§ 1- La compétence du tribunal arbitral pour trancher les litiges relatifs à la rupture abusive du contrat international de distribution

Deux principes essentiels de l'arbitrage commercial international ont pour objectif commun d'assurer à la convention d'arbitrage la plus grande efficacité. Il s'agit de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle figure et, de manière corollaire, l'arbitre est juge de sa propre compétence, de sorte que les juridictions étatiques saisies d'une contestation relative à l'application d'une clause compromissoire ne peuvent écarter la compétence de l'arbitre que si la clause est manifestement nulle ou inapplicable.

A propos de l'autonomie de la convention d'arbitrage, la jurisprudence française a posé le principe de la séparabilité ou de l'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal en matière d'arbitrage international⁹³¹. Ainsi, les événements susceptibles d'affecter l'existence de la convention principale (nullité, résolution, résiliation) n'ont aucune

⁹²⁹ A. WALD, « Le droit brésilien de l'arbitrage », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2007, spéc. p. 420 et 421. Selon l'auteur, cette solution est critiquable. A cet égard, il cite Cláudio Viana de Lima qui évoque un exemple qui démontre l'incohérence de la solution brésilienne : lors d'une situation où la sentence arbitrale rendue à l'étranger ayant pour base un contrat signé au Brésil par des parties brésiennes, régi par la loi brésilienne et dont l'exécution aurait lieu au Brésil, est considérée comme étant étrangère. En revanche, un autre auteur estime que la solution est très satisfaisante (cf., C.-A. CARMONA, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*, *Op. cit.*, p. 282).

⁹³⁰ STJ, REsp. n° 1231554 /RJ, 2011/0006426-8, Min. Rel. Nancy Andrichi, j. 24.05.11, DJ : 01.06.2011, RB vol. 572, p. 48 : le tribunal a affirmé qu'il s'agissait d'une sentence arbitrale interne, en dépit de l'existence d'un contrat international. La sentence a été rendue à la ville de Rio de Janeiro et, de ce fait, il n'était pas nécessaire d'introduire une demande d'homologation de sentence arbitrale étrangère. La procédure appropriée, dans ce cas, est une mesure exécutoire prévue à l'art. 475-N, IV du CPC brésilien et l'art. 31 de la LA. V. aussi J. BOSCO LEE et E. WENDRAP, « La confirmation du critère territorial pour déterminer la nationalité d'une sentence arbitrale au Brésil, sur l'arrêt récent du 3 février 2011 », *Nuovo Pignone, Cah. arb.*, 2012/4, p. 973-982.

⁹³¹ Cass. com., 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, II, 13 405, n. Goldman ; *RCDIP* 1963, n. Moltusky ; *JDI* 1964, p. 82, n. Bredin ; *D.* 1963, jurispr. p. 545, n. J. Robert.

incidence sur l'existence de la clause compromissoire⁹³². La Cour de cassation ajoute à ces événements l'inexistence du contrat principal⁹³³. Ce principe est également consolidé dans la loi. En effet, en droit français de l'arbitrage interne et international, l'art. 1447 du CPC français énonce le principe d'indépendance de la convention d'arbitrage en relation au contrat principal⁹³⁴.

En droit brésilien, l'art. 8 LA consacre le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage⁹³⁵. Ce principe est conforté par l'art. 4, §1° LA qui prévoit que la clause compromissoire peut être rédigée dans le contrat principal ou dans un document séparé⁹³⁶. Ainsi, la nullité du contrat principal n'affectera pas la validité de la convention d'arbitrage, puisque l'autonomie de la convention permet de l'immuniser contre les causes de nullité⁹³⁷. Or, le droit d'action est autonome par rapport aux droits substantiels qui découlent du contrat principal⁹³⁸.

Il est important de noter que l'analyse de la validité de la convention d'arbitrage appartient à l'arbitre. Prioritairement, l'arbitre doit se prononcer sur sa propre investiture grâce au principe « *compétence-compétence* »⁹³⁹ qui a été consacré par la jurisprudence française depuis de nombreuses années⁹⁴⁰. Ce principe interdit au juge étatique de connaître à

⁹³² Cass. com., 1re civ. 10 juill. 1990, *JDI*, 1992, p. 168, n. E. Loquin : dans l'arrêt *Cassia*, la Cour tente d'empêcher que la nullité du contrat principal puisse maculer la clause compromissoire insérée dans le contrat.

⁹³³ Cass. 1re civ. 25 oct. 2005, *D.* 2005, Pan. 2005, p. 3052, n. Thomas Clay ; *D.* 2006, p. 199, avis J. Sainte-Rose ; *Rev. arb.*, 2006, p. 103, n. J.-B. Racine ; *JDI* 2006, p. 996, n. F.-X. Train.

⁹³⁴ Selon le nouvel art. 1506, l'art. 1447 s'applique à l'arbitrage international si les parties n'ont pas convenues autrement. V. aussi J.-B. RACINE, « Convention d'arbitrage », *J.-Cl.*, fasc., 191, n° 11.

⁹³⁵ Art. 8 LA : « *La clause compromissoire est autonome en relation au contrat dans lequel est insérée, de ce fait, la nullité de ce dernier n'implique pas, nécessairement, dans la nullité de la clause compromissoire* » (notre traduction).

⁹³⁶ C.-A. CARMONA, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*, *Op. cit.*, p. 173.

⁹³⁷ V. J. BOSCO LEE, « Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil », *Rev. arb.*, 1997, p. 199-228, spéc. p. 204.

⁹³⁸ En ce sens, v. le *leading case* en matière de séparabilité *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 (1967), cité par F. MOROSINI, « A Arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos », *RT/95*, 2006, v. 851, p. 63-85, spéc. p. 77. V. aussi la critique de P. MAYER, « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1998, p. 359 et s.

⁹³⁹ L'expression en portugais « *competência-competência* » ou en français « *compétence-compétence* » est dérivée de l'expression en langue allemande « *Kompetenz-Kompetenz* » originaire du droit de la procédure, qui consiste à dire que seul le juge peut décider de sa propre compétence pour apprécier une action qui lui est soumise. A ce propos, v. P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADIP*, t. 217, (1989-V), p. 323 et s. et Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 409.

⁹⁴⁰ Cass. 1re civ. 5 janv. 1999, *Zanzi*, *Rev. Arb.*, 1999, p. 206, n. P. Fouchard ; *RCDIP*, 1999, p. 548, n. Bureau ; *JDI* 1999, p. 784, n. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin). Un tel principe a été plusieurs fois réaffirmé par la même Cour (Cass. 1re civ. 7 juin 2006, *JurisData* n° 2006-033852 ; *JDI* 2006, p. 1384, n. A. Moure ; *JCP E* 2006, 2784, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, n. E. Gaillard. – Cass. 1re civ. 11 juill. 2006, *JurisData* n° 2006-034549 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 981 ; *JCP G* 2006, II, 10182, n. P. Caillé ; Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *JurisData* n° 2006-036024 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 1086). A propos d'un arbitrage interne relativement au respect du principe compétence-compétence, v. l'arrêt : Cass. 1re civ. 6 oct. 2010, n° 09-68.731, *Sté Blonde d'Aquitaine*, *JurisData* n° 2010-017795 ; *JCP E*, 2010, 1983.

titre principal du contentieux de la clause et de connaître le fond du litige, sauf clause manifestement nulle ou manifestement inapplicable seules les situations permettant d'écarter le principe compétence-compétence⁹⁴¹.

En droit brésilien, le principe compétence-compétence est prévu à l'art. 8, paragraphe unique LA. Ce texte détermine que seul l'arbitre est compétent pour déclarer, d'office ou à la demande des parties, si la clause compromissoire insérée dans le contrat principal est valable et efficace⁹⁴². Il s'agit ainsi de « *l'effet positif* » de la convention d'arbitrage qui attribue la compétence au tribunal arbitral pour décider de sa propre compétence⁹⁴³. En ces termes, les arbitres sont compétents pour apprécier la validité de la clause et ses effets dès lors que la clause compromissoire est complète⁹⁴⁴. A ce titre, la jurisprudence brésilienne donne un exemple de l'application du principe compétence-compétence dans une affaire relative à la résiliation unilatérale de plusieurs contrats de concession dans le secteur automobile conclu entre la société française *Renault* (concedant) et la société brésilienne *CAOA* (concessionnaire). En l'espèce, les parties avaient stipulé une clause compromissoire en faveur d'un arbitrage selon le règlement de la Chambre de Commerce Internationale⁹⁴⁵ que le concessionnaire avait tenté par tous les moyens d'annuler à travers la saisine d'un tribunal brésilien. La cour d'appel de l'État de São Paulo a toutefois énoncé que la clause compromissoire insérée dans le contrat était valable et, par conséquent, que le tribunal dispensait les parties de conclure un compromis d'arbitrage. De sorte que la cour d'appel s'est déclarée incompétente pour juger l'affaire⁹⁴⁶.

⁹⁴¹ A titre d'exemple voir l'arrêt : Cass. 1re civ. 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Copropriété maritime Jules Verne*, *JCP G* 2006, I, 187, n° 7 et s., obs. Ch. Seraglini.

⁹⁴² Avant la loi sur l'arbitrage de 1996, la doctrine brésilienne n'admettait pas le principe compétence-compétence, faute de prévision légale (C.-A. CARMONA, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*, *Op. cit.*, p. 176 et s.).

⁹⁴³ L'effet positif consiste dans l'obligation des parties de respecter l'engagement réalisé en vertu du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. V. R. G. da FONSECA, « O Princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira », *RMA*, 2006, n° 9, p. 282. On retrouve également les effets de la convention d'arbitrage à l'art. II, 3 de la Convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales en vigueur en France et au Brésil, qui détermine au juge étatique d'envoyer les parties à la juridiction arbitrale en présence d'une convention d'arbitrage valable. Cette règle, selon A. J. van den BERG, peut être considérée comme une règle internationale uniforme en raison du caractère obligatoire du renvoi du juge étatique à l'arbitre (*ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, v. 28, 2003, Kluwer Law International, p. 615). V. également du même auteur « L'arbitrage commercial en Amérique Latine », *Rev. Arb.*, 1979, p. 123.

⁹⁴⁴ La convention d'arbitrage est complète si elle indique que litige sera soumis à une institution d'arbitrage et à ses règles, sans que le juge étatique soit appelé à la compléter.

⁹⁴⁵ V. les commentaires de A. WALD, *RDBMCA*, 2000, n° 07, p. 336-347 et J. BOSCO LEE, *RAM*, n. 5, 2005, p.159-163 sur l'affaire « *O caso CAO A v. Renault* ». V. aussi les arrêts publiées dans les revues suivantes : *RBAr*, n. 3, 2004, p. 134-143 ; *RDBMCA*, n. 21, 2003, p. 409-420 ; *RDBMCA*, n. 16, 2002.

⁹⁴⁶ Selon B. ANCEL, l'effet négatif du principe compétence-compétence est destiné au juge, qui doit s'abstenir de reconnaître sa compétence avant l'arbitre, (*cf.*, « O controle da validade da Convenção de Arbitragem: o Efeito Negativo da "Competência-Competência" », *RBAr*, 2005, n° 6, p. 52-64, spéc. p. 55).

Outre ces observations d'ordre général, il sera opportun de vérifier si la convention d'arbitrage doit respecter des règles spécifiques dans le cadre d'un contrat international de distribution (**A**), avant de vérifier la question de l'arbitrabilité du litige (**B**). Ces conditions sont indispensables pour la détermination de la compétence du tribunal arbitral.

A- Au regard de la convention d'arbitrage

Tant en droit français⁹⁴⁷ qu'en droit brésilien⁹⁴⁸, la convention d'arbitrage peut être soit une clause compromissoire, incluse par avance dans le contrat, évitant ainsi que les litiges présents et futurs issus d'une relation contractuelle soient soumis à un juge étatique ; soit un compromis d'arbitrage, acte distinct qui sera seulement conclu lorsque le différend apparaît. La différence essentielle entre les deux conventions « *est donc le moment où elles sont élaborées par rapport au moment de la naissance du litige* »⁹⁴⁹.

Dans le cadre d'un arbitrage international en droit français, les différences entre la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage sont encore plus atténuées. En général, les conditions de validation notamment de la clause compromissoire internationale sont plus larges qu'en droit interne. En effet, aucune forme particulière n'est requise pour la clause compromissoire internationale selon les art. 1507 et 1508 du CPC français. Le principe est celui du consensualisme⁹⁵⁰. Le but est de protéger la clause d'arbitrage contre toute cause d'inefficacité issue de prescriptions formelles. Une convention d'arbitrage orale est donc théoriquement admissible, même si elle n'est pas recommandable au nom de la sécurité juridique⁹⁵¹. *A contrario*, dans l'arbitrage commercial international, le principe de l'autonomie de la volonté offre la possibilité d'un plus ample accès à la procédure⁹⁵². Dans cette optique, la convention d'arbitrage obéit à un principe d'autonomie qui dispense de toute

⁹⁴⁷ Art. 1442 du CPC français relatif à l'arbitrage interne.

⁹⁴⁸ Art. 3° LA : « *Les parties peuvent soumettre à l'arbitrage leurs litiges à travers une convention d'arbitrage qui peut être une clause compromissoire ou un compromis arbitral* » (notre traduction).

⁹⁴⁹ M.-L. NIBOYET et G. G. de La PRADELLE, *Op. cit.*, p. 323.

⁹⁵⁰ Le formalisme est alors « *condamné* » dans ce domaine selon Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, (*Traité de l'arbitrage commercial international, Op. cit.*, p. 387). La jurisprudence est même allée jusqu'à affirmer une règle matérielle selon laquelle « *la convention d'arbitrage internationale n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties* » (CA Paris, 24 févr. 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 210).

⁹⁵¹ En principe, la forme de la clause compromissoire est libre, mais dans le commerce international, elle sera souvent écrite. La Cour de cassation a jugé que la « *clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence* » (Cass. 1re civ. 3 juin 1997, *Prodexport, RCDIP* 1999, p. 92, n. P. Mayer).

⁹⁵² J.-P. ANCEL, « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire* », *CFDIP*, années 1991-1992 et 1992-1993, p. 82.

forme de contrainte⁹⁵³. Il s'agit d'un système de régime très libéral de la convention d'arbitrage qui permet de dire que le droit français fait « *cavalier seul à cet égard* »⁹⁵⁴.

En revanche, le droit brésilien de l'arbitrage impose des règles de forme à la clause compromissoire sous peine de nullité. L'art. 4, §1^{er} détermine que la clause compromissoire doit être écrite⁹⁵⁵. La doctrine considère que cette exigence « *nécessite une interprétation libérale* »⁹⁵⁶, comme celle donnée par la jurisprudence qui accepte l'existence d'un écrit en dehors du contrat. De plus, l'art. 9 LA prévoit les conditions de conclusion d'un compromis arbitral. Le compromis peut être signé devant le juge d'appui (§ 1^o) ou les parties peuvent le conclure en tant qu'acte sous seing privé, avec la signature de deux témoins ou par le biais d'un acte public devant le notaire (§ 2^o)⁹⁵⁷.

Il apparaît que libéralisme et souplesse, prédominant en droit français de l'arbitrage international, n'ont pas la même intensité en droit brésilien de l'arbitrage, puisque la législation brésilienne impose des conditions restrictives de validité pour les conventions arbitrales⁹⁵⁸. Dans le cadre du contrat de distribution, il sera intéressant de vérifier si l'accord compromissoire doit obligatoirement remplir d'autres conditions de validité en tenant compte

⁹⁵³ En ce sens, v. sentence arbitrale CCI rendue dans une affaire n° 8.606 (cf. C. Q. C. TRUONG, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Op. cit., p. 96), dans le cadre de la rupture d'un contrat de distribution, produits cosmétiques conclu entre un distributeur libanais et un concédant français. En espèce, le contrat a été résilié par le concédant sur l'allégation que le distributeur n'avait pas atteint le chiffre d'affaires contractuel convenu et qu'il aurait en outre violé l'obligation de non-concurrence. L'arbitre s'est prononcé préalablement sur la validité de la clause compromissoire en raison du caractère d'ordre public de l'art. 5 du décret-loi de 1967 soulevé par le concédant. L'arbitre a justifié sa compétence faisant « *prévaloir la règle d'autonomie de la clause compromissoire consacrée en droit international privé (...)* ». Cette solution reçoit l'acceptation très large de la doctrine, qui admet que « *la mise à l'écart du mécanisme conflictuel dans le cadre d'un arbitrage international se déroulant en France est plutôt une règle de droit français qu'une règle supra-nationale* ». Par conséquent, il n'y a plus lieu de rechercher quelle est la loi (française ou étrangère) applicable à la convention. L'objectif est d'immuniser la convention d'arbitrage contre toute cause d'invalidité ou d'inefficacité pouvant éventuellement provenir de lois étatiques, telles que le droit français interne. V. aussi, A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2005, p. 3.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

⁹⁵⁵ L'art. 4 LA définit la clause compromissoire comme étant la convention par laquelle les parties à un contrat conviennent de soumettre à l'arbitrage les litiges pouvant découler de ce dernier. Le §1 de cette disposition pose une exigence formelle : la convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite, soit dans le contrat, soit dans un document séparé y faisant référence. Lorsque la clause compromissoire est insérée dans un contrat d'adhésion, l'art. 4, §2 exige en plus que la clause soit mise en évidence par des procédés typographiques et qu'elle fasse l'objet d'une signature *ad hoc* du consommateur. V. encore J. BOSCO LEE, « La reconnaissance de la clause compromissoire en droit brésilien », n. sous Tribunal supérieur de justice au Brésil, 24 avril 1990, *Rev. arb.*, 1995, p. 137.

⁹⁵⁶ J. BOSCO LEE et E. WENDRAP, « Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil », Op. cit., p. 202 et 203. V. TJDF, AgIn n° 1999.00.2.001609-5, Rel. Des. Vera Andrighi, j. 25.10.1999 : selon le juge rapporteur de cette décision, la « loi sur l'arbitrage exige que la clause soit écrite, pouvant être insérée ou non dans le contrat ».

⁹⁵⁷ V. C.-A. CARMONA, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*, Op. cit., p. 190 et s.

⁹⁵⁸ J. DOLINGER et C. TIBURCIO, *Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 131 et s.

des spécificités du contrat-cadre de distribution en droit français (1) et, ensuite, du contrat d'adhésion en droit brésilien (2).

1- Dans le contrat-cadre de distribution en droit français

Nous savons qu'aucune forme particulière n'est exigée pour que la convention d'arbitrage international soit valable à l'égard du contrat international de distribution en droit français. Mais il est indispensable que les parties aient consenti à la clause d'arbitrage. Outre la question de la forme de la clause compromissoire qui dispense des formalités, la question concernant la localisation de la clause et ses effets à l'égard du contrat-cadre et du contrat d'application méritent d'être ici évoquées.

La première hypothèse d'appréciation est celle où les parties prévoient une clause compromissoire pour régler tous les litiges à venir. Si la clause compromissoire concerne le contrat-cadre et fait référence aux contrats d'application de forme expresse, elle « *sera en quelque sorte une clause-cadre pour les contrats d'application* »⁹⁵⁹. L'acceptation de l'arbitrage se fait implicitement à l'égard des contrats de vente successives, si l'autre partie n'indique pas son désaccord à propos de la procédure. En tout cas, il faut tenir compte qu'il sera encore possible à la partie à laquelle la clause est opposée d'y renoncer ou de la modifier pour désigner un autre tribunal arbitral par exemple⁹⁶⁰.

La seconde hypothèse est celle consistant à insérer une clause compromissoire dans le contrat-cadre sans préciser qu'elle régit également les litiges relatifs aux contrats d'application. Pourrions-nous soutenir que l'acceptation de la clause compromissoire dans le contrat-cadre vaut également pour le contrat d'application ? Sur la base de l'analyse et de l'interprétation des conventions, l'affaire *Kis France contre. Société Générale*⁹⁶¹ nous apporte une réponse positive permettant de justifier l'extension de la clause compromissoire, dès lors que les contrats d'application se réfèrent soit au contrat-cadre, soit à la clause par référence

⁹⁵⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 378.

⁹⁶⁰ Nous déconseillons cependant qu'une clause d'élection du for à un juge étatique soit établie, si la clause compromissoire n'a été encore dénoncée, sous peine de voir la question soumise au juge d'appui (art. 1460 du CPC français). Par application du principe compétence-compétence, le juge ne prononcera pas sur la validité de la clause compromissoire. Le juge vient « *parfaire une clause d'arbitrage incomplète ou surmonter le refus de l'une des parties en général le défendeur* », cf., O. CACHARD, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2011, p. 513 et s.

⁹⁶¹ CA Paris, 31 oct. 1989, *Rev. arb.* 1992, n. D. Cohen, p. 90 : « *dans cette affaire, la société mère du groupe a signé avec son cocontractant une convention cadre dans laquelle elle déclarait agir au nom et pour le compte de ces filiales. En application de cette convention les filiales avaient traité avec le cocontractant dans des conventions qui se référaient au contrat cadre. Statuant par une sentence du 27 janvier 1989, le tribunal arbitral a admis sur le fondement du contrat cadre d'étendre l'application de la convention d'arbitrage aux filiales* ». V. aussi D. COHEN, « Arbitrage et groupe de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471.

écrite. Cette solution s’aligne *mutatis mutandis* sur une autre décision rendue par la Cour de cassation, dans une affaire relative à l’extension de la clause d’arbitrage insérée dans un contrat de collaboration (contrat principal) en faveur des contrats de fourniture subséquents. La Cour affirme en l’espèce que l’« *appréciation souveraine de la clause d’arbitrage dont les termes très généraux imposait l’interprétation, a estimé que les deux contrats étant indissociables en vue d’assurer la viabilité économique de l’opération et que la soumission à l’arbitrage concernait tous les litiges et divergences pouvant naître du contrat de coopération ou en liaison avec celui-ci, comme l’était le contrat de fourniture, de sorte que la clause compromissoire était tacitement mais nécessairement incluse dans le contrat n° 1* »⁹⁶².

Nous savons par exemple qu’en matière de cession de contrats, la transmission de la clause compromissoire est présumée acceptée par le concessionnaire⁹⁶³. La Cour de cassation a d’ailleurs affirmé « *qu’en matière internationale, la clause d’arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* »⁹⁶⁴. En tout état de cause, il appartient aux arbitres de décider si la clause compromissoire peut être étendue aux contrats d’application à partir d’une « *analyse positive de la volonté des parties* »⁹⁶⁵, comme dans le cadre de la transmission de contrats.

La troisième hypothèse se réfère à l’existence d’une clause compromissoire insérée uniquement dans le contrat d’application. Serait-il possible dans ce cas d’étendre les effets de la clause d’arbitrage au contrat-cadre qui n’a rien prévu au niveau de la juridiction compétente ? Pour certains auteurs, la clause compromissoire est spécifique au contrat d’application et à « *lui seul* »⁹⁶⁶.

Nous pensons néanmoins qu’il est essentiel de vérifier l’existence d’un consentement à la clause d’arbitrage qui se traduit par la connaissance de la clause compromissoire d’une part, et l’acceptation de la référence d’autre part. En ce sens, l’affaire *Bomar Oil* a mis en exergue la question concernant la validité dans l’arbitrage international de la clause compromissoire par référence. Cet arrêt énonce clairement que la clause est complètement indépendante du

⁹⁶² Cass. 1re civ. 30 mars 2004, n° 01-14311, *JCP*, 11, 10132, n. Chabot.

⁹⁶³ Selon Ph. Fouchard et alli: « *l’acceptation de la cession du contrat qui contient une clause compromissoire – ou qui a fait l’objet d’un compromis dont le cessionnaire a connaissance – laisse penser, à défaut d’indications précises en sens contraire, que le cessionnaire a accepté la convention sous toutes ses modalités, dont celles qui concernent le règlement d’éventuels litiges (...)* », cf., *On International Commercial Arbitration, Op. cit.*, n° 712. En ce sens, v. Cass. 1re civ. janv. 1999 et 19 oct. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 85, n. D. Cohen.

⁹⁶⁴ Cass. 1re civ. 28 mai 2002, n° 99-10471 et 00-12144, *RCDIP* 2002/4, p. 759, n. Coipel-Cordonnier.

⁹⁶⁵ C. Q. C. TRUONG, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI, Op. cit.*, p. 39.

⁹⁶⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 380.

contrat principal et, de ce fait, elle peut être valable si stipulée dans « *les conditions générales de vente, ou dans un contrat-type, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* »⁹⁶⁷. Il suffit que la partie à laquelle la clause sera opposée soit informée de l'existence de la clause compromissoire au moment de la conclusion du contrat principal.

Il ressort donc de la décision que la première condition est liée à la connaissance de la clause compromissoire, celle-ci s'appréciant au moment de la conclusion du contrat principal. Cette condition est appliquée de manière souple en jurisprudence. Dans certains cas, la clause compromissoire est censée être connue des parties. Elle est alors valable quand bien même le document de référence la contenant n'aurait pas été matériellement transmis à la partie à qui la clause est opposée. Il en va ainsi lorsque la stipulation d'une clause d'arbitrage peut être qualifiée d'usage du commerce⁹⁶⁸.

Il nous semble toutefois que dans le cadre des accords de concession et de franchise, l'unité économique de l'opération constituée par le contrat-cadre et des contrats d'application justifierait l'extension de la clause compromissoire au contrat-cadre. Encore une fois, cette interprétation dépendra des arbitres qui pourront concevoir que les deux contrats sont indissociables en vue d'assurer la viabilité économique de l'opération. Ceci paraît être un argument valable qui permettra de soumettre à l'arbitrage des litiges pouvant naître du contrat-cadre ou en liaison avec celui-ci.

2- Dans le contrat d'adhésion en droit brésilien

En droit interne brésilien, le contrat de distribution est très fréquemment qualifié de « contrat d'adhésion » et, dans ce cas, il est soumis à l'application des art. 423 et 424 du NCCB. Nous rappelons que ces textes de droit matériel prévoient une interprétation des clauses contractuelles plus favorable à l'adhérent, afin d'écartier toute clause abusive du contrat éventuellement imposée au partenaire plus faible.

En matière d'arbitrage, il est intéressant de noter que l'art. 4^o, §2^o LA prévoit certaines conditions pour que la clause d'arbitrage insérée dans le contrat d'adhésion soit valable. Il

⁹⁶⁷ Cass. com., 9 nov. 1993, *L'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP) c. Bomar Oil*, *Rev. arb.*, 1994, p. 258, n. C. Kessedjian; *JDI* 1994, p. 690, n. E. Loquin.

⁹⁶⁸ V. l'étude de Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, *Op. cit.*, p. 352.

faudra que la partie adhérente au contrat propose elle-même de soumettre un éventuel litige à l'arbitrage ou qu'elle accepte expressément une telle possibilité d'une part, et que l'adhérent donne expressément son accord par écrit ou en caractère gras, avec sa signature ou visa spécialement, d'autre part. Cette règle vise à protéger le cocontractant économiquement plus faible, dans le choix de la juridiction compétente, laquelle serait contrainte, sous la pression de la supériorité économique de l'autre partie, de signer la convention d'arbitrage.

Il faut dire que l'art. 4, §2° LA est une règle qui permet le recours à l'arbitrage dans le cadre d'un contrat d'adhésion conclu par le consommateur⁹⁶⁹. En effet, le véritable *animus* de ce texte est de protéger le consommateur contre l'imposition d'un mode de règlement de conflits plus onéreux que la justice étatique⁹⁷⁰. Mais la réalité du marché économique, surtout dans le commerce international, témoigne du déséquilibre entre les entreprises qui y opèrent, de la diversité de contrats-types préparés à l'avance par la partie la plus puissante, où la clause d'arbitrage peut être insérée. Ce type d'abus de puissance économique est fréquent dans les contrats de concession commerciale et de franchise. C'est pourquoi l'on s'interroge si le partenaire le plus puissant peut imposer à son partenaire plus faible un contrat contenant une clause compromissoire qui prévoit que tous les litiges nés à l'occasion du contrat seront soumis à l'instance arbitrale : serait-il possible au distributeur d'invoquer sa nullité sous le même fondement ? Quelques exemples tirés de la jurisprudence peuvent nous apporter des éléments de réponse.

Un premier arrêt rendu par la cour d'appel de l'État du Paraná ne semble pas se rallier à notre hypothèse⁹⁷¹. En effet, la cour a affirmé que dans un contrat de prestation de service conclu entre deux grandes entreprises, dont une multinationale (*Siemens Ltda*) et l'autre disposant également de représentations à l'étranger (*Euroinsta Brasil Ltda*), l'allégation faite par cette dernière que le contrat était d'adhésion, afin d'écarter l'application de la clause compromissoire, ne pouvait pas en réalité aboutir. Les juges ont alors estimé que les parties étaient suffisamment fortes financièrement pour avoir un conseil juridique qui aurait pu soulever les aspects éventuellement défavorables de l'accord. De ce fait, la cour a conclu que la clause compromissoire était valable, confirmant la sentence de première instance qui avait

⁹⁶⁹ C.-E. de VASCONCELOS, « Cláusula compromissória, Contratos de adesão e Relações de Consumo no Brasil », *RBar*, n° 4, 2004, p. 7-31; P. J. L. SHIGUEMATSU, « A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*, 2e éd., São Paulo, LTr, 1999, p. 438-449.

⁹⁷⁰ F. NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 248 et « Contratos do consumo, padronizados e de adesão », *RDC*, n° 20, 1996, p. 45-63.

⁹⁷¹ TJPR, Ap. civ. n° 157.238-9, Quarta Vara Cível, *Euroinsta Brasil Ltda contre Siemens Ltda*, j. 01.01.2004.

déclarée l'extinction de l'action sans se prononcer sur de fond. De plus, la cour ajoute que l'art. 4, §2° LA est une règle qui a vocation à s'appliquer au contrat conclu par le consommateur⁹⁷².

Une deuxième décision rendue par la cour d'appel de l'État de Rio Grande do Sul relative à un contrat international de distribution a écarté la clause compromissoire qui prévoyait l'instauration d'un arbitrage à New York au profit de la compétence concurrente de la juridiction brésilienne fondée sur l'art. 88, II du CPC brésilien⁹⁷³. En l'espèce, le tribunal a relevé que l'arbitrage est une procédure onéreuse pour l'adhérent et constitue un obstacle à l'accès de la justice (en violation de l'art. 5, LV de la Constitution fédérale brésilienne). Enfin, la cour d'appel déclare nulle la clause d'arbitrage sans pour autant fonder sa décision sur l'art. 4, §2° LA.

Dans ces deux arrêts, il faut observer que l'argument consistant à dire que l'incapacité financière d'assurer les frais de l'arbitrage est utilisée afin d'écarter l'arbitrage. Il est vrai qu'au regard de certaines entreprises, notamment des petits distributeurs, une clause compromissoire qui prévoit la soumission d'un litige né du contrat à l'arbitrage peut être considérée comme une clause d'adhésion. Dans ce cas, il est important que l'arbitre vérifie l'existence d'un véritable consentement des parties. A défaut, la convention d'arbitrage devient une sorte de privation du droit d'accès à la justice⁹⁷⁴.

Par ailleurs, une troisième décision, plus récente, rendue par la cour d'appel de l'État de Rio Grande Sul a encore ajouté d'autres éléments de pondération à la réflexion. La cour d'appel a estimé en effet que les parties signataires d'un contrat international de distribution ne peuvent pas alléguer une incapacité économique afin de rendre inefficace la clause compromissoire⁹⁷⁵. Au contraire, la cour a énoncé que les conditions de formes exigées pour que la clause compromissoire soit valable et efficace étaient présentes – la capacité de l'agent et la clause compromissoire écrite – en conséquence de quoi, l'argument selon lequel la justice brésilienne était également compétente pour décider de l'affaire n'a pas abouti cette fois-ci. Elle ajoute encore que le choix des parties de soumettre le contrat à l'arbitrage est la

⁹⁷² Sur ce point, on trouve dans l'arrêt une citation de S. de S. VENOSA sur la notion de contrat d'adhésion : « étant donnée que le contrat d'adhésion s'oriente vers l'acceptation collective (*contratação de massa*), il est difficile de cogiter l'existence de ce genre de contrat en-dehors de la sphère du consommateur » (*Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações, Teoria Geral dos Contratos*, vol. II, 4e. éd., São Paulo, Atlas, 2004, p. 396).

⁹⁷³ TJRS, AgIn n° 70002330983, 16 Câmara cível, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 22.08.2001.

⁹⁷⁴ En ce sens, v. W. ABDELGAWAD, (*Arbitrage et droit de la concurrence, contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, p. 165) qui indique que le droit allemand, néerlandais et espagnol de l'arbitrage contiennent un dispositif qui annule la convention d'arbitrage lorsque l'une des parties se trouve dans l'incapacité financière d'assumer sa défense devant un tribunal arbitral.

⁹⁷⁵ TJRS, Ap. civ. n° 70023007396, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 12.09.2008.

conséquence directe du principe de l'autonomie de la volonté et que les parties sont des professionnels étant capables juridiquement de conclure une telle clause.

En réalité, le dernier argument relatif à la « *présomption du professionnalisme des opérateurs du commerce international* »⁹⁷⁶ est l'un des critères d'appréciation retenus par les arbitres internationaux qui permettent d'analyser si l'accord peut être classifié d'adhésion. Les arrêts mentionnés démontrent justement que le juge brésilien a généralement le réflexe de vérifier si la disparité des forces économiques au sein de la relation contractuelle d'adhésion a contribué à ce que le distributeur ait accepté soit une clause d'élection de for⁹⁷⁷ soit une clause compromissoire. Dans ces circonstances, les exigences de l'art. 4, §2° LA qui se réfèrent à la forme spécifique que la clause insérée dans un contrat d'adhésion doit observer, n'exclut pas le contrôle *in casu* de l'arbitre relativement au consentement des parties implicite dans le contrat. Ainsi, la forme de la clause sert à attirer l'attention du partenaire sur la possibilité de soumettre à l'arbitrage le litige né du contrat. Cependant, il nous paraît très difficile de concevoir que le fournisseur puisse admettre spontanément que le contrat de distribution soit un contrat d'adhésion.

L'arbitre devra donc tenir compte du rapport socio-économique entre les partenaires liés par un contrat de distribution et tirer ses propres conclusions sur l'efficacité de la convention d'arbitrage.

B- Au regard de l'arbitrabilité du litige

L'arbitrabilité, définie comme « *la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage* »⁹⁷⁸, est une notion centrale à l'arbitrage, puisqu'elle apparaît comme une « *condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres* »⁹⁷⁹. Lorsque les droits litigieux ne sont pas disponibles, soit en raison de leur objet dès lors que certaines matières sont contrôlées par des politiques protectionnistes des États (arbitrabilité objective), soit en raison des qualités des parties (arbitrabilité subjective)⁹⁸⁰, la

⁹⁷⁶ W. ABDELGAWAD, *Op. cit.*, p. 166.

⁹⁷⁷ V. supra n°.

⁹⁷⁸ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 25. V. aussi Y. FORTIER, « Arbitrability of Disputes », in *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, 2005, p. 269 ; Ch. JARRONSON, « La notion d'arbitrabilité », *RBAr* n° 0, 2003, p. 173-180.

⁹⁷⁹ B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *RCADI*, t. 296, 2002, p. 39.

⁹⁸⁰ C'est le cas par exemple de certaines personnes de droit comme l'administration publique ne peuvent pas opter pour le recours à l'arbitrage en droits français et brésilien. Sur ce point v. l'étude de B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 45-61. En droit brésilien, l'incapacité de l'administration publique brésilienne de soumettre un litige à l'arbitrage se réfère à l'indisponibilité du litige lui-même. En ce sens, v. J. DOLINGER et C. TIBURCIO, *Arbitragem Comercial Internacional*, *Op. cit.*, p. 389.

convention d'arbitrage conclue sera dépourvue de validité⁹⁸¹. Il s'agit d'une notion qui considère qu'au nom de l'intérêt social tel litige est réservé au juge étatique⁹⁸².

Dans le cadre des différends liés à la rupture du contrat international de distribution, c'est le critère de l'arbitrabilité objective qui importe en droits français (1) et brésilien (2). C'est grâce à la *favor arbitrandum* que l'extension du domaine arbitral a évolué afin de toucher un plus grand nombre de sujets et matières⁹⁸³ dans les deux systèmes juridiques.

1- L'arbitrabilité en droit français

A l'exception de certaines matières, semble-t-il inarbitrables par nature, « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » au visa l'art. 2.059 du Code civil français⁹⁸⁴. Ce texte doit être accompagné de l'art. 2.060 du Code civil français, qui fait référence à la notion de « matières qui intéressent l'ordre public » afin de définir l'arbitrabilité au moyen d'exclusions ponctuelles⁹⁸⁵.

L'existence de certaines matières dites « sensibles » à l'ordre public en droit français⁹⁸⁶ sont également des disciplines du droit des affaires, dont les enjeux relatifs à la liberté contractuelle et à l'ordre public économique s'entrecroisent. Notons que certaines matières peuvent intéresser l'ordre public⁹⁸⁷, sans pour autant rendre la matière inarbitrable ; c'est le cas notamment du droit de la concurrence.

⁹⁸¹ P. ANCEL, « Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 1024.

⁹⁸² Dans cette hypothèse, selon Ch. JARRONSON, « *l'arbitrage est alors exclu, car les droits litigieux sont rendus indisponibles par les liens étroits qu'ils entretiennent avec l'État, ses institutions, ou les intérêts essentiels de la société* », tels que l'état et la capacité des personnes et le droit pénal (« La notion d'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 177).

⁹⁸³ A ce propos, v. M. RUBINO-SAMMARTANO (*L'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 171) qui explique « *qu'une tendance favorable à l'arbitrage a facilité l'émergence d'un champ d'application plus vaste, exception faite de certains différends, réservés à l'autorité judiciaire, qui englobent des intérêts non uniquement individuels* ». V. aussi Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, *Op. cit.*, p. 337 et s.

⁹⁸⁴ Il s'agit de l'état de personnes et du contentieux du divorce, cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, Lextenso éditions, 2012, p. 197.

⁹⁸⁵ Selon J.-B. RACINE, un droit est en effet rendu indisponible pour des raisons d'ordre public (cf. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *Op. cit.*, p. 43).

⁹⁸⁶ La solution française, comme l'indique L. G. RADICATI di BROZOLO (« Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, t. 205, 2005, p. 265-502, spéc. p. 303), identifie l'arbitrabilité d'un litige en fonction de l'ordre public. En effet, dès lors qu'on parle en « loi d'ordre public » ou « règle d'ordre public », on se réfère aux « *fondements de l'organisation économique et sociale de l'État que le juge a précisément pour mission de faire respecter* » (D. HASCHER, « Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence », in *Competition and Arbitration Law*, dossier de l'Institut de la CCI, 1992, p. 151).

⁹⁸⁷ Certains ont déduit de la seule présence en la cause d'une disposition d'ordre public que les droits litigieux devenaient *ipso facto* indisponibles et, dès lors, que le litige était inarbitrable. Des auteurs comme Moltusky ont montré que certains textes ont été ainsi rédigés, compte tenu de la « *généralisation des différents affaires traditionnellement soustraites à l'arbitrage parce que trop proches de l'intérêt public* » (Ch. JARRONSON, « La notion d'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 173-180, spéc. p. 176).

En réalité, le droit de la concurrence est largement imprégné d'ordre public, car son but est de « *préserver la concurrence dans une économie de marché* »⁹⁸⁸. Il s'agit alors d'un domaine très sensible en France et dans l'Union européenne⁹⁸⁹. C'est bien dans ce domaine que le trinôme « *arbitrabilité-disponibilité-ordre public s'est particulièrement illustré* », puisque l'ordre public a pour « *fonction de limiter la liberté des agents économiques en vue de maintenir une concurrence saine et efficace* », comme l'a indiqué M. Bernard Hanotiau⁹⁹⁰. Par conséquent, des règles de protection du marché national sont imposées aux opérateurs économiques effectuant leurs activités sur un territoire. C'est, par ailleurs, ce qui se passe en droit comparé dans certains cas, à l'exemple du droit belge⁹⁹¹ et libanais⁹⁹² attribuant compétence aux juridictions nationales locales pour se prononcer sur les litiges concernant la résiliation unilatérale des contrats de concession afin d'empêcher que la question ne soit soumise à l'arbitrage⁹⁹³.

De prime abord, le droit de la concurrence est une matière non arbitrale en droits français⁹⁹⁴ et européen⁹⁹⁵. La jurisprudence française semblait annuler la clause compromissoire et le compromis dès lors que « *l'arbitrage supposait l'interprétation ou*

⁹⁸⁸ Comme l'indique J.-B. RACINE, « *le droit économique est fortement marqué par l'ordre public, à travers la figure bien connue de l'ordre public économique* », (cf. « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010, p. 61-79).

⁹⁸⁹ Pour un aperçu de la problématique, v. A. MOURRE, « Arbitrage y Derecho de la Competencia : un Panorama desde la Perspectiva Europea », *RBAr*, n° 10, 2006, p. 63-83; L. G. RADICATI di BROZOLO, « Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali », *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 665.

⁹⁹⁰ B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 120.

⁹⁹¹ La loi belge de 1961 portant sur les contrats de concession exclusive prévoit à l'art. 4 qu'en cas de résiliation unilatérale du contrat de concession produisant ses effets dans tout ou en partie sur le territoire belge, les « juridictions belges » sont compétentes et chargées d'appliquer exclusivement le droit belge, nonobstant toute clause contraire. En ce sens, v. l'étude *L'arbitrage et la distribution commerciale*, L. du JARDIN et alii (coord.), in *Actes du colloque du CEPANI le 17 novembre 2005*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

⁹⁹² L'art. 5 du décret-loi libanais de 1967 prévoit que « *nonobstant toute clause contraire, les tribunaux du lieu où l'agent commercial exerce son activité sont compétents pour trancher les conflits auxquels donne lieu le contrat d'agence commerciale* ». A ce propos, v. C. Q. C. TRUONG, *Les différents liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, *Op. cit.*, p. 82 et s.

⁹⁹³ Il ressort néanmoins que les tribunaux arbitraux pouvaient également être amenés à se prononcer sur ces questions. En ce sens, v. les commentaires de P. HOLLANDER, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Actes du colloque du CEPANI du 17 novembre 2005, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 25 et s.

⁹⁹⁴ P. MAYER (*Droit international privé*, *Op. cit.*, p. 202) indique que les domaines tels que le droit de la famille, le droit du travail et le droit de la concurrence sont des matières en principe exclues de l'arbitrage. V. aussi L. IDOT, « Arbitrage et droit communautaire », *RDAI*, n° 5, 1996, p. 561.

⁹⁹⁵ V. aussi la doctrine favorable à l'arbitrage en droit de la concurrence communautaire : Ph. PINSOLLE, « Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators », *Int. Arb. Law Rev.*, 2004, p. 14 ; R. NAZZINI, *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford, 2004, p. 325 et s. Pour une position contre, v. R. KOVAR, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 110.

l'application d'une règle d'ordre public»⁹⁹⁶. Du côté du droit européen, la critique s'est reposée sur le fait que les arbitres n'ont pas accès aux mécanismes de collaboration avec la Commission pour l'application du droit de la concurrence prévu par l'art. 15 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne, actuellement art. 101 et 102 du TFUE⁹⁹⁷.

Il faut remarquer toutefois que ni la jurisprudence française, ni la jurisprudence européenne ne s'opposent à l'application du droit de la concurrence par les arbitres.

Premièrement, la Cour de cassation dans l'arrêt *Tissot*⁹⁹⁸ a estimé que l'existence d'une réglementation d'ordre public applicable à l'opération soumise à l'arbitrage ne suffisait pas à entraîner la nullité du compromis. Dans l'affaire *Labinal*⁹⁹⁹ la Cour affirme que « *l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux* ». L'importance de ce principe est que l'arbitre peut prononcer les sanctions civiles de la violation d'une règle de droit de la concurrence car elles rentrent dans le domaine de l'arbitrage. Il s'agit par exemple de déclarer la nullité d'une convention contraire au droit de la concurrence ou d'une condamnation à des dommages et intérêts. Ces décisions ont mis fin au principe selon lequel la juridiction arbitrale ne pouvait sanctionner une violation d'ordre public, car une telle prérogative n'appartenait qu'aux tribunaux de l'État¹⁰⁰⁰. En réalité, comme l'indique M. Charles Jarroson, « *il appartient à*

⁹⁹⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS et Georges VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 373. V. les arrêts: CA Orleans, 15 mai 1961, *RCDIP* 1961, p. 778, n. E. Metzger; CA Paris, 20 janvier 1989, *SPD contre DPF*, *Rev. arb.*, 1989, p. 280, n. L. Idot. Pour une critique de cette position voir P. MAYER, « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 206.

⁹⁹⁷ Il s'agit du mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article du TFUE. V. aussi A. MOURRE, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage? », *Bull. ASA*, 2005, p. 408.

⁹⁹⁸ Cass. com. 29 novembre 1950, *RTD com.*, 1951, p. 275, obs. M. Boitard ; v. E. LOQUIN, « Arbitrage », *J.-Cl. proc. civ.*, Fasc. 1024, n° 16 et CA Paris, 22 mai 1990, *Rev. Arb.*, 1991, p. 129. La Cour rejette l'argument de l'applicabilité impérative des lois de police à l'arbitrage, puisque selon elle : « *la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable (...) peu importe que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* ».

⁹⁹⁹ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal contre Mors et Westland Aerospace*, *Rev. Arb.*, 1993, p. 645, n. Ch. Jarroson ; *RTD com.*, 1993, p. 494, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry. V. aussi : CA Paris, 14 octobre 1993, *Aplix c. Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, p. 164, n. Jarroson.

¹⁰⁰⁰ Dans une optique comparative, l'arrêt *Labinal* a été précédé par la jurisprudence américaine *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 624-28 (1985). Si le résultat est le même dans ces deux droits et arrêts, la méthode pour y aboutir, en revanche, est différente. Dans cet arrêt, qui est probablement l'un des plus fréquemment cités en doctrine américaine, la Cour suprême des États-Unis annule l'arrêt de la cour d'appel du premier circuit qui avait décidé qu'une clause d'arbitrage ne peut recevoir d'application lorsque le litige est relatif au droit de la concurrence. En l'occurrence, la clause compromissoire était insérée dans un contrat de distribution automobile. Cet arrêt fait ainsi entrer le droit de la concurrence et, plus généralement, les matières d'ordre public, dans le champ de l'arbitrabilité en droit américain. En ce sens, v. J. ROBERT, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi/Soler », *Rev. arb.*, 1988, p. 174 ; S. JARVIN, « Arbitrability of Anti-Trust Disputes : The Mitsubishi v. Soler Case », *Journal of International*

l'arbitre de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, (...). L'arbitre doit pouvoir sanctionner par la nullité l'accord contraire aux règles d'ordre public de la concurrence »¹⁰⁰¹.

Deuxièmement, dans l'arrêt *Eco Swiss*¹⁰⁰², la CJCE a montré qu'il est possible que le droit communautaire de la concurrence soit arbitral dans une affaire concernant le pouvoir du juge national d'annuler les sentences arbitrales, sans trancher directement la question posée. En effet, la doctrine a considéré que le seul fait que « *l'on puisse se poser la question de l'étendue du contrôle exercé par les juridictions nationales sur les sentences ayant tranché des questions de droit communautaire de la concurrence implique en effet nécessairement que la matière soit arbitrale* ». En outre, la Cour s'est abstenue de répondre à la question de savoir « *si les arbitres ont ou non le devoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la concurrence, ce qui montre que ces derniers ont bien le pouvoir d'appliquer ce droit* ». Il faut tenir compte du fait que l'application du droit de la concurrence par l'arbitre reste du cadre privé, c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas infliger une amende pour violation des règles de concurrence.

Il faut noter enfin que le règlement (CE) n° 1/2003 vient encore confirmer la totale compatibilité de l'application du droit de la concurrence par les arbitres. Dorénavant, l'art. 101 du TFUE concernant l'application des règles de la concurrence en matière d'accords, de décisions d'association d'entreprises et de pratiques concertées peut être également appliqué de façon unitaire par les tribunaux arbitraux et étatiques. La Commission favorise le recours à l'arbitrage souhaitant précisément se décharger du contrôle des restrictions verticales pour se

Arbitration, vol. 2, n° 3, 1985, p. 69.

¹⁰⁰¹ Cf., « La notion d'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁰² CJCE, 1 juin 1999, aff. n° C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* : en l'espèce, la société Benetton (établie à Amsterdam) avait conclu un contrat de licence avec la société Eco Swiss (dont le siège était à Hong Kong) et Bulova (dont le siège était à New York). Benetton a résilié ce contrat et le tribunal arbitral saisi a décidé que Benetton devait indemniser Eco Swiss et Bulova pour le préjudice qu'elle leur avait causé du fait de la résiliation du contrat de licence, préjudice qui a été fixé par une sentence définitive à plus de 23 000 000 USD à Eco Swiss et 2 800 000 à Bulova. Suite au recours en annulation déposé par Benetton, la Cour a dû s'interroger sur la question de savoir si les arbitres avaient l'obligation de relever d'office que le contrat de licence était une entente et si le juge national devait annuler cette sentence pour ne pas l'avoir fait. Sur cette décision, v. A. MOURRE « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de justice des communautés européennes », *Cah. arb., Recueil*, vol. 1, 2000/2001, p. 77. S'agissant *in casu* du contrôle effectif par le biais de la contrariété à l'ordre public international, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *Op. cit.*, p. 527; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Arbitrage et ordre public européen », *Revue des affaires européennes*, Colloque de Nice de janvier 2004, 2005, t. 2, p. 177 et s.

concentrer sur d'autres questions qu'elle estime plus importantes, telles que les restrictions horizontales et la lutte contre les cartels¹⁰⁰³.

2- L'arbitrabilité en droit brésilien

La loi brésilienne sur l'arbitrage prévoit à l'art. 1^{er} que « *les personnes capables de conclure un contrat peuvent avoir recours à l'arbitrage pour régler des litiges relatifs à des droits patrimoniaux disponibles* »¹⁰⁰⁴. Cette disponibilité du droit signifie que les parties peuvent disposer librement de leur patrimoine, puisqu'aucune norme impérative ne restreint cette liberté accordée aux parties¹⁰⁰⁵. La disponibilité d'un droit suppose donc que son titulaire puisse transiger, aliéner et renoncer à un droit dont il possède la maîtrise¹⁰⁰⁶.

Il faut noter que l'art. 1^{er} LA indique que le droit disponible doit être de « *nature patrimoniale* ». La patrimonialité peut être définie, en référence à une décision rendue par le Tribunal fédéral suisse, comme une notion qui recouvre « *toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent* »¹⁰⁰⁷. Ainsi, les demandes d'indemnisation rentrent, par exemple, dans cette définition. Il en ressort que « *les droits de nature patrimoniale sont, en général, objectivement disponibles* »¹⁰⁰⁸.

En ce sens, une décision du Tribunal supérieur de justice a énoncé que l'arbitrage d'un litige concernant la résiliation d'un contrat international de représentation commerciale était

¹⁰⁰³ D'après M. Alexis MOURRE, malgré cette ouverture, il existe toujours une certaine méfiance quant à l'application du droit de la concurrence par les arbitres. La raison serait de dire que « *les arbitres à la différence des juges étatiques tendront à privilégier les intérêts des parties au détriment d'une prise en compte rigoureuse des règles impératives* », cf., « L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le règlement (CE) n° 1/2003 », in *Arbitrage et le droit de la concurrence*, Actes du colloque du CEPANI du 9 déc. 2010, p. 67-84.

¹⁰⁰⁴ Cependant, la possibilité du recours à l'arbitrage en matière de droit public (contentieux fiscal) ou lorsque des questions d'ordre public (litiges du droit de la consommation) sont en jeu, la possibilité d'envisager le règlement par l'arbitrage reste encore discutable. En matière de droit de la consommation, le Code brésilien de protection du consommateur (Loi n° 8078 du 11 septembre 1990) a toutefois prévu, à son art. 51 al. VII, qu'est abusive la clause qui prévoit l'arbitrage obligatoire. Néanmoins, il est resté silencieux quant à la clause compromissoire librement négociée. A propos de l'arbitrage de consommation, v. spéc. P. J. L. SHIGUEMATSU, « A problemática da clausula compromissória nos contratos de adesão », *Op. cit.*, p. 441.

¹⁰⁰⁵ Ce critère est également mis en évidence par d'autres systèmes juridiques en droit comparé, v. L. G. RADICATI di BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police », *Op. cit.*, p. 303.

¹⁰⁰⁶ R. R. ALMEIDA, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 104 et s. V. également sur la possibilité de la renonciation d'un droit : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, spéc. p. 113.

¹⁰⁰⁷ V. l'arrêt du 23 juin 1992, *Fincantieri*, ATF 118, II, p. 356 ; *Bull. ASA*, 1993, p. 58 ; *Rev. arb.*, 1993, p. 691, n. F. Knoepfler cité par B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 109. C'est la nature patrimoniale le critère qui prévaut en Suisse depuis la réforme de 1987. L'art.177, al. 1, de la loi sur le droit international privé dispose que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ».

¹⁰⁰⁸ R. R. ALMEIDA, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, *Op. cit.*, p. 106 ; P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213, spéc. p. 219.

arbitrable puisqu'il s'agissait de droits patrimoniaux disponibles¹⁰⁰⁹. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat d'agence commerciale conclu entre une société brésilienne et une société allemande, dont la première avait l'exclusivité de la vente d'équipements pharmaceutiques produits par l'entreprise allemande au Brésil. Le contrat prévoyait une clause compromissoire dans laquelle « *toutes les questions résultant du contrat devraient être soumises devant un arbitre ou par plusieurs arbitres de la Chambre de commerce international de Paris, en conformité avec le droit allemand* ». L'agent commercial a pourtant saisi une juridiction brésilienne en faisant prévaloir l'application de la loi brésilienne n° 4.886/1965 sur les représentants commerciaux.

De même, une autre décision rendue par la cour d'appel de l'État de Rio de Janeiro au sujet d'un contrat d'agence commerciale conclu entre l'agent commercial situé au Brésil et le mandant situé au Canada, contenait une clause compromissoire qui stipulait un arbitrage en cas de litige et l'application du droit de la province d'Ontario. Pour empêcher l'application de cette loi (qui ne dispose pas forcément d'un statut protecteur de l'agent commercial), l'agent a saisi un tribunal brésilien afin d'évoquer l'application de la Loi n° 4.886/1965, dans une demande de dommages et intérêts résultant de la résiliation unilatérale du contrat provoquée par le mandant canadien. Son argument a consisté à dire que le caractère d'ordre public de la loi spéciale brésilienne devrait écarter une procédure arbitrale. Le tribunal a cependant jugé que l'agent a la libre disposition de ces droits et, par conséquent, le règlement d'un litige par voie d'arbitrage peut être un moyen compatible de demander une indemnisation en raison de la rupture du contrat¹⁰¹⁰. Cette décision démontre qu'une éventuelle application d'une norme d'intérêt public, en droit brésilien, ne rend pas indisponible de droits patrimoniaux. En effet, « *le caractère patrimonial de la relation litigieuse délimite la disponibilité du droit et, par conséquent, l'arbitrabilité de la matière* »¹⁰¹¹.

Nous considérons ainsi que tout litige relatif à la rupture du contrat de concession commerciale et de franchise est arbitral, car les demandes de réparation en raison de la rupture sont des droits patrimoniaux disponibles.

¹⁰⁰⁹ STJ, REsp. n° 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2005, DJ : 05.09.2005, p. 407. V. aussi Premier TA civ. de São Paulo, Sétima Câmara Cível, AgIn n° 1.111.650-0, Rel. Souza José, j. 24.09.2002, *RAM*, vol. 9, 2006, p. 304-314, spéc. 310.

¹⁰¹⁰ En ce sens, v. aussi TJRS, Ap. civ. n° 28.020/2002, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j. 12.03.2003; TJRS, Ap. civ. n° 70040929911, *Newtec Assessoria Técnica em Seguros Ltda. c. Unibanco AIG Saúde S.A.*, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. 30.06.2011, *RBAr*, p. 107.

¹⁰¹¹ J. BOSCO LEE, « O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul », *RDBMCA*, n° 8, 2000, p. 346.

§ 2- Des limites à la compétence du tribunal arbitral pour trancher des litiges relatifs à la rupture abusive du contrat de distribution

Dans l'arbitrage commercial international, l'arbitre ne possède aucun rattachement à un ordre juridique quelconque. En effet, son investiture résulte de la rencontre des volontés des cocontractants dans une convention d'arbitrage¹⁰¹². Dès lors que les parties ont choisi l'arbitrage afin de régler les litiges résultant de leur relation commerciale ou d'affaires, il émerge ainsi la notion « *d'ordre arbitral* »¹⁰¹³. C'est le déclenchement d'une procédure caractérisée par une grande liberté dans le choix des normes applicables, y compris des « *normes non-étatiques* »¹⁰¹⁴. L'arbitre international peut ainsi préférer des usages mieux adaptés aux circonstances du cas concret, en appliquant par exemple des principes généraux du droit, la *lex mercatoria*¹⁰¹⁵, des résolutions et codes de conduite édictés par des organisations internationales, des Incoterms, ainsi que la « *jurisprudence arbitrale* »¹⁰¹⁶.

Dans l'ordre étatique, en revanche, il est moins certain que le juge puisse disposer d'autant de liberté pour appliquer un droit au fond du litige. Certes, le degré de liberté à l'égard de la détermination des normes dépendra notamment du système juridictionnel de l'État auquel le juge appartient. Or, comme le juge étatique est soumis à un ordre juridique, sa « *lex fori n'est pas la volonté des parties mais la loi de l'État dont il est un organe* »¹⁰¹⁷. Par conséquent, le juge reste lié au droit international privé de son pays¹⁰¹⁸.

Toutefois l'excès de liberté des arbitres quant au choix de la norme applicable au fond du litige peut être vu comme une manière d'échapper à l'application des règles d'application

¹⁰¹² T. CLAY explique qu'un processus conventionnel est alors à l'origine du processus juridictionnel (cf., *L'arbitre*, Dalloz, Coll. Nouv. Bibl. Th., t. 2, 2001, spéc. n° 587-1079).

¹⁰¹³ P. MAYER, « Le mythe de l'ordre juridique de base », in *Etudes offerts à B. Goldman, Op. cit.*, p. 215.

¹⁰¹⁴ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Op. cit.*, n° 80.

¹⁰¹⁵ B. STERN, « *Lex mercatoria* et arbitrage international (à propos des Mélanges B. Goldman) », *Rev. arb.*, 1983, p. 456.

¹⁰¹⁶ L'expression « *jurisprudence arbitrale* » est de plus en plus utilisée dans l'arbitrage commercial international. C'est pourquoi elle a été reprise ici. En ce sens, v. Y. DERAÏNS, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993, p. 829 et s.

¹⁰¹⁷ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Op. cit.*, p. 67 et s. et P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international », *Op. cit.*, n° 67.

¹⁰¹⁸ Contrairement, les parties peuvent prévoir dans la clause compromissoire que les dispositions de la loi protectrice du concessionnaire automobile sont applicables en cas de litige. Le cas échéant, les arbitres pourront déterminer eux-mêmes le droit applicable en l'espèce. Il se peut toutefois que si le concessionnaire est établi au Brésil, les arbitres peuvent estimer que la loi Ferrari correspondra mieux aux attentes des parties et, de ce fait, ils peuvent l'appliquer. Il s'agit ici d'une faculté laissée aux arbitres de choisir le droit qui semblerait être le plus approprié à cet effet. Il faut tenir compte toutefois que si le concessionnaire est une entreprise établie au Brésil, les arbitres pourront décider d'appliquer la loi Ferrari dès lors que le litige est fondé sur une demande de dommages et intérêts résultant de la résiliation unilatérale du contrat. Comme le contrat conclu par les parties aurait dû être en conformité avec les dispositions légales de la loi Ferrari, il semblerait que cette loi pourra mieux définir le régime juridique de la rupture et les sanctions y afférentes. Il s'agit encore une fois d'une possibilité, mais dans aucun cas l'arbitre n'est obligé de choisir en ce sens.

immédiate. En droit français, spécialement, il n'est pas contesté que les dispositions relatives à la rupture de relations commerciales établies sont des lois de police¹⁰¹⁹. On se rappelle qu'en matière de clauses d'élection de for, le litige né de la rupture du contrat de distribution a suscité un débat intéressant concernant l'applicabilité de lois de police du for par le juge et le respect d'une clause d'élection de for¹⁰²⁰. La question débattue était celle de savoir si les dispositions impératives constitutives de lois de police sont applicables afin d'écarter une clause d'élection de for.

Dans le cadre de l'arbitrage, *mutatis mutandis*, est-ce que des lois de police peuvent aussi écarter un accord compromissaire inséré dans un contrat international de distribution ? Nous tenterons d'y répondre. Pour cela, il conviendra de vérifier dans quelle mesure l'arbitre est obligé d'appliquer des lois de police (A). Ensuite, nous analyserons si la compétence des arbitres peut être perturbée à cause de la nature de l'action en responsabilité (B).

Il est important de signaler que dans le cadre de cette analyse, nous allons nous concentrer essentiellement sur l'étude du droit de l'arbitrage français, puisque la jurisprudence extrêmement riche en la matière nous permet d'avoir des éléments de comparaison avec la problématique de la prise en compte de la nature de la responsabilité (contractuelle ou délictuelle) et la validité des clauses d'élection de for dans les affaires relatives à la rupture abusive du contrat de distribution.

A- L'applicabilité des lois de police par l'arbitre

Il résulte du principe compétence-compétence qu'il appartient à l'arbitre international de statuer en priorité sur sa propre compétence. En raison de ce principe, la juridiction étatique est sans pouvoir pour se prononcer sur cette question, sauf inapplicabilité manifeste

¹⁰¹⁹ S'il est clair que certaines des règles de concurrence doivent s'analyser comme telles (L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321 et s., spéc. p. 325; CA Paris, 10 juill. 1991, *JDI* 1992, p. 384, n. F. Pollaud-Dulian, qu'il s'agisse des règles communautaires (TFUE, art. 101 et 102) ou du droit français des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁰²⁰ Le terme « loi de police » ou « règles d'application immédiate » est souvent utilisé en droit français et sert à indiquer le mécanisme ayant pour objet d'évincer la règle de conflit normalement applicable à une situation internationale pour lui préférer une règle nationale impérative s'appliquant immédiatement à cette situation. Cette expression, cependant, n'est pas utilisée en droit brésilien qui préfère celle de « règles d'ordre public » afin d'indiquer les normes nationales qui ne peuvent pas être dérogeées, faute de ne pas respecter l'ordre public interne. Par ailleurs, la conception classique d'ordre public se réfère à l'ordre public uniquement de portée négative, « étant simplement un filtre à l'application de la loi étrangère en fonction du contenu concret de celle-ci », (L. G. RADICATI di BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police », *Op. cit.*, p. 289). Cette dernière notion d'ordre public exerce une fonction de contrôle des lois étrangères qui peuvent être appliquée en fonction d'un critère de rattachement ou encore de sentences étrangères. A propos des différentes manifestations de l'ordre public, v. J. DOLINGER, « A ordem pública internacional em seus diversos patamares », *RT/93*, v. 828, out. 2004, p. 33-42.

de la clause compromissoire. La jurisprudence française a confirmé cette solution à maintes reprises¹⁰²¹.

Plus précisément en matière de contrat de distribution, l'application de ce principe a été rappelée récemment dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 08 juillet 2010¹⁰²². En l'espèce, la société suédoise *HTC* avait conclu le 19 novembre 1999 avec la société française *Doga*, un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français. Ce contrat qui a été résilié le 26 mars 2007 par la société *HTC* contenait une clause compromissoire. La société française *Doga* a alors assigné la société *HTC* devant un tribunal de commerce en paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'art. L. 442-6 I 5° du C. com. pour rupture abusive du contrat. En conséquence de quoi, la société *HTC* a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en se prévalant de la clause compromissoire. L'arrêt attaqué rendu par la cour d'appel de Versailles avait relevé que l'argument présenté par la société *Doga*, mettant en cause la clause compromissoire au détriment de l'application d'une loi de police française ne pouvait pas prévaloir dans ce cas. En fait, la Cour de cassation a approuvé la solution donnée par le juge du fond, en ajoutant encore que « *la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu importe que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige* ». La Cour avait conclu que le recours à l'arbitrage ne doit pas être exclu « *du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* » au fond du litige¹⁰²³.

¹⁰²¹ V. les arrêts suivants : Cass. 1re civ. 4 juill. 1972, *Hecht*, préc. : cette décision énonce le principe qu'en arbitrage international la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal en relation au droit applicable ; CA Paris, 13 déc. 1975, *Menicucci*, *RCDIP* 1976, p. 507, note B. Oppetit ; *JDI* 1977, p. 107, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977, p. 147, n. Ph. Fouchard. V. aussi, CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 675, 2e esp., n. P. Mayer ; Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, n. E. Gaillard ; *JDI* 1994, p. 690, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, n. H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1994, p. 663, n. P. Mayer. V. spécialement la communication de J.-P. ANCEL « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *TCFDIP*, 1991-1993. Dans cet arrêt, la Cour déclare en effet que « *la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal (...) et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ».

¹⁰²² Civ. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Jurisdata* n° 2010-012390, *JCP E* 2010, act. 406 ; *JCP G* 2010, p. 1286, n. J. Bégin ; *Rev. arb.* 2010, p. 513, n. R. Dupeyré ; *D.* 2010. 2884, obs. X. Delpech, n. M. Audit et O. Cuperlier ; *ibidem*. 2933, obs. T. Clay ; *RCDIP*, 2010, p. 743, n. D. Bureau et H. Muir-Watt.

¹⁰²³ D'après M. L. G. RADICATI di BROZOLO (« Arbitrage commercial international et lois de police - Considérations sur les conflits de juridiction dans le commerce international », *Op. cit.*, p. 320) : « *Il est en effet évident que la prétention de réserver au juge étatique l'application des lois de police risque de conduire à une*

La société de droit français *Doga* a fondé sa prétention sur l'art. L. 442-6-I, 5° du C. com., une loi impérative méritant la qualification de loi de police matérielle¹⁰²⁴ afin d'invalider la clause compromissoire et, par conséquent, la compétence du tribunal arbitral. Cette décision met en évidence la question de l'impérativité des lois de police françaises face au recours à l'arbitrage prévu dans une clause compromissoire au prétexte que la règle de droit applicable au fond du litige est une loi impérative.

Les faits de cette jurisprudence rappellent ceux de l'arrêt *Monster Cable* du 22 octobre 2008¹⁰²⁵, à propos de clauses attributives de juridictions et de lois de police. En effet, les deux espèces se ressemblent dans la mesure où les distributeurs évincés ont évoqué le fait d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie en vertu de l'art. L. 442-6-I, 5° du C. com. dans leur demande de dommages et intérêts. Dans ces deux arrêts, la mise en jeu des dispositions considérées comme des lois de police avait pour but d'écarter soit le for choisi par les parties¹⁰²⁶ dans le contrat international, soit d'empêcher l'instauration de l'arbitrage.

Par ailleurs, il est important de noter que dans les deux arrêts on trouve une certaine convergence de solutions : la volonté des parties n'a pas été ignorée à cause de l'existence d'une loi de police matérielle. Il est clair que dans l'arrêt *Monter Cable* la Cour de cassation a fait reposer son raisonnement « *sur la dissociation, qui est le fondement même du droit international privé, de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, du forum et du jus* »¹⁰²⁷. En revanche, dans l'arrêt *Doga* la Cour de cassation a confirmé le principe de compétence-compétence, laissant à la charge de l'arbitre de trancher la question de sa propre compétence, à moins que l'on soit en présence d'un litige inarbitrable¹⁰²⁸ et d'en induire que l'incompétence du tribunal arbitral est manifeste ou la clause compromissoire

utilisation détournée des exceptions d'arbitrabilité basées sur ces lois et d'introduire par conséquent un obstacle très sérieux au déroulement de l'arbitrage. La simple allégation de l'applicabilité en l'espèce ».

¹⁰²⁴ En ce qui concerne le droit français, il n'est pas contesté que les dispositions du Code de commerce relatives à la rupture de relations commerciales établies sont des lois de police. En ce sens, v. Cass. com., 20 février 2007, *JDI* 2007, p. 1211, n. S. Hotte ; CA Versailles, 14 oct. 2004, *Dr. et patrim.*, juin 2005, p. 166, obs. P. Mousseron.

¹⁰²⁵ Arrêt *préc.*

¹⁰²⁶ Sur la question parallèle des rapports entre les lois de police et les limitations aux effets des clauses d'élection de for, notamment sous le règlement (CE) 44/2001 sur la compétence judiciaire en Europe, v. L. G. RADICATI di BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Op. cit.*, p. 13 et s.

¹⁰²⁷ J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *Op. cit.*, p. 73.

¹⁰²⁸ L'arbitrabilité des matières qualifiées en tant que loi de police est possible depuis l'arrêt *Tissot et Ganz, préc.* V. également L. G. RADICATI di BROZOLO, « L'arbitrage commercial international et lois de police - Considérations sur les conflits de juridiction dans le commerce international », *Op. cit.*, p. 281, et Chr. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. 409 et s. et J.-B. RACINE, « Arbitrabilité et lois de police », *RBAr*, 2009, n° 23, p. 79.

manifestement inapplicable¹⁰²⁹. Il reste évident dans cet arrêt que « *les lois de police ne sont pas un obstacle à la compétence des arbitres* »¹⁰³⁰.

Il est important de noter que dans le cadre d'un arbitrage international, l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer des lois de polices étrangères, puisqu'il n'est pas « *gardien d'un ordre public étatique* »¹⁰³¹. En effet, les arbitres internationaux n'ont ni de for, ni de *lex fori*. La justification par rapport à l'indépendance de l'arbitre est donnée par Henri Battifol qui a affirmé que l'arbitre international « *n'est pas tenu de suivre les règles de conflit d'un pays plutôt que d'un autre* », contrairement au juge étatique¹⁰³².

En réalité, l'arbitre n'est même pas tenu d'appliquer préférentiellement une loi étatique plutôt qu'une autre, car il n'est pas « *intégré à la mise en œuvre d'aucun système de droit international privé étatique* », affirme M. Yves Derains¹⁰³³. Selon lui, deux conséquences peuvent être tirées de cette constatation : la première est que la notion de loi compétente a un sens différent de celui perçu par le juge et la deuxième est qu'il n'existe pas de loi étrangère dans l'arbitrage international¹⁰³⁴. Bien entendu, l'arbitre international est confronté à l'application de lois qui pourront régir une situation juridique qui lui est soumise, sans être obligé de veiller à l'application des règles qui sont fondamentales à la conservation des valeurs dans un système juridique¹⁰³⁵. Il résulte que la mission de l'arbitre international est en quelque sorte d'appliquer la loi qui correspond le mieux à l'atteinte de parties¹⁰³⁶.

¹⁰²⁹ Cass. 1re civ., 26 juin 2001, *Rev. arb.* 2001. 529, n. E. Gaillard ; Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, n° 99-19.319, *D.* 2001. 3247 ; *RCDIP* 2002. 555, n. F. Jault-Seseke, *Rev. arb.*, 2002. 919, n. D. Cohen.

¹⁰³⁰ J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *Op. cit.*, spéc. p. 74.

¹⁰³¹ A ce propos, v. C. Q. C. TRUONG, *Les différents liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, *Op. cit.*, p. 101.

¹⁰³² H. BATIFFOL, « L'arbitrage et conflits de lois », *Rev. Arb.*, 1957, p. 111.

¹⁰³³ Y. DERAINS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Op. cit.*, p. 29-46, spéc. p. 33.

¹⁰³⁴ *Ibidem*.

¹⁰³⁵ P. MAYER (« L'arbitre et la loi », in *Mélanges à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 227-240, spéc. p. 230) explique que l'arbitre international n'est pas tenu « *d'appliquer une loi plutôt que l'autre* », car « *sa volonté est maîtresse du jeu* ». Ainsi, si l'arbitre est en présence d'une pluralité de lois, il lui appartient de trancher le conflit selon ses propres convictions, laissant alors une place privilégiée à l'autonomie de la volonté. Il résulte que l'arbitre n'est pas obligé d'appliquer les règles de conflit de lois, ou une convention internationale en vigueur dans les États cocontractants différents où les parties ont leurs établissements.

¹⁰³⁶ Y. DERAINS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Op. cit.*, p. 36 ; B. HANOTIAU (« L'arbitrabilité », *Op. cit.*, p. 73) se réfère à des sentences arbitrales de la CCI dans lesquelles « *L'arbitre, qui n'a pas d'obligation d'appliquer les lois de police étrangères, serait donc moins enclin encore d'en faire application s'il se prévaut de la tendance qui reste dominante dans la pratique judiciaire internationale, telle qu'elle a d'ailleurs été consacrée dans les instruments internationaux les plus récents* ».

En définitif, l'arrêt *Doga* confirme que les lois de police sont inopérantes devant l'arbitre¹⁰³⁷. Cet arrêt s'aligne sur d'autres décisions rendues par des cours d'appel en France ayant jugé que l'application des règles relatives à la rupture des relations commerciales établies n'étaient pas de nature à empêcher les arbitres de statuer sur leur compétence en priorité. Mais l'application du régime de la clause compromissoire à la clause attributive de juridiction peut effectivement faciliter le détournement des lois de police. La comparaison inévitable entre le régime de clause compromissoire et la clause attributive de juridiction nous amène à la réflexion effectuée par certains, à propos d'une nouvelle tendance qui considère possible la « désactivation des lois de police »¹⁰³⁸, notamment dans les affaires qui mettent en jeu les règles du marché et la puissance de partenaires économiques voulant échapper au juge du lieu du marché affecté¹⁰³⁹.

B- L'indépendance de la clause compromissoire à l'égard de la nature de la responsabilité engagée

Les litiges liés à la rupture du contrat international de concession et de franchise soulèvent également un autre débat concernant la nature de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture. Nous savons que la chambre commerciale de la Cour de cassation admet la validité de la clause attributive de juridiction, alors que la nature de la responsabilité est délictuelle en vertu de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. Il reste à savoir si la compétence des arbitres peut être mise en question en raison de la qualification de la matière délictuelle en droit interne français.

Eu égard à l'arrêt *Doga*, la chambre civile de la Cour avait déduit que cette responsabilité, étant délictuelle, est sans rapport avec le contrat, même si la clause compromissoire figurait dans le contrat¹⁰⁴⁰. En effet, comme l'indiquent les professeurs Fouchard, Gaillard et Goldman, la compétence des arbitres pour connaître des demandes

¹⁰³⁷ En ce sens, d'autres décisions ont été rendues par les juridictions françaises : CA Aix en Provence, 29 mai 2008, Jurisdata n° 2008-366372 : G. DECOCQ, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, n° 30 ; CA Paris, 2 Juin 2004, *SA Cineco c. société Shure brothers INC.*, *Rev. arb.*, 2005, p. 680 (2^e esp.), n. J.-B Racine.

¹⁰³⁸ V. le commentaire de D. BUREAU et H. MUIR-WATT, « Compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence en présence d'une loi d'ordre public régissant le fond du litige », *RCDIP* 2010, spéc. p. 745.

¹⁰³⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Abus de puissance économique et droit international privé », *RIDE*, 2010, p. 37-59, spéc. 50 et s. Cet auteur, par ailleurs, critique le rapprochement de la clause attributive de juridiction au régime de la clause compromissoire.

¹⁰⁴⁰ L'arrêt *Doga* relève qu'en matière d'arbitrage, dès lors qu'une clause compromissoire a été stipulée dans un contrat de distribution, l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie est susceptible de relever de la compétence de l'arbitre. Alors que la rupture brutale du contrat (en contravention de l'art. 442-6-I, 5° du C. com.) est un délit civil et que, par conséquent, il s'agit non d'une responsabilité contractuelle, mais d'une responsabilité délictuelle.

délictuelles rattachées au contrat est admissible, si la clause compromissoire a été stipulée de manière à pouvoir englober de telles demandes. Ils écrivent à cet égard : « *Les arbitres retiendront leur compétence pour connaître de telles demandes lorsque les termes de la convention d'arbitrage sont suffisamment larges pour que l'on puisse constater la volonté des parties de les englober dans les différends susceptibles d'être tranchés en application de la clause prévue au contrat. Tel sera le cas, par exemple, lorsque la clause vise tous les différends susceptibles de s'élever « à l'occasion de l'exécution du présent contrat » ou en relation avec le présent contrat* »¹⁰⁴¹. En effet, il est acquis que les arbitres peuvent se prononcer sur les demandes de nature délictuelle¹⁰⁴² et « *tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause* »¹⁰⁴³.

Il ressort de l'affaire *Doga* que la cour d'appel et, postérieurement, la Cour de cassation ne tranche même pas la question de savoir si la rupture brutale du contrat fait naître une responsabilité délictuelle ou contractuelle¹⁰⁴⁴. On constate cependant que la première chambre civile admet, en l'espèce, que la notion de « *lien avec le contrat* » est essentielle pour fonder la compétence du tribunal arbitral d'une demande de dommages et intérêts, se rapportant notamment aux conditions dans lesquelles le contrat avait été rompu car la clause compromissoire est de nature contractuelle. Il semble donc que, dans le droit de l'arbitrage, la conception de la notion d'action née du contrat est plus extensive, puisqu'elle se réfère aux éventuels litiges qui peuvent apparaître du début jusqu'à la fin du contrat¹⁰⁴⁵. A cet égard, une décision plus ancienne admet qu'une convention d'arbitrage rédigée en termes larges et

¹⁰⁴¹ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Op. cit., n° 524.

¹⁰⁴² En ce sens, v. une étude organisée par la CCI, notamment la communication de F. GONZALEZ, « La responsabilité délictuelle dans les sentences arbitrales de la Chambre de Commerce Internationale », *Bull. CCI*, 2002, vol.13, n° 2, p. 41. V. aussi la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 14817 en 2008, *JDI* 2011/4, chron. 11, p. 79, n. A. Carlevaris : en l'espèce, la défenderesse faisait valoir que les demandes fondées sur les dispositions de l'art. L. 442-6-I du C. com. était, d'un côté, exclues du champ d'application de la clause compromissoire du fait de leur nature non contractuelle et, de l'autre côté, hors des limites de l'acte de mission. Sur le fond, la défenderesse soutenait que les conditions prévues à l'art. L. 442-6-I du C. com. n'étaient pas réunies. Mais l'arbitre en a décidé autrement, il « *a rejeté l'exception d'incompétence rationne materiae soulevée par la défenderesse et admet sa compétence pour connaître des demandes fondées sur les dispositions de l'article L. 442-6-I du Code de commerce, sans examiner plus avant la question de savoir si la responsabilité résultant de ces dispositions est de nature contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle* ».

¹⁰⁴³ V. l'arrêt *Labinal*, préc.

¹⁰⁴⁴ D'autant plus que cette discussion devrait être soulevée par l'arbitre si celui-ci l'estime nécessaire. V. aussi la chronique : *JCP G* 2010, p. 1286, n. J. Begin.

¹⁰⁴⁵ X. Delpech, obs. sous Cass. 1 re civ. 8 juill. 2010, *Doga c. HTC Sweden AB*, préc.

englobant tout litige en rapport ou en relation avec le contrat, y compris « *des différends d'ordre délictuel sont compris dans le champs de compétence arbitrale* »¹⁰⁴⁶.

La jurisprudence française depuis l'arrêt *Monster Cable* avait annoncé la désactivation de l'impérativité de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. en présence d'une clause attributive de juridiction, faisant croire que le régime de la clause attributive de juridiction pourrait ressembler à celui de la clause compromissoire. Cette solution fait place à la volonté des parties, en dépit de la nature délictuelle de la responsabilité. Elle s'inscrit dans le mouvement contemporain qui tend à consacrer l'autonomie des stipulations dites « *processuelles* », à la lumière de la clause compromissoire¹⁰⁴⁷.

En droit de l'arbitrage international, la question relative à la stipulation d'une clause compromissoire par un partenaire plus puissant, dans un contrat de distribution, afin d'échapper à l'éventuelle application d'une loi de police du for, telle que l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. peut être effectivement envisageable par une des parties, car la loi de police est inopérante devant l'arbitre. En effet, les arbitres peuvent décider librement d'appliquer ou non une loi de police comme le démontre une sentence arbitrale rendue par la CCI à Paris. Il s'agissait d'une affaire relative à la rupture d'un contrat de sous-licence de fabrication et de distribution, conclu entre une société brésilienne (distributeur) et une société française (fournisseur) pour une durée de deux ans expirant à la fin de l'année 1996, reconduit tacitement pour la même période, sauf dénonciation par l'une des parties moyennant un préavis contractuel de six mois¹⁰⁴⁸. Par un courrier de juin 2006, le fournisseur a notifié à son co-contractant sa décision de ne pas reconduire le contrat au 31 décembre 2006. Le distributeur a alors contesté cette dénonciation et a demandé une compensation pour les dommages liés à la fin des rapports contractuels sur la base de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com.

Le tribunal arbitral a d'abord conclu que « *le champ d'application de la disposition en question paraît limité au territoire français et que la disposition vise à répondre au besoin de protection des distributeurs français* ». Ensuite, le tribunal arbitral a estimé que s'agissant de deux opérateurs économiques importants, des commerçants expérimentés, égaux, avec le

¹⁰⁴⁶ J.-B. Racine cité par R. Dupeyré, note sous l'arrêt Cass. 1re civ. 16 novembre 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 680. V. également Cass. 1re civ. 4 juillet 2006, *Prodiom c. Mohimont et l'autre*, *Rev. arb.*, 2006, p. 866.

¹⁰⁴⁷ V. sur ce point, L. Cadiet, S. Amrani-Mekki, T. Clay, E. Jeuland et Y.-M. Serinet, « Droit judiciaire privé », *chron.*, *JCP G* 2010, 1191, en part. §7.

¹⁰⁴⁸ Sentence finale rendue dans l'affaire CCI n° 14637 en 2008 (original en langue française), *JDI* 2001/4, *chron.* 11, p. 60- 70, n. S. Jardin : « *En l'espèce, la demanderesse a saisi le tribunal brésilien pour obtenir la suspension provisoire des effets du non-renouvellement de son contrat et continuer entretemps à assurer la préparation et la fabrication des prochaines collections en attente de la décision du tribunal arbitral. En effet, tant que celui-ci ne se serait pas prononcé sur la validité de la rupture du contrat, elle ne pouvait pas connaître la « date butoir » de la relation contractuelle et organiser sa réorientation* ».

même pouvoir de négocier les termes contractuels qui les lient, la demanderesse a volontairement accepté dès le départ l'idée d'un préavis de six mois.

Le dernier aspect important de cette affaire concerne l'application du principe de la bonne foi. Le tribunal arbitral a considéré que la rupture a été exercée de bonne foi par la société française qui n'a commis aucun abus de droit à cet effet. Ainsi, la non-reconduction d'un contrat à l'arrivée de son terme ne constitue pas en soi un comportement déloyal sauf à établir l'attitude d'une partie propre à éveiller une attente ou confiance légitime de reconduction du contrat chez son cocontractant. Selon les arbitres, « *sauf circonstances particulières, l'obligation de bonne foi trouve sa limite dans la liberté contractuelle : celle-ci permet à chacun de tenir compte en priorité de ses propres intérêts en respectant les termes contractuels qui reflètent la commune et réelle intention (...) chaque partie reste libre de chercher des solutions commerciales plus avantageuses pour elle pour autant qu'elle respecte les termes contractuels et se comporte de manière loyale envers son cocontractant (...) Ce n'est donc pas le rôle du juge ou de l'arbitre de corriger unilatéralement cet équilibre contractuel en modifiant des clauses contractuelles prises isolément en fonction des circonstances particulières (...)* ».

En effet, l'arbitre international a le pouvoir de « *sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international* »¹⁰⁴⁹. Ceci étant, les arbitres peuvent « *néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de l'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause* »¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ CA Paris 1re Ch. suppl, 29 mars 1991, *Société Ganz et autres c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, n. L. Idot.

¹⁰⁵⁰ V. arrêt *Labinal*, *préc.*

Chapitre II – Le tribunal compétent en l’absence de choix des parties

Dès lors que le contrat international de distribution ne contient pas de convention d’élection de for, la détermination de la compétence internationale se réalise par défaut. A cet égard, il est important de relever qu’il n’existe pas de règles de compétence exclusive de juridiction pour les contrats de concession et franchise en droits français et brésilien.

Ainsi, la démarche généralement admise pour la détermination de la compétence juridictionnelle d’un pays à connaître d’un contentieux international se déroule en deux étapes. D’abord, il faut connaître la compétence générale ou internationale de l’ordre juridictionnel du for dans son ensemble afin d’établir si les tribunaux français ou brésiliens sont compétents ; ensuite, on passera à la vérification de la compétence spéciale d’un tribunal français ou brésilien au sein de son propre ordre juridique. La désignation de la compétence juridictionnelle internationale s’opère donc à travers la vérification des règles de droit international privé propres aux conflits de juridictions.

Il est important de remarquer que la France et le Brésil sont dotés de règles de droit international privé dans l’ordre juridique interne, à partir desquelles la jurisprudence a pu faire son œuvre d’interprétation depuis plusieurs années.

Il convient d’ajouter cependant qu’à l’égard de la France, sont encore applicables les règles de droit international privé communautaires¹⁰⁵¹. Le droit européen a une valeur supérieure aux droits nationaux des États membres, assurée par le principe de la primauté¹⁰⁵² qui vaut pour tous les actes européens disposant d’une force obligatoire. Ainsi, l’Union européenne a démarré un processus long et complexe d’uniformisation des instruments législatifs en matière de conflit de juridictions¹⁰⁵³ dont l’objectif est d’améliorer le droit d’accès à la justice des justiciables domiciliés dans l’espace judiciaire européen.

¹⁰⁵¹ H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel) », *RCADI*, t. 312, 2005, p. 13 et s. , spéc. p. 70 et s. ; J. S. BERGE, « Le droit d’une « Communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthode. Mélanges en l’honneur de Pierre Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113 et s. ; L. IDOT, « L’incidence de l’ordre communautaire sur le droit international privé », *Op. cit.*, p. 27 et s.

¹⁰⁵² La Cour de justice a rendu un arrêt (aff. 6/64, *Costa c. Enel*, 15 juillet de 1964) dans lequel elle a indiqué que, « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des états membres (...) qui s’impose à leurs juridictions ». Sur ce point, v. spécialement K.-D. BORCHARDT, *L’ABC du droit de la l’Union européenne*, Luxembourg, Office des publications, 2010.

¹⁰⁵³ A travers soit la transposition dans l’ordre juridique interne des États membres (par une directive), soit automatiquement adoptés par les États membres dès l’entrée en vigueur (par un règlement).

Le Brésil, quant à lui, est signataire des accords de coopération juridique dans le cadre du Mercosur¹⁰⁵⁴. Les conventions adoptées au sein de cette zone d'intégration commerciale sont assimilées dans l'ordre juridique des États membres et sont applicables à l'égard des pays membres. Ainsi, le Mercosur s'est doté d'un instrument en matière de conflit de juridictions depuis quelques années, mais sa mise en œuvre par les juridictions brésiliennes reste dérisoire¹⁰⁵⁵.

Compte tenu des différentes sources en matière de conflit de juridictions, nous traiterons, en premier lieu, des règles de droit de source interne (**Section 1**) et, en deuxième lieu, des règles élaborées dans le cadre des marchés communs dont la France et le Brésil sont respectivement membres (**Section 2**). Cette méthode se justifie, d'une part, puisqu'aucune convention bilatérale entre la France et le Brésil n'est applicable en matière de conflit de juridictions et, d'autre part, pour mettre en relief le développement du contentieux en matière de contrat de distribution dans le cadre du droit européen en opposition à la faible application des règles du Mercosur.

Section 1 - Les règles de droit international privé de source interne

Pour déterminer la juridiction compétente pour statuer sur un litige résultant de la rupture du contrat international de distribution, il est nécessaire d'observer les règles de compétence de source interne en droits français (§ 1) et brésilien (§ 2).

§ 1- Les règles spécifiques de compétence internationale en droit français

En droit interne français, la règle générale de compétence désigne le tribunal du domicile du défendeur comme tribunal compétent (art. 42, al. 1 du CPC français). Ce dispositif est appliqué par défaut, si d'autres chefs de compétence ne sont pas appliqués en raison de la matière.

Le système juridique français structure en deux voies de compétence ses règles internes. Traditionnellement, il existe des règles de compétence « privilégiée » et des règles de compétence « ordinaire ». En ce qui concerne la compétence privilégiée, celle du for de « nationalité » prévue aux art. 14 et 15 du Code civil, le juge français est compétent, en principe, dès lors que le plaideur est français. Il s'agit d'un texte à forte connotation

¹⁰⁵⁴ L.-O. BAPTISTA, A. A. MERCADANTE, P. B. CASELLA, *Mercosul : Das negociações à implantação*, São Paulo, LTr, 1994 ; P. B. CASELLA, (org.), *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição*, São Paulo, LTr, 1996 ; *MERCOSUL, exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico*, São Paulo, Ltr, 1996.

¹⁰⁵⁵ R. R. de AGUIAR, *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional*, Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 2, n. 21, 2000, p. 15-31.

nationaliste dont la jurisprudence a fort heureusement bien tempéré le caractère exorbitant. Ces articles ne jouent qu'à défaut de compétence ordinaire des tribunaux français¹⁰⁵⁶.

A l'égard des règles internes de compétence ordinaire, celles-ci sont transposées aux litiges internationaux à défaut des règles spécifiques de compétence internationale en raison de la matière en litige. Dans le cadre d'un litige relatif au contrat de distribution, il existait des règles en raison de la nature de l'action en responsabilité (A) et, depuis une réforme législative en matière du droit de la concurrence, il existe des règles spéciales applicables à la rupture du contrat de distribution (B).

A- Les règles spéciales en raison de la nature de l'action en responsabilité

La compétence internationale du for du domicile du défendeur (art. 42, al. 1 du CPC français) peut être écartée au profit des règles territoriales¹⁰⁵⁷ spéciales en droit français dénommées « ordinaires ». Ces compétences se trouvent à l'art. 46 du CPC français, laissant la possibilité au demandeur de saisir au choix une autre juridiction en fonction de la matière. Pour que ces règles de compétence territoriale soient appliquées, « *il faut regarder si le chef de compétence se réalise, au jour de l'introduction de l'instance, sur le territoire français* »¹⁰⁵⁸. Ces règles sont appliquées dès lors que le défendeur n'est pas domicilié dans l'Union européenne et le juge constate que l'action en responsabilité comporte un élément d'extranéité¹⁰⁵⁹. Il s'agit ici des règles de compétence territoriale du droit judiciaire français projetées au plan international selon l'interprétation de la Cour de cassation dans les arrêts

¹⁰⁵⁶ Depuis l'arrêt *Société Gognac and Brandies* (Cass. 1re civ., 19 nov. 1985, *Grands arrêts*, n° 71), cette compétence privilégiée n'est toutefois possible qu'autant qu'aucun critère ordinaire de la compétence territoriale n'est pas réalisé en France. A ce propos, v. M.-L. NIBOYET et G. de G. de LA PRADELLE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 342 et s. En outre, les privilèges de juridiction des art. 14 et 15 ont été écartés par deux arrêts. Le premier, un arrêt de la 1re Chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2006 qui a jugé que l'art. 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux (Cass. 1re civ., 23 mai 2006, *Bull. civ. I*, 254, *D.* 2006, p. 1561, obs. I. Gaulmeister, *RCDIP*, 2006, p. 170, n. H. Gaudemet-Tallon, B. AUDIT, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'art. 15 du Code civil », *D.* 2006, p. 1846). Par un second un arrêt, la 1^{re} Chambre civile a adopté la même interprétation de l'art. 14 (Cass. 1re civ., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 2548, n. B. Audit, *JCP G*, 2007, act., n° 258, obs. C. Chabert).

¹⁰⁵⁷ Par ce principe, l'État qui édicte une norme souhaite que la règle soit appliquée dans son territoire. Il ressort que « *le principe de territorialité découle de la souveraineté des États et s'illustrent donc principalement dans les branches du droit qui évoquent les missions de souverain* » (cf. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005, p. 9 et s.). En droit français, v. H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8e éd., vol. 1, LGDJ, 1993, p. 411-420 ; L. USINIER, *La compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.

¹⁰⁵⁸ L'extension consacrée par la jurisprudence à l'ordre international des règles françaises interne de compétence a été justifié par « *l'accessibilité aux plaideurs et le souci de la bonne administration de la justice* » (cf. M.-L. NIBOYET et G. de G. de LA PRADELLE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 350).

¹⁰⁵⁹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 204.

*Pelassa*¹⁰⁶⁰ et *Scheffel*¹⁰⁶¹. En conséquence de quoi, chaque règle de compétence territoriale interne correspond donc à une règle de compétence internationale.

L'art. 46 du CPC français prévoit des règles spéciales de compétence territoriale en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle qui sont transposées aux litiges internationaux permettant de connaître le tribunal compétent. Il ressort d'une part qu'en matière contractuelle, des options de compétence permettent de saisir, outre le tribunal français du domicile du défendeur, soit celui du lieu de la livraison effective de la chose, soit celui du lieu d'exécution de la prestation de service (art. 46, al. 2)¹⁰⁶². D'autre part, en matière délictuelle, le tribunal compétent peut être soit celui du lieu du fait dommageable, soit celui dans le ressort duquel le préjudice a été subi (art. 46, al. 3).

Il apparaît qu'en fonction de la qualification de la matière, deux ordres de compétences territoriales peuvent exister, selon que la matière est qualifiée de contractuelle ou délictuelle. Dans les litiges relatifs à la rupture du contrat de distribution, le demandeur devrait justement choisir le chef de compétence approprié à la matière. En ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà admis dans un arrêt de 2005, dans les relations internes du moins, que le texte sur la rupture brutale des relations commerciales établies créait un cas de responsabilité délictuelle¹⁰⁶³. Ainsi, en l'absence de toute clause de compétence, la violation de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. expose à un grief de « nature délictuelle » dans l'ordre interne. En conséquence de quoi, les règles de compétence juridictionnelle territoriale s'appliquent en vertu de l'art. 46, al. 3 du CPC français, permettant ainsi d'agir devant la juridiction du lieu du fait dommageable ou celui dans le ressort duquel le dommage a été subi. Lorsqu'il y a dissociation entre le fait générateur et le lieu du dommage un choix est donc offert à la victime par la loi française.

Au-delà du débat sur la nature délictuelle ou contractuelle de l'action engagée sur le terrain de l'art. L. 442-6 du C. com., la position de la chambre commerciale avait une réelle

¹⁰⁶⁰ Cass. 1re civ. 19 oct. 1959, *D.* 1960, p. 37, n. D. Holleaux, *RCDIP* 1960, p. 215, n. Y. Lequette. Dans cet arrêt la Cour a admis l'extension des règles françaises internes de compétence.

¹⁰⁶¹ L'arrêt a énoncé que « l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises » : Cass. 1re civ. 30 oct. 1962, *RCDIP* 1963, p. 387, n. Franceskakis, *D.* 1963, p. 109, n. D. Holleaux, *Grands arrêts*, n° 37.

¹⁰⁶² D. COSNARD, « La compétence territoriale en matière contractuelle », in *Mélanges P. Hebraud*, 1981, p. 207 et s.

¹⁰⁶³ La Cour de cassation a admis implicitement que le texte sur la rupture brutale des relations commerciales établies créait un cas de responsabilité délictuelle : Cass. 2e civ. 6 oct. 2005, *Bull. civ.* II, n° 236, *D.* 2005, *AJ*, p. 2677, obs. E. Chevrier, *CCC.* 2006, n° 34, obs. M. Malaurie-Vignal; *JCP*, 2006, I, n° 111, § 16, obs. Ph. Stoffel-Munck), elle l'avait affirmé explicitement dans son arrêt de la Chambre commerciale du 6 février 2007 (*préc.*).

vertu : celle de faciliter l'action en justice de la part du demandeur réputé plus faible économiquement, puisque c'est le tribunal de son domicile ou siège social qui est alors compétent. Toutefois, les règles spéciales en raison de la nature de l'action en responsabilité ne sont plus applicables dans les litiges liés à la rupture du contrat de distribution, car il existe des règles de compétence exceptionnelle en matière de pratiques anticoncurrentielles à cet effet.

B- Les règles de compétence exceptionnelle en matière de pratiques anticoncurrentielles

A la fin de l'année 2009, le législateur français a instauré des juridictions spécialisées pour connaître des pratiques restrictives de concurrence¹⁰⁶⁴.

Maintenant, dès lors que l'ordre juridique français est compétent pour décider d'un litige relatif à la rupture d'un contrat de distribution international fondé sur l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com., ce sont les règles de compétence exceptionnelle mettant en place une spécialisation des juridictions judiciaires de droit commun qui ont vocation à s'appliquer. Désormais, une liste énumère les huit tribunaux de commerce et les huit tribunaux de grande instance compétents qui ont les mêmes sièges, soit ceux de Paris, Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy et Rennes. Cette liste est codifiée à l'art. D. 442-3 du C. com.. De plus, ce dispositif détermine que la cour d'appel de Paris est la seule apte à juger au second degré sur tout le territoire français. Pour certains, le mécanisme peut être critiquable puisque les tribunaux de commerce, le plus souvent aptes en raison de la matière commerciale, ne seront plus compétents pour ce type d'action¹⁰⁶⁵.

L'avantage de ces nouvelles règles de juridictions exceptionnelles consiste à dire que le demandeur n'a plus besoin de fonder l'action de dommages et intérêts liée à la rupture du contrat de distribution selon le chef de responsabilité engagée. Cette solution facilite sans doute la saisine d'un tribunal en France. En revanche, le distributeur qui n'est pas domicilié dans l'une des villes énumérées dans le décret sera obligé de plaider ailleurs, même si le dommage se produit sur place.

¹⁰⁶⁴ L'art. L. 442-6, III du C. com. issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 prévoit que les litiges relatifs à l'application de l'art. L. 442-6 sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. Le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 dresse la liste des juridictions spécialisées désormais compétentes pour trancher le contentieux de l'art. L. 442-6.

¹⁰⁶⁵ B. RUY, « Regroupement du contentieux de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP A.*, n° 50, 10 déc. 2009, act. 591.

§2- Les règles de compétence internationale en droit brésilien

Le droit brésilien ne prévoit pas de règles spécifiques de compétence juridictionnelle aux contrats de concession commerciale, concession de véhicules automobiles et franchise. De la sorte que le litige relatif à la rupture du contrat international est soumis aux règles en matière de compétence internationale brésilienne prévues aux art. 88 du CPC brésilien et 12 du LINDB. La jurisprudence au Brésil considère que la compétence internationale de la justice brésilienne est prioritaire à l'égard d'une éventuelle convention d'élection de for, car il s'agit d'une compétence concurrente des juridictions brésiennes qui empêche l'efficacité des conventions internationales et qui se trouve à l'origine d'une grande insécurité juridique dans le cadre des contrats internationaux du commerce¹⁰⁶⁶.

L'art. 12 du LINDB indique que la juridiction brésilienne est compétente dès lors que le défendeur est domicilié au Brésil ou dès lors que l'obligation doit être accomplie sur le territoire brésilien. En ce sens, l'art. 88 du CPC brésilien prévoit que l'autorité brésilienne est compétente, au delà de la *lex domicilli* du défendeur (art. 88, al. I), dès lors que : (i) « l'obligation doit être accomplie au Brésil » (art. 88, al. II) et, (ii) *l'action en justice est originaire d'un fait ou d'un acte pratiqué au Brésil* (art. 88, al. III). Selon l'interprétation du Tribunal supérieur de justice, il suffit que l'un de ces chefs de compétence se produise au Brésil pour que la juridiction brésilienne soit compétente¹⁰⁶⁷. Comme l'indique M. Athos Gusmão Carneiro, « l'imposition d'un tribunal étranger comme juridiction compétente pour trancher les litiges liés au contrat exécuté ou en train d'être exécuté au Brésil constitue un acte offensif au droit constitutionnel de l'accès à la justice brésilienne, ainsi qu'à la souveraineté nationale ». En réalité, le privilège de la juridiction brésilienne sur le for étranger résulte de la souveraineté de l'État brésilien et de son pouvoir d'adopter des normes d'ordre public qui définissent la compétence concurrente de la justice brésilienne. Ces règles ne peuvent pas être dérogées par la seule volonté des parties. Ceci démontre donc que les

¹⁰⁶⁶ J. GRANDINO RODAS, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, *Op. cit.*, p. 176 ; N. de ARAUJO, *Direito Internacional Privado, Op. cit.*, p. 231 et s.

¹⁰⁶⁷ STJ, REsp. n° 2170/SP (199000012996) 4713, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 07.08.1990, DJ: 03.09.1990. A ce propos, v. spécialement J.-C. BARBOSA MOREIRA, « Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – competência internacional da justiça brasileira, Prova do Direito Estrangeiro », *RF*, vol. 343, p. 279.

règles de conflits de juridictions brésiliennes conservent un caractère territorialiste¹⁰⁶⁸ et unilatéral¹⁰⁶⁹.

En ce sens, la Haute juridiction brésilienne a rendu un arrêt dans lequel elle énonce que la juridiction brésilienne était également compétente pour trancher un litige concernant la non exécution des obligations contractuelles assurées par un contrat de *performance bond* émis par deux sociétés américaines¹⁰⁷⁰. Ces deux sociétés plaidaient l'exception d'incompétence des tribunaux brésiliens, puisque la Cour de New York était saisie de l'affaire en raison de la clause d'élection de for existante dans le contrat d'assurance. Toutefois, le Tribunal supérieur de justice a déclaré que le contrat de *performance bond* est accessoire au contrat principal de prestation de service conclu avec un consortium formé par trois sociétés brésiliennes, dont l'objet consistait dans la manutention et le dépôt de pétrole et gaz d'un navire pétrolier. Afin de justifier la compétence concurrente de la juridiction brésilienne, la Haute juridiction énonce, d'une part, que la juridiction brésilienne est compétente puisque les obligations principales du contrat de prestation de service sont exécutées au Brésil (art. 88, II, CPC brésilien) et, d'autre part, elle affirme que la clause d'élection de for insérée dans le contrat d'assurance constitue une obligation accessoire qui ne déroge pas à la compétence prioritaire brésilienne¹⁰⁷¹.

Il faut noter que dans l'arrêt la Cour brésilienne a indiqué que la « *justice brésilienne est indifférente sur le fait qu'une autre action identique ait été introduite auprès d'un tribunal étranger* ». Cela veut dire que le droit brésilien n'accepte pas de litispendance internationale en vertu de l'art. 90 CPC brésilien¹⁰⁷². Cet article vient encore renforcer le pouvoir de

¹⁰⁶⁸ En ce sens, v. J.-I. G. FRANCESCHINI, « A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais », J. Grandino Rodas (coord.), in *Contratos Internacionais*, 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 91-145, spéc. p. 108.

¹⁰⁶⁹ V. aussi M. de NARDI, « A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: uma visão Brasileira », J. Grandino Rodas (coord.), in *Contratos Internacionais*, 3e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 122-194.

¹⁰⁷⁰ STJ, REsp. n° 251.438- RJ (2000/0024821-5), Rel. Min. Barros Monteiro, j. 08.09.2000, DJ: 02.10.2000.

¹⁰⁷¹ En ce sens, v. les jurisprudences citées par M. Luiz Olavo Baptista. L'auteur a établi un rapport pour répondre à une consultation concernant une demande de dommages et intérêts issue de la rupture d'un contrat de distribution de logiciels distribués au Brésil (*Lições de Direito Internacional, Estudos e Pareceres de Luiz Olavo Baptista*, M. BASSO et P. L. de CARVALHO (coord.), Curitiba, Juruá, 2009, p. 237 et s.).

¹⁰⁷² L'art. 90 : « *L'action introduite devant une juridiction étrangère ne résultera pas en litispendance, et ne pourra pas empêcher que l'autorité brésilienne saisie statue dans les demandes ayant la même cause, ainsi que la même connexité* » (notre traduction). En ce sens, les juges de la cour d'appel de São Paulo se sont déclarés compétents pour juger une affaire relative à la rupture d'un contrat de joint venture exécuté au Brésil. La cour a cassé un recours d'annulation de l'action introduite devant une juridiction de première instance où le demandeur plaidait l'incompétence absolue de la justice brésilienne. Pour cela, elle a fondé sa décision en affirmant que « *l'introduction d'un acte d'instance devant une juridiction étrangère ne met pas en cause la compétence du juge brésilien pour connaître les demandes connexes, puisqu'il n'existe pas de litispendance* », (TJSP, AgIn. n° 172.860-1, Des. Rel. Antonio Marson, j. 29.04.1992).

l'autorité judiciaire brésilienne à imposer sa compétence concurrente dans les litiges liés aux contrats internationaux exécutés sur son territoire¹⁰⁷³. C'est pour cela que le juge brésilien saisi en second lieu peut statuer d'office, même si le premier tribunal saisi est également compétent en raison de ses propres règles de conflit de juridictions ou d'une clause d'élection de for¹⁰⁷⁴.

Il faut noter néanmoins que dans le cadre d'un litige entre parties brésilienne et française, les effets de la règle de l'art. 90 CPC brésilien peuvent être anéantis. Dans le cadre de l'art. 18.1 de la Convention de coopération judiciaire en matière civile entre la France et le Brésil signée le 28 mai 1996¹⁰⁷⁵, il est prévu la reconnaissance et l'exécution mutuelle des décisions rendues par les tribunaux de l'un des deux États sur le territoire de l'autre État si elles réunissent les conditions de l'art. 18. 1. f, à savoir : dès lors qu'« *un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet que sur le territoire de l'État où la décision a été rendue : (i) n'est pas pendant devant un tribunal de l'État requis premier saisi, ou ii) n'a pas donné lieu à une décision rendue sur le territoire de l'État requis à une date antérieure à celle de la décision présentée à l'exequatur* ». Ces règles doivent être bien observées notamment par le cocontractant brésilien qui souhaite saisir le tribunal brésilien, alors que le tribunal français a déjà été saisi de la même demande en premier.

En dehors du cadre d'une convention bilatérale, il est toujours possible que la compétence des tribunaux brésiliens soit soulevée dès lors que l'un des chefs de compétence de l'art. 88 CPC brésilien semble être appliqué. Toutefois, il se trouve que l'une ou l'autre jurisprudence puisse rejeter la mise en œuvre de ce dispositif.

Ainsi, la cour d'appel de l'État de Sao Paulo a rendue, plus récemment, une décision remarquable dans le cadre d'un litige lié à la prorogation d'un contrat de distribution de produits conclu entre une société brésilienne (distributeur) et une société américaine (fabricant). Les juges du fond ont décidé que les juridictions brésiliennes ne sont pas

¹⁰⁷³ A juste titre, J.-C. B. MOREIRA a soulevé que ces règles n'ont rien de « concurrentes », au contraire, elles énoncent tout simplement une compétence unilatérale de la justice brésilienne (« *Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição – Competência Internacional da justiça brasileira, Prova do Direito Estrangeiro* », *Op. cit.*, p. 279). En ce sens, v. également un arrêt du Premier TA civ. de l'Etat de São Paulo SP, AgIn. n° 0803632-0, Terceira Câmara, Rel. Des. Carvalho Viana, j. 11.08.1998.

¹⁰⁷⁴ J.-I. de MESQUITA, « *Da competência internacional e dos princípios que a informam* », *Rev. de Proc.*, n° 50, p. 55 ; J. I. G. FRANCESCHINI, « *A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais* », *Op. cit.*, p. 91-145.

¹⁰⁷⁵ Le décret n° 2000-940 du 18 septembre 2000 portant publication de la convention d'entraide judiciaire en matière civile entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérative du Brésil, signée à Paris le 28 mai 1996 est disponible sur le site interne, à l'adresse suivante : www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000766813&dateTexte.

compétentes pour trancher la demande de dommages et intérêts concernant la résiliation du contrat¹⁰⁷⁶. Le contrat ne prévoyait pas de clause d'élection de for, mais une « clause 16, d » qui stipulait que la convention devait être « *signée et interprétée selon la loi du Missouri* ». La cour d'appel, sans retrouver aucun rattachement avec le Brésil, a précisé enfin qu'aucune des conditions imposées à l'art. 88 CPC brésilien n'a été remplie pour fonder la compétence de la juridiction brésilienne. De ce fait, la cour d'appel a confirmé la sentence rendue en première instance par laquelle le juge avait annulé la procédure sans juger le fond en l'absence de base légale.

Cette solution mérite notre attention. Si, d'une part, l'attitude du juge brésilien se montre bienveillante dès lors qu'il vérifie si le litige a suffisamment de liens importants avec le Brésil pour justifier la compétence de l'autorité brésilienne, d'autre part, il faut dire que le distributeur brésilien sera amené plus souvent à plaider devant un tribunal étranger, ce qui peut rendre la procédure très onéreuse pour un distributeur en difficulté financière qui a signé un contrat d'adhésion.

Section 2- Les règles de droit international privé de source interrégionale

La France et le Brésil sont membres de deux organisations économiques et politiques respectivement, l'Union européenne et le Mercosur, qui adoptent des instruments juridiques tendant à harmoniser le droit des pays membres. Si l'on ne peut éviter la comparaison qui consiste à dire que le Mercosur s'achemine vers la direction d'un véritable processus d'intégration économique à la lumière de l'Union européenne¹⁰⁷⁷, il semble que le Mercosur « *n'a imité que superficiellement la technique juridique communautaire au fil de son évolution* »¹⁰⁷⁸.

Le motif d'une telle disparité entre les deux blocs régionaux quant à l'évolution des mécanismes juridiques revient à leur objectif majeur au moment de leur conception. L'un des objectifs de l'Union européenne est de favoriser la libre circulation des biens et des personnes au sein de son marché intérieur¹⁰⁷⁹. C'est pourquoi elle se dote d'un corpus législatif qui permet l'uniformisation graduelle et constante des instruments juridiques, tandis que la

¹⁰⁷⁶ TJSP, Ap. civ. n° 1.124.858-1, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, j. 02/09/2009.

¹⁰⁷⁷ F. REZEK, *Direito Internacional Público*, 5e éd., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 270 : « *le Mercosur a vocation à devenir une organisation internationale (...). Pour le moment ce qui nous avons est un traité non institutionnel* ».

¹⁰⁷⁸ D. VENTURA, *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne. Les enjeux d'une association interrégionale*, L'Harmattan, 2003, p. 22.

¹⁰⁷⁹ L'Union européenne a été créée par l'association volontaire d'États européens et a pour but d'assurer le maintien de la paix en Europe et d'inciter le progrès économique et social (art. 2 du Traité instituant l'Union européenne).

politique d'harmonisation des règles juridiques au sein du Mercosur vise quasiment et prioritairement les échanges commerciaux¹⁰⁸⁰.

Au vu de ces différences, il conviendra de comparer les instruments d'unification des règles de conflits de juridictions qui peuvent s'appliquer à un litige en matière de rupture du contrat de distribution dans le cadre de l'Union européenne (§ 1) et dans le cadre du Mercosur (§ 2).

§ 1- Les règles de conflit de juridictions applicables dans le cadre de l'Union européenne

Les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale de droit européen font partie de l'acquis communautaire en matière de coopération civile et commerciale dans le cadre de l'ancien troisième pilier, institué par le Traité sur l'Union européenne de 1993 (Traité de Maastricht)¹⁰⁸¹. C'est dans ce contexte que le règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire et la reconnaissance et exécution des décisions en Europe a été adopté en 2000.

Au vu de l'importance de cet instrument et de sa récente révision dont le résultat est la refonte du règlement Bruxelles I, il est opportun d'abord de vérifier le cadre général d'application de ce nouveau règlement même si aucune règle spécifique au contrat de concession commerciale et de franchise a été adopté (A). A défaut, il conviendra ensuite de vérifier les règles de conflits de juridictions qui peuvent déterminer la compétence judiciaire pour juger un litige lié à la rupture du contrat international de distribution (B).

A- Du règlement Bruxelles I au règlement Bruxelles I-bis : l'absence d'une règle de compétence internationale spécifique au contrat de distribution

Le processus d'uniformisation des règles de compétence juridictionnelle internationale des États membres de l'Union européenne, a d'abord pris sa source dans la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue le 28 septembre 1968 sur le fondement de l'art. 220 du Traité de Rome¹⁰⁸². Cette convention voulait faciliter la libre circulation des jugements en

¹⁰⁸⁰ Dans une moindre mesure, le Mercosur a pour but la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production, l'établissement d'un tarif extérieur commun, la coordination des politiques macroéconomiques et sectorielle (D. VENTURA, *Op. cit.*, p. 25 et s.).

¹⁰⁸¹ Depuis le Traité de Maastricht, la négociation et l'adoption de plusieurs conventions et normes de droit dérivé ont été possibles. Sur ce point, v. M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 4e éd., Ed. de l'Université de Bruxelles, 2012, p.14 et s.

¹⁰⁸² H. GAUDEMONT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *Op. cit.*, p. 224 et s. ; J.-P. BERAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la

Europe, en matière civile et commerciale. Elle est devenue, après le Traité d'Amsterdam et la communautarisation du droit international privé, le règlement du Conseil du 22 décembre 2000, dit règlement n° 44/2001 ou « Bruxelles I »¹⁰⁸³. Ce texte est une norme communautaire qui s'impose à tout juge national d'un État membre de l'Union européenne, lorsque l'action judiciaire est intentée postérieurement le 1^{er} mars 2002.

Toutefois, le règlement Bruxelles I a fait l'objet d'une révision¹⁰⁸⁴ suite à la consultation soumise aux États membres concernant son fonctionnement dans la pratique¹⁰⁸⁵. Il apparaît que l'un des aspects importants justifiant la refonte de ce règlement est de permettre un accès égal à la justice sur la base de règles claires et précises en matière de compétence internationale¹⁰⁸⁶. C'est dans cet esprit que la Commission européenne a publié son projet¹⁰⁸⁷, suivi des amendements proposés par le Parlement européen et le Conseil sur la refonte¹⁰⁸⁸. Le nouveau règlement Bruxelles I, ci-après dénommé « Bruxelles I-bis », adopté le 12 décembre 2012 entrera en vigueur le 10 janvier 2015¹⁰⁸⁹.

Les points principaux de la réforme du règlement Bruxelles I concernaient la suppression de l'exequatur, l'amélioration du fonctionnement du règlement dans l'ordre juridique international avec la création d'un for de nécessité, l'amélioration du lien entre le règlement et l'arbitrage, la meilleure coordination des procédures devant les juridictions des

reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, p.1046 ; M.-L. NIBOYET, « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 » *Gaz. Pal.* 10-12 juin 2001, p. 943 et s. spéc. p. 945 et s.

¹⁰⁸³ Dit règlement de Bruxelles I, il est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Le champ d'application du règlement de Bruxelles I est plus large que celui de la Convention : celle-ci ne s'appliquait qu'aux États signataires, alors que celui-là s'applique d'office à tous les États membres de l'Union à l'exception du Danemark ; ce pays continuera d'appliquer le texte antérieur dans ses rapports avec les autres États membres. C'est pour cela que le remplacement n'est que partiel (*JOUE*, L 12, 16 janvier 2001, p. 1).

¹⁰⁸⁴ V. le Livre vert adopté en avril 2009 par la Commission, COM (2009) 175/4 et le rapport présenté par la Commission, COM (2009) 174/3, sur la révision du règlement n° 44/2001.

¹⁰⁸⁵ Une des premières études a été préparée par le professeur Arnaud Nuyts. Il avait pour thème ce que la Commission appelle « la compétence résiduelle » qui peut se traduire en termes plus clairs par la relation avec les États tiers, ou le traitement par les États membres des rapports de droit naissant avec des personnes domiciliées dans un État tiers. Cette étude est disponible (en anglais uniquement) à l'adresse internet suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm. V. également le rapport général sur l'application du règlement Bruxelles I des professeurs B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation, 44/2001, Application and the enforcement in the EU*, C. H. Beck, Munich, 2008, ou également sur le site Internet et disponible (en anglais uniquement) à l'adresse http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

¹⁰⁸⁶ V. la réponse des autorités françaises au Livre vert relatif à la révision du règlement n° 44/2001, disponible sur le site du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale justifiant la révision du règlement : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/france_fr.pdf.

¹⁰⁸⁷ COM (2010) 748 final, 14 déc. 2010.

¹⁰⁸⁸ COM (2010)0748 – C7-0433/2010, 28 juin 2011.

¹⁰⁸⁹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *JOUE* L 351/1.

États membres, et l'accès à la justice dans l'espace européen. Le résultat de la refonte a été cependant plus modeste que la proposition initiale, notamment en relation avec le projet d' « *internationalisation* » du règlement¹⁰⁹⁰.

En réalité, la jurisprudence européenne a été à l'origine de l'internationalisation des règles uniformes du règlement Bruxelles I. Dans un premier arrêt dit *Group Josi*¹⁰⁹¹, la CJCE a été sollicitée pour se prononcer sur l'applicabilité de la Convention de Bruxelles concernant un litige opposant un défendeur domicilié en Belgique à un demandeur domicilié au Canada. Elle répond que la convention « *trouve en principe à s'appliquer dès lors que le défendeur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un État contractant, même si le demandeur est domicilié dans un pays tiers* ». Faisant ainsi de la localisation du domicile du défendeur sur le territoire d'un État contractant le critère cardinal de l'applicabilité du texte conventionnel, l'arrêt *Group Josi* lance alors le débat à propos de l'interprétation extensive du champ d'application du règlement. Certes, la Cour a encore progressé dans sa manière d'envisager l'application du règlement de façon plus étendue.

Quelques années plus tard, la Cour a également été amenée à se prononcer dans un cadre d'application universelle de la Convention de Bruxelles. Dans l'arrêt *Owusu*¹⁰⁹², le premier juge a renoncé à suspendre l'exercice de sa compétence juridictionnelle en faveur des tribunaux jamaïquains. La Cour a décidé, en l'espèce, d'appliquer les règles européennes et d'interdire aux juridictions anglaises d'utiliser la doctrine du *forum non conveniens* qui leur aurait permis de se dessaisir d'une affaire avec laquelle les juridictions anglaises n'avaient pas de liens très étroits. Il apparaît que l'art. 2 de la Convention de Bruxelles était impératif, en ce

¹⁰⁹⁰ L'un des aspects primordiaux de la refonte du règlement Bruxelles I concerne la question de l' « *internationalisation* » du règlement, comme cela a été évoqué par Mme Catherine Kessedjian (C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.*, 47 (1), 2011, p. 1-15). Il s'agit selon l'auteur d'une « *décision politique qui semble avoir été prise, d'étendre ces dispositions aux relations qui concernent les personnes domiciliées dans un État tiers et les litiges qui en sont issus à partir du moment où un tribunal d'un État membre en est saisi* ».

¹⁰⁹¹ CJCE, 13 juill. 2000, *aff. C-412/98, Universal General Insurance c. Group Josi Reinsurance Co. SA*, *Rec. I-5925*, concl. N. Fennelly, *JDI* 2002, p. 623, n. F. Leclerc.

¹⁰⁹² CJCE, 1^{er} mars 2005, *aff. C-281/02, Owusu c. Jackson e.a.*, *D.* 2006, p. 1259, obs. C. Nourissat, P. Courbe et F. Jault-Seseke ; C. CHALAS, « Champs d'application territorial de la Convention de Bruxelles », *RCDIP* 2005, p. 698. En l'espèce, M. Owusu, ressortissant britannique domicilié au Royaume-Uni, a été victime d'un très grave accident alors qu'il se trouvait en vacances en Jamaïque. En plongeant dans la mer à un endroit où l'eau arrivait à hauteur de l'abdomen, il a heurté un banc de sable immergé et a subi une fracture de la cinquième vertèbre cervicale qui l'a rendu tétraplégique. À la suite de cet accident, M. Owusu a introduit, au Royaume-Uni, une action en responsabilité contractuelle à l'encontre de M. Jackson, également domicilié dans cet État. Ce dernier avait loué à l'intéressé une villa de vacances à Mammee Bay (Jamaïque). Selon M. Owusu, le contrat, qui stipulait qu'il avait accès à une plage privée, prévoyait implicitement que celle-ci serait raisonnablement sûre ou exempte de dangers cachés. Il a encore introduit d'autres actions contres les autres défendeurs ayant leur siège en Jamaïque. Outre le lieu de réalisation du dommage, plusieurs éléments désignaient les tribunaux jamaïquains comme étant les plus appropriés pour trancher le litige.

sens qu'un État membre doit retenir sa compétence fondée sur le domicile du défendeur, même si le litige entretient des liens étroits avec un État tiers. Il ressort ainsi de la décision que l'art. 2 l'emporte sur la compétence concurrente du for d'un pays tiers saisi en vertu de son propre droit commun, « *tout en reconnaissant une prétention universaliste aux règles conventionnelles* »¹⁰⁹³. Suivant la solution de la jurisprudence, la Commission a proposé dans le projet de refonte d'élargir le règlement aux défendeurs domiciliés dans un État tiers (considérant 16)¹⁰⁹⁴, en raison semble-t-il de la bonne administration de la justice¹⁰⁹⁵.

Néanmoins, le nouveau règlement Bruxelles I-bis n'a pas étendu le champ d'application du règlement à des pays tiers en-dehors de trois cas alternatifs : localisation sur le territoire d'un État membre du domicile du défendeur, réalisation sur le territoire d'un État membre d'une compétence exclusive, clause attributive de juridiction stipulée conformément aux prévisions du règlement et désignant les juridictions d'un État membre (considérant 14)¹⁰⁹⁶. L'objectif est aussi de pouvoir « *laisser une marge de manœuvre aux États dans leurs rapports avec les pays non européens* »¹⁰⁹⁷.

En outre, l'objectif de cette refonte a été également d'harmoniser les règles de conflit de juridictions et l'application des instruments communautaires en matière de conflits de lois, tels que les règlements Rome I et Rome II. Alors que cet objectif a été bien rappelé dans la refonte du nouveau règlement Bruxelles I, aucune proposition a été lancée dans le sens de créer des for spéciaux pour les contrats de concession commerciale et de franchise, malgré les

¹⁰⁹³ C. CHALAS, « Champs d'application territorial de la Convention de Bruxelles », *Op. cit.*, p. 698. Selon ce commentateur, la solution de l'arrêt Owusu « *oppose les partisans d'une adaptabilité de la doctrine du forum non conveniens au schéma conventionnel* ». Cette position est majoritairement défendue par la doctrine et la jurisprudence anglaise. En ce sens, voir R. FENTIMAN, « Civil Jurisdiction and Third States: Owusu and after », *CMLR*, 2006/43, p. 705.

¹⁰⁹⁴ Le considérant 16 dispose que : « *Afin de défendre les intérêts des demandeurs et des défendeurs et de favoriser une bonne administration de la justice au sein de l'Union européenne, la domiciliation d'un défendeur dans un pays tiers ne devrait plus exclure l'application de certaines règles de l'Union sur la compétence, et il ne devrait plus y avoir de renvoi au droit national* ».

¹⁰⁹⁵ V. la réponse de la délégation française, *préc.*, p. 6 et s. : « *Partant de ce constat et dans la continuité de la jurisprudence Owusu, les autorités françaises considèrent qu'il serait utile d'élargir la possibilité pour un demandeur d'attirer un défendeur domicilié dans un État tiers devant les juridictions d'un État membre. Puisque cette possibilité est déjà en raison de compétences exclusives (article 22 du règlement), et, partiellement, en raison d'une convention attributive de juridiction conclue par les parties, dont l'une au moins réside dans un État membre, au profit d'une juridiction d'un État membre (articles 23 et 24 du règlement), il serait logique d'en étendre le principe dès lors que les juridictions d'un État membre sont compétentes en vertu de l'article 2 ou des sections 2 à 7 du règlement* ».

¹⁰⁹⁶ Considérant 14 : « *D'une manière générale, le défendeur non domicilié dans un État membre devrait être soumis aux règles de compétence nationales applicables sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie. Cependant, pour assurer la protection des consommateurs et des travailleurs, pour préserver la compétence des juridictions des États membres dans les cas où elles ont une compétence exclusive et pour respecter l'autonomie des parties, certaines règles de compétence inscrites dans le présent règlement devraient s'appliquer sans considération de domicile du défendeur* ».

¹⁰⁹⁷ En ce sens, v. L. d'AVOUT, « La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012) », *D.* 2013, p. 1014.

difficultés de délimitation de la compétence contractuelle et délictuelle pour la détermination de la compétence internationale¹⁰⁹⁸.

C'est pourquoi la jurisprudence française et l'interprétation donnée pas la CJUE dans certaines affaires sont essentielles pour la détermination de la juridiction compétente dans les litiges liés à la rupture du contrat de distribution¹⁰⁹⁹.

En ce sens, il semble opportun de vérifier les conditions d'application des règles de compétence judiciaire européenne, lorsqu'il s'agit d'un litige relatif à un contrat international de distribution.

B- Les règles spéciales applicables au contrat international de distribution

A l'égard des contrats de distribution, la jurisprudence française montre, au fil des années, des difficultés liées à l'absence de spécificité dans les solutions présentées par le règlement Bruxelles I, puisqu'il n'existe pas jusqu'à présent de règle de conflit qui indique clairement la compétence internationale en la matière. C'est pourquoi la jurisprudence française a fait preuve de créativité afin de trancher de nombreuses affaires¹¹⁰⁰. La règle de base de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I est que le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant est attiré devant les juridictions de cet État (art. 2). Mais une autre possibilité est offerte par l'art. 5, sous forme d'une alternative, selon qu'il s'agit d'une matière contractuelle ou d'une matière délictuelle.

Les chefs de compétence de l'art. 5 ont été amplement appliqué en matière de droit de la distribution ces dernières années. Les jurisprudences française et européenne ont fait face à de nombreuses difficultés d'application de ces articles qui nécessitent une analyse détaillée. Cette étude mérite d'autant plus d'être réalisée que le nouveau règlement Bruxelles I-bis a maintenu les compétences spéciales de l'art. 5, dorénavant art. 7, en matière contractuelle et délictuelle.

¹⁰⁹⁸ Ces difficultés ont été spécialement soulevées dans le rapport français faisant partie de la consultation publique de la refonte du règlement Bruxelles I, *préc.*

¹⁰⁹⁹ Bien entendu, la cohésion du système quant à l'interprétation des normes européennes et leur application par les juges nationaux sont assurées par la Cour de Justice de l'Union européenne, précédemment appelée Cour de Justice des communautés européennes avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. En ce sens, v. K.-D. BORCHARDT, *L'ABC du droit de la l'Union européenne, Op. cit.*, p. 45. V. une étude générale sur la question de M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *RCDIP* 2002, p. 1-38 et p. 289-314.

¹¹⁰⁰ En ce sens, v. l'étude des arrêts de la jurisprudence française concernant les conflits de juridictions et de lois relativement aux contrats de distribution : M.-E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP* 2008, p. 561, spéc. n° 3 et s.

C'est pourquoi l'analyse de la jurisprudence sous l'égide du règlement Bruxelles I s'impose. Ainsi, nous traiterons à la fois la matière contractuelle (1) et la matière délictuelle (2) afin de dégager quel serait le tribunal compétent en matière de rupture du contrat international de distribution.

1- Les règles de compétence en matière contractuelle

La Convention de Bruxelles de 1968 prévoyait une option de compétence en matière contractuelle qui a été reprise par l'art. 5-1 du règlement Bruxelles I. Ce texte a été interprété de nombreuses fois par la CJCE et les arrêts rendus à l'occasion de la Convention de Bruxelles sont susceptibles d'être appliqués à l'égard des règlements Bruxelles I et Bruxelles I-bis.

L'approche adoptée pour notre analyse tient compte de la temporalité des décisions qui ont construit une jurisprudence importante. De ce fait, nous commencerons par l'analyse de la notion de matière contractuelle forgée par les juges communautaires (a). Elle sera suivie de la vérification des règles de compétence attribués à deux types de contrats spécifiques (b) et, en dernier, à l'interprétation spécifique du juge français qui peut être attribué au contrat de distribution (c).

a- L'évolution de la notion de matière contractuelle

La notion de matière contractuelle a été forgée par une interprétation autonome¹¹⁰¹ de la CJCE encore sous l'égide de la Convention de Bruxelles de 1968. Il s'agit de l'arrêt *Arcado*¹¹⁰² relatif à un litige découlant de la rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale autonome où l'agent demandait le paiement de commissions dues en exécution du contrat. L'indemnisation était destinée à réparer les conséquences dommageables d'une absence de préavis de rupture. Les juges européens ont décidé qu'une « *demande de versement d'une indemnité compensatoire pour rupture abusive de ce même contrat, (...) trouve sa base dans le non-respect d'une obligation contractuelle* » et relève par conséquent

¹¹⁰¹ CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82, *Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers vereniging*, Rec. CJCE 987, concl. G. F. Mancini ; RCDIP 1983, p. 663, n. H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1983, p. 834, obs. A. Huet : dans cet arrêt la Cour a pris parti en faveur de l'élaboration d'une notion autonome de la matière contractuelle et a exclu le « renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés ». L'art. 267 du TFUE établit que « la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. »

¹¹⁰² CJCE, 8 mars 1988, aff. 9/87, *Arcado c. Haviland*, aff. 9/87, Rec. 1539, concl. G. Slynn ; RCDIP 1988, p. 610, n. H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 453, obs. A. Huet.

de la matière contractuelle au sens de l'art. 5-1 de la Convention de Bruxelles (points 12 et 13). Pour cela, l'arrêt rappelle que « *la notion de matière contractuelle comme une notion autonome qu'il faut interpréter, pour l'application de la convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité* » (pt. 10). Il apparaît que la CJCE ne donne pas une définition générale de la matière contractuelle, mais retient néanmoins un aspect susceptible d'être utilisé dans d'autres affaires. Autrement dit, elle affirme que la demande a « *pour fondement même* » un contrat et qu'elle trouve sa base dans le non-respect d'une obligation contractuelle qui consiste dans l'indemnité de rupture.

Dans une autre décision rendue plus tard, la notion de matière contractuelle a été interprétée de manière négative dans le cadre de la Convention de Bruxelles. Il s'agit de l'arrêt *Jacob Handte*¹¹⁰³ dans le cadre d'un litige opposant le sous-acquéreur de la chose vendue au fabricant, la Cour a estimé que « *la notion de matière contractuelle, au sens de l'art. 5,1 ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers l'autre* » (point 15). Cette notion est rattachée à l'existence d'un contrat et la formule a été reprise dans d'autres arrêts rendus par la CJCE¹¹⁰⁴.

Ces arrêts permettent donc de savoir si l'on est ou non en matière contractuelle au sens de l'art. 5-1 de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I et peut-être même dans le cadre du règlement Bruxelles I-bis dans les années à venir.

Enfin, une dernière précision relative à la notion de matière contractuelle a été soulevée dans l'arrêt *Kalfelis*¹¹⁰⁵. La CJCE a été saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation de l'art. 5-3 et de l'art. 6-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. En l'espèce, la demande formée par M. Kalfelis était fondée à la fois sur des obligations contractuelles et sur des obligations délictuelles. La question posée à la Cour était celle de savoir s'il existait une hiérarchie entre les compétences en matière contractuelle et délictuelle. Pour l'avocat général, M. Darmon, « *la relation contractuelle manifeste une force d'attraction qui doit s'étendre aux demandes à fondement délictuel* », puisque « *c'est la relation contractuelle et non la relation délictuelle qui est déterminante* ». La Cour estime

¹¹⁰³ CJCE, 17 juin 1992, *aff. C-26/91, Jacob Handte, Rec. CJCE* 1992, I, p. 3967 et l'arrêt CJCE, 17 sept. 2002, *aff. C-334/00, Tacconi. A contrario*, il est permis de considérer qu'un litige relatif à un engagement unilatéral relève de la matière contractuelle (contre, CA Grenoble, 1re ch. civ., 14 nov. 1994, *Sté Hanomag c. Sté Payant*, *JCP G* 1995, IV, 476).

¹¹⁰⁴ CJCE, 27 oct. 1998, *aff. C-51/97, La Réunion Européenne, JDI* 1999, p. 630, n. F. Leclerc.

¹¹⁰⁵ CJCE, 27 sep. 1998, *aff. C-189/87, Kalfelis, Rec. CJCE*, I, p. 5565.

que la matière délictuelle ou quasi-délictuelle est une catégorie résiduelle de la matière contractuelle, en ce sens que la responsabilité qui ne peut être qualifiée de contractuelle est de nature délictuelle, à savoir « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'art. 5, paragraphe 1* » (points 17 et 18).

La solution adoptée par la Cour a été de partager la compétence du juge entre la matière contractuelle et délictuelle. Elle indique encore que le demandeur a le choix de porter l'ensemble de sa demande devant le tribunal du domicile du défendeur ou de faire jouer l'art. 22 de la Convention de Bruxelles qui permet, « *dans certaines conditions, au tribunal premier saisi de connaître de l'ensemble du litige, dès lors qu'existe un lien de connexité entre des demandes portées devant des juges différents* » (points 20 et 21).

b- La qualification du contrat de distribution au regard de l'art. 5-1 du règlement Bruxelles I

L'art. 5-1 du règlement Bruxelles et de la Convention de Bruxelles I dispose qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Selon l'arrêt *Tessili* rendu par la CJCE, ce lieu doit être déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflits de la juridiction saisie¹¹⁰⁶. Afin de déterminer l'obligation litigieuse¹¹⁰⁷, la Cour de justice consacre le principe de l'autonomie ou de l'indépendance des obligations dans l'arrêt *de Bloos*¹¹⁰⁸. Il en résulte que la détermination de la compétence judiciaire en cas de litige portant sur un contrat de concession dépendra de l'obligation que le demandeur estimera avoir été violée, c'est-à-dire, l'obligation qui sert de base à l'action judiciaire¹¹⁰⁹. Dès lors, il n'existe pas de solution

¹¹⁰⁶ CJCE, 6 oct. 1976, *aff. 12/76, Tessili*, *JDI* 1977, p. 714, n. A. Huet. Pour une application plus récente, CJCE, 29 sept. 1999, *aff. C-440/97, RJDA*, 2000, n° 821.

¹¹⁰⁷ V. sur la rupture d'un contrat-cadre, F. LECLERC, « Le contrat-cadre en droit international privé », *Op. cit.*, p. 17 et 18.

¹¹⁰⁸ CJCE, 6 oct. 1976, *aff. 14/76, A. de Bloos SPRL c. Sté en commandite par actions Bouyer*, *Rec. CJCE*, I, 1976, p. 1473, concl. Mayras et p. 1497, concl. Reischl ; *D.* 1977, jurispr. p. 616 ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 100 ; *JDI* 1977, p. 714, n. J.-M. Bischoff et p. 719, n. A. Huet ; *RCDIP* 1977, p. 751, n. P. Gothot et G. Holleaux ; G. DROZ, « L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat », *D.* 1977, chron. p. 287 et s.

¹¹⁰⁹ Pour une décision divergente de celle de la CJCE, v. Cass. 1re civ. 8 fév., 2000, *D.* 2000, IR p. 72. Dans cet arrêt, une société française concessionnaire assigna une action en justice contre le concédant écossais et lui demanda le paiement de dommages compensatoires pour inexécution et brusque rupture du contrat ainsi que le rachat du stock. Afin d'éviter la dispersion de compétences, la Haute Juridiction accepte le for du concessionnaire (lieu d'activité), où le contrat de concession est présumé localisé. A ce propos, v. le

unique : la compétence variera *in concreto* en fonction du litige dont le tribunal aura à connaître¹¹¹⁰.

En revanche, le règlement Bruxelles I reprend la règle de la Convention de Bruxelles pour le cas général (art. 5-1, a) mais pour simplifier l'identification du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, il désigne ce lieu de façon autonome : pour la vente de marchandises et pour la fourniture de services (art. 5-1, b). De surcroît, la question qui s'est posée était celle de savoir si ces nouveaux dispositifs pourraient être appliqués aux contrats de distribution et d'échapper ainsi aux arrêts *de Bloos* (qui concernait justement un contrat de concession) et *Tessili*¹¹¹¹.

Ainsi, à l'inverse de l'art. 5-1 de la Convention de Bruxelles qui obligeait à identifier et à localiser l'obligation litigieuse par application de la loi contractuelle, ce nouveau texte oblige la qualification claire des contrats, entre contrat de vente de marchandises, contrats de fourniture de services ou autres contrats puisque seuls les deux premiers font l'objet de la simplification. La solution est donc de déterminer si le contrat de concession et franchise peut rentrer dans une de ces catégories ou si l'on reste dans une logique consistant à effectuer un détour par la loi applicable à l'obligation litigieuse (art. 5-1, a et c)¹¹¹². En d'autres termes, c'est l'obligation caractéristique du contrat, et non l'obligation litigieuse, qui doit être prise en considération¹¹¹³.

En ce sens, il conviendra de vérifier si les règles de compétence spéciales en matière contractuelle, telles que celles pour le contrat de vente de marchandises (i) et de prestation de service (ii), peuvent être appliquées au contrat de distribution.

commentaire de G. BLANC, « L'application de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles dans les contrats de distribution », *D.* 2000, p. 741. Enfin, une doctrine française considère que « l'obligation du concédant de payer des dommages et intérêts au concessionnaire lors de la rupture abusive du contrat ne saurait être autonome puisqu'il s'agit d'une obligation reposant sur le principe général de respect du contrat » (cf., C. DILOY, « Compétence judiciaire internationale et contrats de distribution », *D.* 2002, p. 198).

¹¹¹⁰ L'application de ce texte par les tribunaux français impliquait, dans un bon nombre de cas, de déterminer par application de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 1980 la loi applicable au contrat, afin d'identifier en application de cette loi, le lieu d'exécution de l'obligation, sachant que les stipulations du contrat relativement à ce lieu d'exécution permettent souvent d'éviter ce détour. V. B. AUDIT, « Difficultés d'application de la Convention de Rome et de l'art. 5-1° de la Convention de Bruxelles en matière de contrats de distribution », *D.* 2002, p. 1397.

¹¹¹¹ Pour une critique sur le mécanisme développé par la jurisprudence française, v. D. SINDRES, « De la qualification d'un contrat-cadre de distribution au regard des règles communautaires de compétence », *RCDIP* 2008, p. 863.

¹¹¹² Pour une étude complète sur la question, v. D. ALEXANDRE et A. HUET, « Compétence, reconnaissance et exécution - matières civile et commerciale », *Op. cit.*, p. 23 et s. ; A. MITTMANN, « Compétence internationale en matière contractuelle, quelques éclaircissements récents dans l'obscurité de l'article 5, 1, du règlement Bruxelles I », *D.* 2011, p. 834.

¹¹¹³ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 229.

i- La notion de vente de marchandise

L'art. 5-1, b), premier tiret, du règlement Bruxelles I dispose que pour le contrat de vente de marchandises, la juridiction compétente est celle de l'État membre « où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ». On s'aperçoit que le texte est flou quant à la notion de « contrat de vente de marchandises », en cas d'absence de désignation contractuelle du lieu de livraison. Sur ce point, la Cour de justice a eu à se prononcer il y a quelques années dans un cas où le contrat prévoyait plusieurs lieux de livraison dans un même État membre. La Cour a estimé que le tribunal compétent est celui où s'effectue la « livraison principale » et, à défaut, « le demandeur peut attirer le défendeur devant le tribunal du lieu de livraison de son choix »¹¹¹⁴. On remarque ainsi que l'application de l'art. 5-1, b), premier tiret demeure délicate, puisque que ce dernier offre plusieurs options de compétence judiciaire au contrat de vente qui pourraient être appliquées au contrat de distribution. Pour cela, il est utile de vérifier si le contrat de concession et franchise peut être assimilé à un contrat de vente.

Récemment, la Cour de Justice dans l'arrêt *Car Trim*¹¹¹⁵ s'est prononcée sur la distinction entre contrat de vente de marchandises et contrat de fourniture de services, qu'elle tranche en fonction de l'obligation caractéristique, obligation déterminée par l'analyse de plusieurs éléments comme l'origine des matériaux et la responsabilité du fournisseur. En l'espèce, l'entreprise *KeySafety Systems Srl*, établie à Villastone (Italie), a acheté à la société *Car Trim GmbH* établie à Plauen (Allemagne), des composants de systèmes d'airbags, conformément aux cinq contrats-cadre de livraison que les parties avaient conclus. Selon ces contrats, *CarTrim* devait livrer ces composants à une usine située à Colleferro (Italie) pour le compte de *KeySafety*, dans le cadre de la fabrication et de la livraison desdits composants. Mais à la suite d'une résiliation unilatérale des relations contractuelles par *KeySafety*, *Car Trim* a assigné son cocontractant en dommages et intérêts devant le *Landsgericht Chemnitz* (Allemagne), juridiction du site de production des composants. Celui-ci s'est déclaré incompétent pour connaître du recours, faute de compétence internationale des tribunaux allemands. La requérante a fait appel de cette décision devant l'*Oberlandsgericht*, qui a confirmé l'incompétence des juridictions allemandes. *CarTrim* a alors introduit un recours en

¹¹¹⁴ CJCE 3 mai 2007, n° C-386/05, *Color Drack, D.*, 2007. 1604, 2562, obs. S. Bollée, et 2008. 40, obs. C. Nourissat.

¹¹¹⁵ CJUE, 25 févr. 2010, *Car Trim*, C-381/08, *D.*, 2010, n° 28, p. 1837, n. T. Azzi ; *Europe*, avr. 2010, n° 148, note L. Idot ; *Gaz. Pal.*, 28-29 avr. 2010, n. A. Mittmann ; *Procédures* 2010. Comm. 178, obs. C. Nourissat ; V. aussi D. ALEXANDRE et A. HUET, « Compétence, reconnaissance et exécution - matières civile et commerciale », *préc.*

révision devant le Bundesgerichtshof. C'est dans ces circonstances que la juridiction allemande a interrogé la Cour, sur la question de la qualification du contrat en cause.

La définition communautaire de la vente de marchandise alors forgée par la Cour est bien étendue. L'art. 5-1, b), du règlement Bruxelles I manque de précision concernant les deux catégories de contrats et les éléments de différenciation de ces deux catégories, alors même qu'on peut admettre que l'opération de la vente de marchandise est en même temps incluse dans la fourniture de services. La Cour conclut que le contrat « *dont l'objet est la livraison de marchandises à fabriquer ou à produire, même si l'acheteur a formulé certaines exigences concernant l'obtention, la transformation et la livraison des marchandises, sans que les matériaux aient été fournis par celui-ci [...]* » est un contrat de vente¹¹¹⁶. Il ressort de l'affaire que la prestation caractéristique demeure la livraison d'un bien. Ensuite, elle identifie le lieu de livraison de la marchandise qui, en l'absence de volonté contraire des parties, correspond au lieu de livraison matérielle du bien à l'acheteur et non du lieu de remise au premier transporteur, de sorte qu'on en revient, dans l'espèce, à la compétence de principe qu'est le domicile du défendeur, rendant inutile l'option de compétence.

Depuis cette affaire, des interrogations surgissent quant à la possibilité de qualification du contrat de concession et de franchise en tant que vente de marchandise au sens de l'art. 5-1, b), premier tiret puisqu'en général ces contrats comportent apparemment à la fois des prestations se rattachant à une vente et des prestations se rattachant à une fourniture de services, ce qui peut poser problème si les lieux d'exécution ne sont pas les mêmes¹¹¹⁷. C'est pourquoi lors de la refonte du règlement Bruxelles I, on s'est demandé s'il ne serait pas plus simple de supprimer purement ce texte¹¹¹⁸, ou tout simplement de se conformer et d'attendre une solution de la Cour de justice qui pourra conforter le règlement Bruxelles I et d'autres textes européens tel que Rome I et II en matière de conflits de lois.

En tout état de cause, le nouveau règlement Bruxelles I bis a conservé les mêmes prévisions dans son nouvel art. 7-1, b). Il est intéressant de noter que, lors des débats relatifs à la révision du règlement Bruxelles I, la création d'un for de compétence spécifique pour les contrats de concession commerciale et de franchise, ou la définition et la délimitation de ces deux catégories de contrats en fonction de l'art. 5-1, b) n'a même pas été envisagée. La

¹¹¹⁶ Pour justifier son interprétation, la Cour se réfère à l'art. 1er de la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JOUE n° L 171, 7 juill. 1999, p. 12), sur la CVIM, ainsi que sur la convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise.

¹¹¹⁷ M.-É. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 561.

¹¹¹⁸ V. L. IDOT, *Op. cit.*, n° 148.

proposition de la Commission et les amendements du Parlement européen et du Conseil de l'union européenne ont laissé cette mission à la Cour de Justice à Luxembourg.

ii- La notion de prestation de service

La CJCE a été saisi d'une demande de décision préjudicielle concernant un contrat de licence dans l'affaire *Falco Privatstiftung*¹¹¹⁹. Il lui a été demandé si le contrat de licence est un contrat portant sur « *la fourniture de services* » et si oui, de préciser si le lieu de fourniture de services est celui où le droit de propriété intellectuelle peut-être exploité en vertu du contrat, ou bien le lieu de situation du domicile ou de l'administration centrale du donneur de licence. Tout en énonçant qu'il n'y a pas « *à tenir compte de la notion de « services » au sens de l'article 50 CE ou des instruments du droit communautaire dérivé autres que le règlement n° 44/2001* » (point 33), la Cour de justice consacre malgré tout une définition communautaire (au regard du règlement n° 44/2001) en déclarant que « *la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* » (point 29)¹¹²⁰. Or, en concédant l'exploitation de son droit, l'auteur n'accomplit aucune prestation positive ; il s'engage seulement à laisser l'exploitant user librement dudit droit. Il apparaît que la Cour met en évidence deux conditions pour identifier le contrat de fourniture de service, à savoir : l'existence d'une activité « déterminée » et une « rémunération ».

Cette notion peu extensive se rapproche de la définition de prestation de service dégagée par la doctrine française : « *ceux qui portent sur des obligations de faire* »¹¹²¹, ce qui exclut par défaut les obligations de ne pas faire et les actes de mise à disposition d'une chose¹¹²². Dans cette perspective, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 octobre 2006 a décidé que l'agent commercial exécute un service¹¹²³. Cette solution

¹¹¹⁹ CJCE, 23 avril 2009, *aff. C-533/07, Fondation Falco c/ Gisela Weller*, D 2009, p. 1489 ; D., 2009, Pan. 2390, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Europe* 2009, comm. 263, obs. L. Idot ; *RLDA.*, juin 2009, p. 57, obs. G. Cavalier ; *Procédures* 2009, comm. 276, obs. C. Nourissat.

¹¹²⁰ L'art. 57 du TFUE dispose qu'au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

¹¹²¹ A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 8e éd., 2008, n° 700. La notion de prestation de services est inconnue du code civil français. Il s'agit d'abord d'une notion économique qui recouvre une grande disparité de situation. Le législateur européen et français l'a volontairement transformée en une notion juridique transversale présente notamment en droit de la concurrence (liberté de circulation des services) et en droit de la consommation.

¹¹²² Elle requiert l'exécution d'une obligation de faire, entendue au sens strict, c'est-à-dire la réalisation d'une activité humaine créatrice d'utilité économique. Voir A. CAYOL, « La fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I : de nouvelles précisions », *JCP A.*, n° 47, 25 nov. 2010, p. 4-26.

¹¹²³ C. cass. 1re civ. 3 octobre 2006, *RDCO* 2007/2, p. 474, obs. P. Deumier ; *LPA*, 18 juin 2007, n° 121, p. 20, n. G. Toulouse.

a été confirmée par la CJUE le 11 mars 2010 dans l'affaire *Wood Floor Solutions*¹¹²⁴, selon laquelle, « dans un contrat d'agence commerciale, c'est l'agent commercial qui exécute la prestation qui caractérise ce contrat et qui (...) exécute la fourniture de services ». L'agent commercial exécute une obligation de faire, étant chargé de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats au nom et pour le compte d'autrui¹¹²⁵. Ainsi, la Cour a pu conclure que la localisation du lieu de la fourniture principale de services de l'agent est celui où il exécute habituellement son travail, à défaut, il est possible de délocaliser la prestation au domicile de l'agent. Cependant pour certains, l'analyse de la Cour focalisée sur l'obligation de faire en contrepartie d'une rémunération est particulièrement restrictive au regard du droit international privé et même contraire à l'orientation de la Commission qui suggérait une interprétation plus large afin d'assurer une prévisibilité juridique¹¹²⁶.

Il est important de remarquer aussi que le considérant 17 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles énonce que les accords de franchise ou de distribution sont des « *contrats de services* ». Il est clair que ce considérant risque, comme l'indique M. Tristan Azzi, d'avoir une influence directe sur la détermination de compétence internationale du contrat de concession commerciale et de franchise, puisque « *la qualification qu'il préconise en matière de compétence législative devrait également valoir sur le terrain de la compétence juridictionnelle* »¹¹²⁷. Il reste que cette solution a les faveurs d'une large fraction de la doctrine internationaliste française¹¹²⁸ puisque l'avantage de ce

¹¹²⁴ CJUE, 11 mars 2010, *aff. C-19/09, Wood Floor Solutions*, D. 2010. 834, et 2323, obs. S. Bollée ; *RTD com.*, 2010. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.*, 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; Europe 2010. comm. 149, obs. L. Idot, « La fin de la dispersion du contentieux en matière de contrat d'agence commerciale », *RLDA*, 2010, p. 67-79, n. D. Porcheron.

¹¹²⁵ Le contrat d'agent commercial est présenté, en droit interne français, comme un contrat portant sur une prestation de services. L'art. L. 134-1 al. 1 C. com. le qualifie de mandataire. Pourtant, la conclusion de contrats n'étant qu'éventuelle, l'agent commercial se contente souvent de réaliser des actes matériels. En l'absence de réalisation d'actes juridiques, il est difficile de parler de représentation. L'art. 1984 al. 1 du Code civil définit en effet le mandat comme « *l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». A ce propos, v. R. de QUENAUDON, « Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales », *J.-Cl.*, fasc. 565-A 10, 1997.

¹¹²⁶ P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5, 1, b du règlement « Bruxelles I » », *Op. cit.*, p. 682. V. également M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de La PRADELLE, *Droit international privé*, *Op. cit.*, n° 432 ; M.-C. PITTON, « L'article 5, 1, b dans la jurisprudence franco-britannique, le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement [CEE] n. 44/2001 », *JDI* 2009, p. 853 et s. ; A. BÉNABENT, « La fourniture de services devient une qualification juridique », *RDCO* 2008/3, p. 785.

¹¹²⁷ T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2169.

¹¹²⁸ Parmi les partisans de l'idée qui retiennent la qualification « prestation de service », v. M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Les contrats de distribution », *Dictionnaire Joly, Pratique des contrats internationaux*, livre XVI, n° 92 et J.-P. BÉRAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, p. 1046.

système est sans doute l'unité législative créée entre les instruments communautaires¹¹²⁹. D'autant plus que le considérant 17 indique que, dans le cadre du règlement Rome I, « la notion de prestation de services et de vente de biens devrait recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'application de l'article 5, 1, b, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil ».

Néanmoins, une autre partie de la doctrine critique la qualification de contrat de service aux contrats de distribution au sens de l'art. 5-1, b), second tiret, du règlement Bruxelles I. En effet, l'assimilation d'un contrat de concession commerciale à un contrat de prestation de services ne peut guère être satisfaisante, puisqu'elle est considérée comme « simpliste » au regard de la complexité de l'ensemble contractuel formé par le contrat-cadre et le contrat d'application¹¹³⁰. Il serait éventuellement envisageable de qualifier le contrat de franchise en tant que contrat de fourniture de services, dans la mesure où la franchise entraîne un transfert de savoir-faire et habilite le franchisé à exploiter ce droit en échange d'une redevance payée au franchiseur¹¹³¹. Néanmoins, il serait plus difficile de soutenir la qualification de prestation de service pour le contrat de concession commerciale, dans la mesure où il existe un transfert de propriété de biens entre le fournisseur et le distributeur, ce qui caractérise une vente de marchandises.

Néanmoins, une décision très récente a été rendue par la CJUE en décembre 2013, en faveur de la qualification du contrat de prestation de services. La Cour s'est prononcée sur une demande de décision préjudicielle posée par le tribunal de commerce de Verviers (Belgique) dans une affaire relative à la rupture des relations commerciales établies depuis une dizaine d'années dans le cadre desquelles la société belge *Corman-Collins* achetait auprès de la société française, *La Maison du Whisky*, des whiskys de diverses marques, dont elle prenait livraison en France pour les revendre en Belgique¹¹³². La société belge assigne la société française devant la juridiction belge sur le fondement de l'art. 4 de loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée

¹¹²⁹ A propos de la valeur normative des préambules de la législation européenne, v. S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

¹¹³⁰ H. KENFACK, « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », *D.* 2008, p. 1729 : « A l'exception du contrat de franchise, qui repose sur un cahier des charges au minimum, donc sur une formalisation précise des engagements des parties. Cette relation suscite nettement moins de difficultés en droit international privé et un tel contentieux est inexistant en France ». V. aussi T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2170.

¹¹³¹ H. GAUDEMONT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *Op. cit.*, p. 189. C'est la solution préconisée dans l'arrêt *Falco* (CJCE, 23 avril 2009, *aff. C-533/07, préc.*).

¹¹³² CJUE, *aff. C-9/12, Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*.

indéterminée¹¹³³. La société française conteste la compétence des tribunaux belges pour connaître de ce litige, ainsi que l'existence même d'un contrat de cette nature entre les parties. En même temps, elle suscite des questions qui forment l'objet d'un renvoi préjudiciel à la Cour. Il a été demandé si le contrat de concession doit être qualifié de « vente de marchandises » ou de « fourniture de services » au sens de l'art. 5-1, b) du règlement n° 44/2001. Si aucune de ces qualifications ne devait être retenue, ce type de contrat pourrait relever de la règle de compétence prévue audit point 1, sous a), conformément à l'ordre d'application établi par le même point 1, sous c). Enfin, la dernière question préjudicielle invite la Cour à déterminer, au cas où ce serait le point a) et non le point b), de l'art. 5-1, du règlement n° 44/2001 qui serait applicable à une action telle que celle en cause au principal, si « *l'obligation qui sert de base à la demande* », au sens de cette disposition, est celle du vendeur-concédant ou celle de l'acheteur-concessionnaire.

Selon les conclusions présentées par l'avocat général dans l'affaire, le contrat transfrontalier de concession de vente doit être qualifié de fourniture de services¹¹³⁴. Pour ce faire, il explique dans le point 60 qu'une « *relation de fourniture durable entre un fabricant ou un grossiste et un marchand est, (...), assimilable à un simple contrat de vente de marchandises, et relève donc de la règle de compétence spéciale prévue à l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, dudit règlement, et ce même si cette relation commerciale présente de facto une exclusivité ou une stabilité à long terme. En revanche, si le supposé acheteur-concessionnaire a clairement des obligations contractuelles spécifiques et que celles-ci sont basées sur la contrepartie économique due par le vendeur-concédant, il est possible de considérer qu'une telle relation de concession de vente correspond à une fourniture de services au sens de l'article 5, point 1, sous b), deuxième tiret, du règlement n° 44/2001.* ».

L'avocat général précise également que le véritable contrat de concession est celui qui prévoit « *des obligations telles que d'avoir des stocks, d'assurer un service après-vente ou d'effectuer des opérations de marketing.* »¹¹³⁵. Il s'agit des éléments déterminants pour qualifier le contrat de concession commerciale en tant que fourniture de service, ce qui permet de le différencier d'un simple contrat de vente.

¹¹³³ Art. 4 : « *Le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge.* »

¹¹³⁴ Dans les conclusions de l'avocat général, M. N. Jääskinen, présentées le 25 avril 2013.

¹¹³⁵ V. note de bas de page n. 53 relative au point 60 des conclusions présentés par l'avocat général.

La Cour de justice, quant à elle, a adossé la position de l'avocat général dans l'affaire. En premier lieu, elle rappelle que la « *notion de contrat de concession de vente n'est pas définie dans le droit de l'Union et est susceptible de renvoyer à des réalités différentes dans le droit des États membres.* » En deuxième lieu, elle déclare que lorsque la relation commerciale établie entre deux opérateurs économiques dépasse des accords successifs ayant pour objet la livraison et l'enlèvement des marchandises, il s'agira d'un « *contrat de concession typique* » puisque les échanges comportent des stipulations contractuelles spécifiques quant à la distribution par le concessionnaire des marchandises vendues par le concédant (point 36). En troisième lieu, la Cour indique que le contrat de concession se diffère d'autres modalités contractuelles dès lors qu'il repose sur une sélection du concessionnaire par le concédant.

Enfin, l'existence également d'une exclusivité de revente des produits du concédant sur un territoire déterminé représente un avantage économique pour le concessionnaire « *qui peut-être considérée comme étant constitutive d'une rémunération.* » (point 40). La Cour fait un rapprochement entre le contrat de concession et le contrat de « *fourniture de service* » au sens de l'art. 5-1, b), second tiret, du règlement Bruxelles I dégagé de l'arrêt *Falco*, dans laquelle elle avait indiqué que la partie qui effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération est celle qui fournit un service.

L'apport de cette décision est incontestable en matière de détermination de la compétence internationale des contrats de concession de vente. Dorénavant, les juges nationaux devront vérifier si la relation contractuelle contient des stipulations particulières typiques à la distribution de marchandises à la charge du concessionnaire afin de la qualifier comme un contrat de prestation de service. Au regard de la jurisprudence française rendue ces derniers années, nous verrons que la position de la CJUE est bouleversante.

c- La détermination du for de compétence à travers l'obligation litigieuse dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Au cours des dernières années, la Cour de cassation a été confrontée à des litiges relatifs aux contrats de distribution, où elle a dû trancher la question de la compétence juridictionnelle internationale, à défaut d'une clause d'attribution de compétence. A ce propos, une étude concernant cette jurisprudence a été établie par Mme Marie-Elodie Ancel, dans laquelle elle a constaté que « *les contrats de distribution ont posé de sérieuses difficultés à la Cour, qu'elle a souhaité régler avec fermeté et indépendance, c'est-à-dire sans se tourner*

vers la Cour de justice des Communautés européennes lorsque cela lui était possible »¹¹³⁶. On notera que la Cour a développé sa propre interprétation sur la base d'une prestation caractéristique du contrat de distribution.

Ainsi la Cour de cassation choisit, pour sa part, une troisième voie énonçant que le contrat de concession n'est ni un contrat de vente, ni un contrat de services selon un arrêt du 23 janvier 2007¹¹³⁷. En l'espèce, une société allemande *Waeco International* confie la distribution exclusive en France de ses produits à une société française, *Waeco France*. Les juridictions françaises ont été saisies par la société française, plaignant de la rupture des relations contractuelles par la société allemande sur le fondement de l'art. 5-1, b) du règlement Bruxelles I. Ainsi, la Cour de cassation considère que « *le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente, ni de fourniture de services* ». Elle ajoute encore que la compétence internationale d'un contrat-cadre de distribution doit nécessairement passer par la loi applicable et, par conséquent, par la recherche de la prestation caractéristique de ce contrat¹¹³⁸. A ce propos, la Cour énonce que la prestation caractéristique consiste « *à assurer l'exclusivité de la distribution des produits et qu'il appartenait donc au juge français de rechercher, selon la loi allemande applicable, le lieu où cette obligation servant de base à la demande s'exécutait, pour déterminer la compétence internationale* ».

Cette interprétation a été également étendue, en quelque sorte, à deux autres décisions rendues en 2008, dont les faits ressemblent à la jurisprudence *Waeco*. Dans la première jurisprudence (arrêt *Wolman*), la Cour statue que le « *contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services* »¹¹³⁹ au sens de l'art. 5-1, b) du règlement Bruxelles I, ce que l'arrêt *Waeco* avait déjà jugé mais pour se prononcer aussitôt sur la loi applicable. A l'inverse, dans l'arrêt *Wolman*, la Cour de cassation refuse de répondre aux deux branches du moyen qui voulaient l'attirer sur le terrain des conflits de lois.

Dans la seconde jurisprudence, la Haute juridiction censure l'arrêt de la cour d'appel

¹¹³⁶ M.-É. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 561.

¹¹³⁷ Cass. 1re civ. 23 janv. 2007, n° 05-12.166, *D.*, 2007. AJ. 511, obs. E. Chevrier, *Jur.* 1575, n. H. Kenfack, et *Pan.* 2562, obs. L. Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2007. 588, obs. B. Bouloc, et 630, obs. P. Delebecque ; *JCP* 2007. II. 10074, n. T. Azzi ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 123, p. 24, obs. M.-L. Niboyet ; *RDCO*, 2007, p. 887, 2e esp., n. P. Deumier.

¹¹³⁸ Il convient de rappeler à cet égard que l'art. 4, al. 1^{er}, de la Convention de Rome prévoit que « *dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

¹¹³⁹ Cass. 1re civ. 5 mars 2008, *Docteur Wolman GmbH c. Société Cecil*, n° 06-21.949, *D.* 2008. AJ. 858, obs. X. Delpech, et *Jur.* 1729, n. H. Kenfack ; *RTD com.* 2008. 455, obs. P. Delebecque, et 838, obs. B. Bouloc ; *JDI* 2008, p. 521, n. J.-M. Jacquet. Contre : La Cour de Cassation a déjà considéré que le contrat de distribution exclusive pouvait s'analyser en un contrat de fourniture de biens (Cass. 1re civ. 26 sep 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ.* I, n° 304 ; Cass. 1re civ. 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ.* I, n° 134).

de Reims du 26 mars 2007, laquelle avait assimilé le contrat litigieux à une vente, en annonçant une solution qui paraît bien acquise aux yeux du juge français, c'est-à-dire que le contrat-cadre de distribution n'est « *ni un contrat de vente, ni un contrat de fournitures de services* »¹¹⁴⁰. Il relève en conséquence des dispositions de l'art. 5-1, a) et non de son art. 5-1, b). Mais la Cour de cassation est saisie encore une fois d'un nouveau pouvoir formé par la société *Gabo*, qui a fait grief à l'arrêt attaqué (Reims, 4 janvier 2010) rendu sur renvoi de cassation (Civ. 1re, 8 juillet 2008) d'avoir confirmé la compétence de la juridiction française en application de l'art. 5-1 du règlement Bruxelles I¹¹⁴¹. Il faut dire que la Cour a encore une fois réitéré sa position, en soulevant que « *la cour d'appel a justement énoncé que pour l'application de l'article 5-1 du règlement Bruxelles I, il convenait de déterminer la nature du contrat en cause selon la loi du for, par référence au droit communautaire, ensuite, que, ne s'agissant ni d'un contrat de vente, ni d'un contrat de fourniture de services, elle a, en application de l'article 5-1 a) dudit règlement, analysé les obligations des parties selon la loi polonaise applicable au contrat, pour déterminer le lieu de l'obligation litigieuse* ».

En outre, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de n'avoir pas qualifié le contrat et d'éluder « *les conséquences légales de l'existence d'une concession exclusive de vente, qui commandait aussi l'application du point « a » de l'article 5-1 du règlement communautaire 44/2001 du 22 décembre 2000* ». Il en résulte que la solution proposée par la Cour passe par la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse en faisant le détour par la loi applicable au contrat. Cette solution évite davantage de faire rentrer le contrat de concession dans l'une des catégories de l'art. 5-1, b) du règlement Bruxelles I qui ne semblent pas être appropriées aux contrats de distribution, puisque le contrat-cadre de distribution reste une catégorie à part qui ne se confond ni avec le contrat de vente de marchandises, ni avec le contrat de prestation de service.

¹¹⁴⁰ Cass. 1re civ. 9 juillet 2008, *Société Invicta c. Société Gabo*, *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque ; *D.* 2008. AJ 2154 ; *CCC.* 2008. comm. p. 227, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RCDIP* 2008, p. 863, n. David Sindres. Il s'agissait en l'espèce d'un litige survenu à propos d'un contrat-cadre conclu entre une société française et une société polonaise, aux termes duquel le fabricant français concédait à son cocontractant polonais la distribution exclusive de ses produits sur les territoires de la Pologne et de la Slovaquie. V. aussi Cass. 1re civ. 16 avril 2008, *Fascom Internationale c. Ionan SA Papastratos Group*, n° 07-14.697. La Cour applique l'art. 5-1 a) du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 et énonce que « *la convention de distribution exclusive dont bénéficiait la société Fascom n'est pas un contrat de vente et qu'en application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la loi compétente est celle du pays où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique, consistant, en l'espèce, pour la société grecque, à assurer l'exclusivité de la distribution des produits à la partie française et qu'il appartenait au juge français de rechercher, selon la loi grecque applicable, le lieu où cette obligation servant de base à la demande s'exécutait, pour déterminer la compétence internationale* ». V. aussi M.-E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 561, spéc. n° 3 et s.

¹¹⁴¹ Cass. 1re civ. 23 mars 2011, n° 10-30.210 ; F. H. DESERABLE, « Compétence juridictionnelle en matière de distribution internationale », *RLDA*, 2011, p. 62-63.

Il ressort ainsi que si le contrat de distribution ne rentre dans aucune des qualifications proposées à l'art. 5-1, b), la compétence juridictionnelle est, à défaut de choix des parties, déterminée selon les modalités de l'art. 5-1, a). Par conséquent, la compétence internationale est désignée par la règle de conflit de lois du for comportant des dispositions permettant de localiser la prestation litigieuse. Il reste encore à identifier ce système, ce qui n'est pas chose facile s'agissant de contrats-cadre de distribution. Un auteur cependant estime que « l'application littérale de l'art. 5 du règlement Bruxelles I emporte entièrement adhésion »¹¹⁴², car le contrat de distribution ne peut pas, en effet, se réduire à une vente ou à une prestation de service.

Force est de constater que la position de la jurisprudence française sur la qualification du contrat de concession commerciale est contraire au raisonnement de la CJUE dans l'arrêt *La maison du whisky*, car elle donne priorité aux règles spéciales de compétence en matière contractuelle et laisse la règle générale de l'art. 5-1 a) du règlement comme un critère subsidiaire à défaut de qualification.

Enfin, il faut signaler que les tribunaux français ont encore rendu d'autres jugements dans lesquels la compétence en matière contractuelle a été écartée au profit d'une qualification délictuelle.

2- La règle de compétence en matière délictuelle

Nous avons exposé que les règles de compétence judiciaire internationale en matière de contrats de distribution soulèvent en pratique de multiples difficultés d'interprétation dans la mesure où le for de compétence contractuelle se concrétise, en l'absence d'*electio juris*, par la détermination de l'obligation litigieuse par référence à la loi du fournisseur sous le fondement de l'art. 5-1, a) du règlement Bruxelles I. La jurisprudence rendue par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation dans le cadre des actions tendant à la reconnaissance du caractère abusif de la rupture contractuelle considère qu'il s'agit du for en matière contractuelle.

Néanmoins, l'application des règles relatives au for contractuel ne semble pas être partagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les litiges en matière de contrats de distribution. Il se peut que la matière soit alors délictuelle et la demande fondée sur l'art. 5-3 du règlement Bruxelles I. En effet, la qualification de la matière présente de toute évidence un intérêt réel pour le demandeur puisque la mise en œuvre de ces règles peut

¹¹⁴² H. KENFACK, « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », *Op. cit.*, p. 1729.

aboutir à des solutions différentes. C'est cette qualification qui est toujours contestée (a) dès lors qu'elle a pour base la rupture du contrat (b).

a- L'extension de la qualification délictuelle aux relations commerciales établies

Nous avons exposé que la thèse de la responsabilité délictuelle a été retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de rupture abusive du contrat international de distribution résultant de la violation de l'art. L. 442-6, I-5° du C. com. Dès lors que le contrat prévoit une clause d'élection de for, il importe qu'elle soit bien étendue afin d'englober la rupture du contrat¹¹⁴³. Il conviendra maintenant de vérifier si, dans le cadre des relations commerciales établies, c'est-à-dire, en l'absence d'un contrat écrit, le for délictuel peut être choisi pour la détermination de la compétence judiciaire internationale. Il existe deux arrêts qui peuvent nous montrer que cette possibilité est envisageable.

Dans la première décision, un producteur allemand, *GmbH Seith Fördertechnik*, avait rompu les relations commerciales établies avec son distributeur français, *Sté Auramo France*¹¹⁴⁴. La société allemande a invité le distributeur français à adresser ses nouvelles commandes à la société *Seith France* et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que les prix des études spéciales. La Cour d'appel de Colmar avait rejeté la demande de dommages et intérêts de la société *Auramo France* fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies en vertu de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. car ce texte n'est pas appliqué « *aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif* ». Néanmoins, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que la responsabilité engagée est de nature délictuelle et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit.

Dans la deuxième décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation est extrêmement clair par rapport à la nature délictuelle de l'art. L. 442-6, 1-5° du C. com¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ V. Cass. com. 18 janvier 2011, *préc.*

¹¹⁴⁴ Cass. com., 21 octobre 2008, *Sté Auramo France c. Sté Seith France*, pourvoi n° 07-12336, CCC. 2009, comm. 8, obs. N. Mathey ; *RDCO*, 2009, p. 197, obs. M. Behar-Touchais ; *Dr. et patr.* 2009, n° 187, obs. M.-E. Ansel.

¹¹⁴⁵ Cass. com. 15 septembre 2009, pouvoir n° 07-10493, CCC., 2010, p. 22-23, n. M. Mathey : la société française, *Cap Sud*, ayant pour activité la fabrication et la vente de vêtements de prêt-à-porter, a cherché la réparation du préjudice consécutif à la rupture brutale de ses relations commerciales avec la société allemande *Replex Fashion GmbH*. En effet, la société allemande a cessé les commandes en février 2005 et, en même temps, a annoncé la création de la société Unicat à Paris, qui a pour objet l'achat, la vente, la création et la fabrication des vêtements de prêt-à-porter, et dont le capital est détenu à concurrence de 50% par le gérant de la société

Une société française qui distribue de produits pour une société allemande a saisi le tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'art. 5-3 du règlement Bruxelles I afin de voir appliqué l'art. L. 442-6, 1-5° du C. com. Le fabricant allemand a néanmoins argumenté que la nature de la relation entamée était contractuelle et qu'il s'ensuit que leur rupture est nécessairement de même nature. De ce fait, la juridiction parisienne était incompétente sur la base de l'art. 2 du règlement Bruxelles I. La cour d'appel de Paris a donné raison à la société allemande en déclarant que les tribunaux français étaient incompétents, car le litige était de nature contractuelle. Nonobstant la chambre commerciale affirme inversement que la responsabilité est de nature délictuelle.

Cette solution est approuvée par certains auteurs qui considèrent que « *l'abus trouve difficilement sa place dans le contrat ou dans la relation commerciale en particulier lors de la rupture* »¹¹⁴⁶. Par conséquent, l'indemnisation due à la rupture brutale du contrat ou d'une relation commerciale établie ne se rattache pas à l'obligation contractuelle, mais à l'exigence légale du délai de préavis. L'abus dans l'exercice d'un droit expose donc nécessairement à un grief de nature délictuelle. En outre, la solution semble être également cohérente quant à la mise en œuvre du règlement Bruxelles I et à l'application d'autres instruments européens en matière de conflits de lois¹¹⁴⁷, dès lors que la *lex loci delicti* est le critère de rattachement unique.

Néanmoins, nous ne nous rallions pas à la solution jurisprudentielle qui rattache la rupture brutale à la responsabilité délictuelle dans l'ordre communautaire. En réalité, les décisions rendues par la chambre commerciale dans les litiges résultant d'un contrat « communautaire » semblent méconnaître les spécificités du droit international privé de source européenne, notamment la règle qui dit que l'interprète ne doit plus projeter ses notions de droit interne pour construire ses catégories de droit international privé. Il doit utiliser les

Replex.

¹¹⁴⁶ M.-E. ANCEL qui considère que l'art. L. 442-6, I, 5° du Code commerce transcende en quelque sorte le contrat ou les contrats par lesquels la relation commerciale s'est instaurée (cf., « L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce en droit international privé », *RJ com.* 2009, p. 200) : « *censurant et dissuadant des « pratiques » contraires à la loyauté et à la morale des affaires, l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce transcende en quelque sorte le contrat ou les contrats par lesquels la relation commerciale s'est instaurée* ».

¹¹⁴⁷ M.-E. ANCEL, *Op. cit.*, p. 201. devant les juridictions françaises qui appliqueront leur propre droit. En matière de rupture brutale de relations commerciales, cela permettra d'assurer une protection plus efficace du distributeur. V. spécialement S. BOLÉE, « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, p. 2161.

notions autonomes forgées par la CJUE pour tenter de tracer les contours de ces catégories du droit international privé européen¹¹⁴⁸.

b- La qualification du rapport de droit est indifférente au fait de la rupture abusive du contrat

Il se trouve que la notion de matière délictuelle et contractuelle au sens du règlement Bruxelles I est une notion autonome qui ne se confond pas avec la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction saisie. Dans cette optique, la chambre commerciale aurait dû chercher dans la jurisprudence européenne les diverses décisions afin de pouvoir fonder sa décision¹¹⁴⁹, bien que cette tâche soit loin d'être aisée. On se rappelle qu'un arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Arcado*¹¹⁵⁰ concernant un contrat d'agence commerciale démontre que la Cour a qualifié de matière contractuelle un litige qui entraîne également une demande de paiement de commissions dues en exécution du contrat qui a été rompu « *de manière abusive* ». Il faut noter que dans ce cas, il s'agit d'une demande ayant pour seul objet la rupture abusive¹¹⁵¹. Cette solution remet en cause la qualification délictuelle de l'action en droit international privé français.

Il est souhaitable que, à l'égard d'un contrat international ou communautaire, la qualification, même au stade du conflit de juridictions, soit réalisée à la lumière de la relation contractuelle et non sur le fait de la rupture elle-même. Il semble que la préoccupation majeure du juge français soit de faire sanctionner l'auteur de la rupture abusive en lui appliquant l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com., dès lors que l'abus est commis sur le territoire français et qu'il peut affecter le marché interne.

L'opération dite de « qualification » est indispensable pour que le juge détermine « *la catégorie juridique applicable à un cas concret* »¹¹⁵². La qualification consiste « *à prendre en*

¹¹⁴⁸ La Cour nous enseigne, en effet, que les notions autonomes s'interprètent en se référant au « *système et aux objectifs* » de la Convention et aujourd'hui du règlement n°44/2001/CE, et plus précisément encore « *en vue d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître en vue de l'organisation utile d'un procès* » (CJCE, 22 mars 1983, n° 34/82, *Peters*, RCDIP 1983, p. 667, n. H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1983, p. 843, n. A. Huet).

¹¹⁴⁹ Il faut remarquer que la chambre civile n'a pas manqué l'opportunité de montrer son réflexe européen : Cass. 1re civ. 4 juill. 2006, n° 05-10006, RCDIP 2007, p. 618 et s., spéc. p. 622, n. M.-É. Ancel.

¹¹⁵⁰ CJCE, 8 mars 1988, aff. 9/87, *Arcado c. Haviland*, Rec. 1539, concl. G. Slynn ; RCDIP 1988, p. 610, n. H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 453, obs. A. Huet.

¹¹⁵¹ C. KESSEDJIAN et S. C. ELBAZ (*Op. cit.*, n° 181) attire l'attention sur le fait que cette solution n'est pas satisfaisante, car la Cour traite « *différemment les hypothèses dans lesquelles la rupture abusive est le seul objet de la demande et celles dans lesquelles le litige sur la rupture se combine avec des demandes au titre du contrat* ». L'auteur alors sans demande s'il n'est pas « *mieux de dire que la rupture, pour être abusive, n'en concerne pas moins un contrat - le contrat de distribution par exemple - et que cette qualification prime la qualification de rupture délictuelle* ».

¹¹⁵² H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e éd., 1955, p. 351.

considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »¹¹⁵³. Ainsi, l'élément à qualifier est la « question de droit »¹¹⁵⁴ posée au juge et la finalité de la qualification est pouvoir rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait afin de lui appliquer son régime¹¹⁵⁵.

Dans des situations internationales, l'opération de qualification est particulièrement délicate puisque les questions à résoudre peuvent s'inspirer des règles provenant d'autres systèmes juridiques que celui du juge appelé à se prononcer sur la qualification. Comme l'indique un auteur, « le concept de rupture n'étant pas une catégorie de rattachement entrant dans le présupposé d'une règle de conflit de lois et de juridiction (nous ajoutons), le juge se portera vers celle dont le domaine comprend les effets du contrat et ses difficultés d'exécution »¹¹⁵⁶. Dans cette perspective, le juge français saisi d'une demande d'indemnisation résultant de la rupture abusive du contrat international de distribution ne doit pas s'attacher au fait de la rupture qui est sanctionné par l'art. L. 442, 6, I, 5° du C. com., mais il doit nécessairement qualifier le rapport de droit en fonction des règles de conflit existant dans son droit international privé. A nos yeux, un traitement unitaire au stade du conflit de juridictions implique d'admettre que le juge de la rupture doit être le juge de la relation rompue, qui est finalement le juge du contrat¹¹⁵⁷. La qualification doit être donc posée sur le contrat ou sur la relation commerciale établie, car le juge qui se prononce sur la rupture peut être conduit à se prononcer sur des questions contractuelles, telles que la nature de l'engagement, les modalités de la rupture, ou encore les sanctions de cette dernière.

L'avantage d'une qualification posée sur le contrat est d'éviter en outre une concurrence entre les règles de conflit de lois de droit européen, ce qui est indésirable au stade de l'harmonisation de l'application de ces instruments. Si nous privilégions la thèse contractuelle, l'application du règlement (CE) Rome I sur la loi applicable aux obligations

¹¹⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*, p. 747. La qualification est « étroitement associée à la classification », mais elles ne sont pas pareilles. En fait, « la classification est une étape préalable à la qualification qui ne se conçoit pas sans elle ». V. aussi J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, *Op. cit.*, n° 56.

¹¹⁵⁴ La question de droit est l'objet à qualifier, « formée par la prétention du plaideur et par les faits qu'il invoque à son soutien ; c'est la seule donnée certaine que le juge puisse prendre pour point de départ de son raisonnement » (cf., P. MAYER et V. HEUZE, *Op. cit.*, p. 110). V. aussi M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789.

¹¹⁵⁵ J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, *Op. cit.*, n° 56 : l'opération de qualification part d'abord de l'identification d'une situation de fait et son association à une notion légale.

¹¹⁵⁶ S. HOTTE, *Op. cit.*, p. 8.

¹¹⁵⁷ Sur ce point, v. les commentaires d'E. Treppoz sur l'arrêt de la Cass. com. 18 janvier 2011, *préc.*

contractuelles, lequel prescrit d'appliquer soit la loi souverainement désignée par les parties, soit une solution propre à certaines figures contractuelles tels que le contrat de distribution et franchise semble être évidente. En revanche, la thèse délictuelle impliquerait de se référer au règlement (CE) Rome II sur la loi applicable aux relations non contractuelles qui établit des règles de conflit sensiblement différentes. Ce règlement ne dispose pas d'une règle spécifique au contrat de distribution et franchise.

Il est fort probable que la décision de la CJUE, dans l'affaire relative à la qualification du contrat de concession commerciale, en tant que contrat de prestation de services (*La maison du whisky*) permettra à la Cour de cassation de revoir sa position, lorsque l'action en justice cherche sanctionner l'auteur de la rupture abusive du contrat.

§ 2- Les règles de conflit de juridictions applicables dans le cadre du Mercosur

Dans le cadre de l'harmonisation des règles au sein du Mercosur, le Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle a été adopté en 1994¹¹⁵⁸. Ce Protocole a vocation à s'appliquer si les parties choisissent le tribunal compétent pour soumettre leurs litiges ou, à défaut d'un tel choix, le Protocole prévoit des règles de conflit de juridictions à cet effet.

Les règles du Protocole de Buenos Aires sont applicables dans le cadre d'un contentieux international englobant des contrats internationaux de nature civile ou commerciale conclus entre personnes physiques et morales, lorsque les parties sont domiciliées ou le siège social des entreprises est établi dans des différents États membres signataires du Traité d'Asunción (art. 1, a). Cet instrument peut effectivement être appliqué dans l'hypothèse où un contrat de concession ou de franchise est conclu par une société brésilienne dont le partenaire se trouve dans un autre pays du Mercosur¹¹⁵⁹.

Il est important de noter que, dans la pratique, les règles du Protocole de Buenos Aires sont rarement utilisées, alors qu'un tel instrument de régulation des règles de compétence internationale au sein du Mercosur était nécessaire afin d'atténuer « *l'asymétrie existante dans*

¹¹⁵⁸ Ce Protocole a été signé et ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. Il est entré en vigueur le 6 juin 1996. Pour une lecture A. M. PERUGINI, « Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual », *Jurisp. Argentina*, 1997-III, p. 893-899, F. MARCON et K. da COSTA, « A competência internacional no Brasil e no Mercosul » in H. W. Rodrigues (coord.), *Solução de controvérsias no Mercosul*, Ed. Livraria do Advogado, 1997, p. 61-80.

¹¹⁵⁹ Le Protocole de Buenos Aires, à l'art. 2, exclu de son champ d'application les matières suivantes : « *les procédures de redressement judiciaire, le droit de la famille et de successions, les contrats de la sécurité sociale, les contrats administratifs, les contrats de travail, les contrats de vente au consommateur, le contrat de transport, les contrats d'assurance et des droits réels* » (notre traduction).

le processus d'intégration »¹¹⁶⁰. La seule jurisprudence recensée au Brésil a été rendue par la cour d'appel de l'État do Rio Grande do Sul en 2007¹¹⁶¹. Il s'agit d'un contrat d'entreprise conclu entre deux sociétés brésiliennes pour la construction d'une usine en Argentine. La cour a été interpellée sur la compétence de la juridiction brésilienne pour juger l'affaire dans le cadre du Protocole de Buenos Aires, puisque la société défenderesse a invoqué l'incompétence de la juridiction brésilienne au profit de la juridiction argentine.

En application de l'art. 7 du Protocole de Buenos Aires qui énonce des règles de compétence subsidiaire à défaut de choix du for, le demandeur peut choisir à son gré l'un des fors suivants : « *du lieu de l'exécution du contrat, ou du domicile du défendeur ou, du domicile du demandeur ou de son siège social si les obligations à sa charge sont accomplies* ». En l'espèce, la cour a soulevé le fait que le défendeur est domicilié au Brésil et, de ce fait, elle a conclu que la juridiction brésilienne était compétente pour trancher le litige. Le domicile d'une personne morale, selon l'art. 9, § 2 du Protocole, peut être le lieu où se trouve des succursales, des agences ou un autre type de représentation, ainsi que le lieu du siège principal de l'administration.

En outre, il faut remarquer que le Protocole de Buenos Aires énonce des compétences spéciales qui ressemblent à l'art. 5.1 de la Convention de Bruxelles de 1968 et du règlement Bruxelles I, sans pour autant opter pour la division classique : matière contractuelle et délictuelle. En fait, le Protocole offre des précisions importantes quant au lieu d'exécution du contrat, inspirées également du droit international privé en vigueur au Uruguay, en Argentine et au Paraguay, dont la source est le Traité de Montevideo de droit civil international de 1940 (art. 38). Ainsi, l'art. 8, 1 dispose que lieu de l'exécution du contrat est celui où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

D'ailleurs, le Protocole prévoit des règles de compétence spéciale pour le contrat de prestation de services (art. 8, 2, d) qui sont très distinctes de celles prévues dans le règlement Bruxelles I. Pour ce contrat, le tribunal compétent est celui du lieu où la chose se trouvait lors de la conclusion du contrat, ou si l'efficacité du contrat requiert son exécution sur un lieu spécial, le tribunal compétent sera celui où le contrat doit produire ses effets et, enfin, en

¹¹⁶⁰ D'après E. T. BERGMAN (« Un marco jurídico al servicio de la integración. Las regulaciones del Mercosur sobre jurisdicción internacional », in P.-B. Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo, LTr, 1996, p. 48-74, spéc. p. 56), l'Uruguay, le Paraguay et l'Argentine avaient signé plusieurs accords internationaux qui prévoyaient la compétence internationale dans différentes matières juridiques concernant des contrats internationaux, le Brésil gardait sa distance quant à l'adoption des instruments supranationaux, tels que les Traités de Montevideo de 1940 et les Conventions issues de CIDIPs dans ce domaine.

¹¹⁶¹ TJRS, AgIn. n° 70019214139, Décima Sétima Câmara Cível, Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 14.06.2007.

dehors des cas précités, le tribunal compétent est celui du lieu du domicile du débiteur lors de la conclusion du contrat (art. 8, d).

Nous espérons néanmoins que dans l'hypothèse d'un litige en matière de contrat de distribution, le for contractuel général du lieu de l'exécution du contrat de l'art. 7 combiné avec l'art. 8, 1 du Protocole soit plutôt appliqué pour la détermination du tribunal compétent. On se demandera si, dans ce cas, le juge se prononcera sur l'obligation litigieuse qui sert de base à la demande comme l'avait fait la jurisprudence française et européenne, en passant par la détermination de la loi applicable. En réalité, il serait encore très difficile de songer à une réponse dès lors que les règles de conflits de lois ne sont pas harmonisées au sein du Mercosur.

Malgré la faible application du Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle, cet instrument normatif « *a marqué un jalon important dans les travaux en cours pour la promotion de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux à l'échelle interrégionale* »¹¹⁶², puisqu'il offre la possibilité aux parties de désigner le for compétent (art. 4). Dans cet esprit, il serait donc opportun qu'en matière de conflits de lois des règles spécifiques puissent être adoptées afin de créer un espace sécurisé juridiquement dans le cadre des échanges commerciaux au sein du Mercosur¹¹⁶³.

¹¹⁶² F. V. da C. CERQUEIRA, - *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, *Op. cit.*, p. 270.

¹¹⁶³ G. HAZET, « L'émergence du droit communautaire dans le Mercosur », *RRJP*, 2011, p. 239-254 ; J. G. ASSIS de ALMEIDA, « Le cadre normatif du Mercosur », *Droit et société*, 2005, p. 39-55.

Conclusion Titre Premier

La détermination de la juridiction compétente est une technique procédurale admise en droits français et brésilien qui offre l'opportunité aux parties d'insérer dans le contrat de concession commerciale ou de franchise une clause d'élection de for ou une clause compromissoire avant la naissance d'un litige.

Concernant la validité de la clause d'élection de for, les droits français et brésilien sont confrontés à des difficultés différentes.

En droit français, la validité de la clause d'élection de for est souvent mise en cause dans les litiges où l'application de l'art. L. 442-6-I-5° du C. com. est évoquée par le concessionnaire ou le franchisé ayant subi la rupture du contrat. Cet argument tendant à écarter la clause d'élection de for dans les contrats internationaux au profit d'une juridiction étrangère n'a véritablement pas abouti auprès de la Cour de cassation, si la clause de juridiction indique clairement que tous les litiges nés du contrat seront soumis au même tribunal. Cette solution tendant à protéger la clause d'élection de for librement choisie par les parties prévaut également dans le cas d'une clause compromissoire insérée dans le contrat international de distribution.

En droit brésilien, la validité de la clause d'élection de for est parfois mise en cause en raison de la compétence concurrente des juridictions brésiliennes, lorsque le contrat est exécuté au Brésil. En effet, la position de la jurisprudence brésilienne est très nuancée à l'égard de la validité de la clause d'élection de for dans les affaires concernant des distributeurs brésiliens. Ces derniers allèguent, d'une part, avoir conclu un contrat d'adhésion et se prévalent, d'autre part, de l'argument qui consiste à dire qu'ils sont les parties faibles dans le rapport entretenu à l'égard du fournisseur. Nous observons aussi que ce même argument est repris par certains distributeurs qui souhaitent annuler la clause compromissoire stipulée dans le contrat. Toutefois, en matière d'arbitrage, seul l'arbitre est compétent pour se prononcer sur la validité et l'efficacité de la clause compromissoire.

Ainsi, la solution qui pourra remédier à l'incertitude causée par la loi et la jurisprudence brésiliennes sera l'introduction d'une norme plus précise sur la validité de la clause de juridiction en droit international privé brésilien et/ou l'éventuelle signature de la Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for de 2005, à la condition de coordonner l'application de cet instrument et le Protocole de Buenos Aires sur la compétence

internationale en matière contractuelle, qui prévoit également des règles d'élection de for, afin d'éviter un possible chevauchement futur.

Cette convention a été signée par l'Union européenne, mais elle n'est pas encore en vigueur en France. Elle prévoit que la clause d'élection de for est indépendante du contrat principal et que la loi applicable à la clause ne doit pas être nécessairement la même que celle qui s'applique au contrat principal. Cette solution a également été reprise lors de la refonte du règlement Bruxelles I dans la sphère européenne.

Néanmoins, la modernisation du règlement Bruxelles I se ressent dans peu de domaines. Ce nouveau règlement ne dispose pas de règles spéciales de compétence judiciaire aux contrats de concession commerciale et de franchise. Ainsi, il est nécessaire de vérifier si le contrat peut entrer dans l'une des catégories de règles spéciales en matière contractuelle prévues à l'art. 5-1, b), du règlement. La CJUE a très récemment déclaré que le véritable contrat de concession commerciale est celui qui prévoit des stipulations particulières, permettant d'organiser la revente des marchandises sous certaines modalités. De ce fait, la Cour indique qu'il incombe au juge national saisi d'un litige de vérifier si la relation contractuelle est plus complexe qu'une simple vente et revente de marchandises. Si tel est le cas, la règle de compétence judiciaire applicable est celle figurant à l'art. 5-1, b), second tiret, du règlement en matière de contrat de prestation de services.

Titre Deuxième : La détermination du droit applicable au contrat de distribution

La question du droit applicable au contrat international de concession commerciale et de franchise doit se poser avant même la rédaction du contrat. Il est important que les parties rédigent leur contrat en tenant compte des règles de droit en vertu desquelles le contrat devra être interprété ou auxquelles les éventuels litiges devront être soumis. Dans la pratique, cependant, si le contrat est négocié par les parties la clause sur le droit applicable est souvent la dernière à être établie conjointement à celle de la compétence judiciaire.

En dehors du cadre des négociations contractuelles, il est fréquent que la clause d'*electio juris* soit insérée dans le contrat de distribution proposé par le concédant ou le franchiseur à ses distributeurs. C'est le cas des contrats d'adhésion. Ici, le concessionnaire et le franchisé pourront difficilement modifier le contenu des clauses contractuelles, notamment celles qui indiquent le droit applicable et le tribunal compétent. Cette technique permet à la personne à la tête du réseau de distribution de soumettre des éventuels litiges à la même juridiction et au même droit choisi préalablement par elle. L'uniformité du réseau justifie une telle solution.

En droit international privé français, les parties peuvent choisir le droit applicable à leur convention grâce à l'admission du principe de l'autonomie de la volonté. En revanche, le droit international privé brésilien ne donne pas la possibilité aux parties de choisir le droit applicable à leur convention. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas consacré, à l'exception des litiges relatifs à des contrats internationaux soumis à l'arbitrage.

Compte tenu des différentes solutions proposées en droits français et brésilien, il sera opportun de vérifier l'évolution du principe de l'autonomie et son application effective vis-à-vis du contrat international de distribution en France et au Brésil (**Chapitre I**). Cette étude sera suivie d'une analyse des règles de conflit de lois en droit international privé français et brésilien afin d'établir le droit applicable au contrat international de distribution, en dehors de l'application de l'autonomie de la volonté (**Chapitre II**).

Chapitre I – La place du principe de l'autonomie de la volonté en droits français et brésilien

Le principe de l'autonomie de la volonté est consacré en droit international privé français de source interne depuis un célèbre arrêt rendu le 5 décembre 1910. Il s'agissait de l'affaire *American Trading Company* contre *Quebec Steamship Company Limited*¹¹⁶⁴. Dans cette décision, la Cour de cassation a affirmé « *que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptée* ». La loi choisie par les parties portait sur sa teneur, qui était en quelque sorte contractualisée, voire « *incorporée au contrat* »¹¹⁶⁵. Autrement dit, les parties ont choisi la loi à laquelle elles souhaitent se soumettre en fonction de son contenu (le droit substantiel), en écartant sa règle de conflit.

En revanche, en droit international privé brésilien, la reconnaissance de ce principe n'a pas la même dimension qu'en droit français, car nous verrons que les parties ne peuvent pas choisir librement la loi applicable à leur contrat. Certes, en droit interne des contrats, le principe de l'autonomie contractuelle se manifeste par la possibilité offerte aux parties de conclure des conventions et de déterminer librement les clauses contractuelles, à la condition de respecter les règles impératives du droit interne qui s'appliquent naturellement à tout contrat national¹¹⁶⁶.

Par conséquent, la différence quant à l'extension du principe de l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique français et brésilien nous invite à établir une étude comparative sur l'état actuel d'application de ce principe et ses perspectives. Cette analyse intéresse directement la pratique internationale en matière de contrats de concession commerciale et de franchise (**Section 1**).

Néanmoins, la liberté des parties de pouvoir désigner la loi applicable au contrat international de distribution peut être limitée par deux méthodes reconnues en droit international privé. D'une part, un contrôle *a priori* sur la loi applicable peut se réaliser si la loi choisie par les parties n'observe pas les normes impératives ou des lois de police. D'autre part, un contrôle dit *a posteriori* peut également s'opérer dès lors qu'un jugement étranger doit être homologué dans un pays étranger. Dans ce cas, il s'agit alors de voir si la décision étrangère ne porte pas atteinte à l'ordre public. Cependant comme le contrôle exercé par

¹¹⁶⁴ Cass. civ., 5 décembre 1910, *Grands arrêts*, n.11.

¹¹⁶⁵ J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP*, 1993-1994, p. 123.

¹¹⁶⁶ O. GOMES, *Contratos, préc.*

l'exception d'ordre public n'est pas représentatif en matière de contrat de distribution afin de justifier une analyse sur le sujet, nous aborderons uniquement le contrôle exercé par le mécanisme des lois de police (**Section 2**).

Section 1 - La mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté

Dès lors que la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté est inégale en droit international privé français et brésilien, il est important de vérifier leur mise en œuvre dans les deux ordres juridiques.

Pour ce faire, nous allons d'abord étudier l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé français, puisque ce principe est accepté à la fois par la jurisprudence française et par les deux instruments d'harmonisation du droit international privé européen (§1). Ensuite, nous passerons en revue la position adoptée en droit brésilien quant à la mise œuvre du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux (§2).

§ 1- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé français

Le principe de l'autonomie de la volonté des parties demeure, selon la doctrine française, « *l'arête dorsale du dispositif de désignation de la loi contractuelle* »¹¹⁶⁷. Ce principe a été consacré par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹¹⁶⁸ et, récemment, par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles Rome I¹¹⁶⁹. Nous retrouvons, dans le considérant 11 du règlement Rome I, la reconnaissance

¹¹⁶⁷ S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2157. V. spécialement la bibliographie française sur la matière : J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, t. 16, 1927, p. 1, n° 16 ; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983 ; *Le contrat international*, 2e éd., Dalloz, 1999 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990 ; J. FOYET, « Le contrat « d'electio juris » à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, Dalloz, p. 169 ; « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI* 1991, p. 601 et s.

¹¹⁶⁸ Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998 p. 0034 – 0046. Sur cette convention, v. P. LAGARDE, « Convention de Rome », *Rép. dr. comm. Dalloz*, 1992 ; J.-M. JACQUET, « Contrats », *Rép. internat. Dalloz*, 1998.

¹¹⁶⁹ Sur le règlement Rome I, v. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP* 2008, p. 727 et s. ; S. FRANCK, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles, quelques changements », *JDI* 2009, p. 41 et s. ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009, p. 3 et s. ; A. MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, « L'entrée en vigueur du règlement Rome I », *RTD com.* 2008, p. 892 ; P. DEUMIER et J.-B. RACINE, « Règlement Rome I mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDCO* 2008, p. 1309.

claire de ce principe, dans lequel : « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ».

La Convention de Rome et le règlement Rome I ont édicté des règles uniformes de conflit de lois, qui se substituent complètement aux règles antérieurement en vigueur dans chacun des États membres¹¹⁷⁰. Ces instruments offrent la possibilité aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat (A). Dans le cadre du contrat de distribution, la complexité de l'opération englobant le contrat-cadre et les contrats d'application en droit français requiert une attention particulière au moment du choix de la loi applicable (B).

A- Le mécanisme de désignation du droit applicable au contrat

Aussi bien la Convention de Rome que le règlement Rome I permettent aux parties de choisir la « *loi applicable au contrat* » (1). Cependant la liberté de choix ainsi conférée aux parties peut être plus vaste dans le cadre de l'application du règlement Rome I à travers l'application d'un « *droit non étatique* » (2).

1- Les traits communs entre la Convention de Rome et le règlement Rome I : la consécration de l'autonomie de la volonté

Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est assuré dans certains instruments européens adoptés au sein de l'Union européenne ces dernières années. Le premier texte fut la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Depuis son entrée en vigueur (le 1^{er} avril 1991)¹¹⁷¹, elle constitue le texte de référence pour les juridictions des États qui, comme la France, l'ont ratifiée et ce, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable en matière contractuelle, à défaut de choix des parties. La Convention est toujours en vigueur et elle continue de régir tous les contrats conclus entre le

¹¹⁷⁰ Il est important de se rappeler que le droit communautaire, avant l'adoption du traité d'Amsterdam, se préoccupait de la coordination des droits nationaux mais pas dans une logique de recherche des règles d'application dans l'espace des lois nationales (Cf., J.-S. BERGÉ, « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113). Pour un aperçu plus complet sur la matière, v. également, S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruyant, 2005 ; M. WILDERPIN et W. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *Op. cit.*, p. 289.

¹¹⁷¹ Sur l'application temporelle de la Convention de Rome, la Cour de cassation a énoncé qu'elle n'est applicable qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur (Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 1997). Le juge national saisi continue d'appliquer ses règles nationales de droit international privé pour les contrats conclus antérieurement (Convention de Rome, art. 17).

1^{er} avril 1991 et le 16 décembre 2009. Le règlement Rome I, quant à lui, s'applique aux contrats conclus à partir du 17 décembre 2009 (art. 28)¹¹⁷².

Tant la Convention que le règlement Rome I s'appliquent en effet aux obligations contractuelles dans les situations comportant un conflit de lois, ce qui suppose que le contrat en cause présente des liens avec au moins deux États (art. 1^{er}, 1)¹¹⁷³. Par ailleurs, les matières exclues du champ d'application de ces deux instruments ont été quelque peu élargies par le règlement Rome I (art. 1^{er}, 2). De même, le caractère universel de la Convention est consacré à l'art. 2 qui dispose que « *la loi désignée par la présente Convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant* ». Cette méthode a été également reprise dans le règlement Rome I (art. 2), dans la mesure où aucune distinction ne doit être faite par les tribunaux des États contractants selon que « *la loi désignée est ou non celle d'un État contractant, selon que les parties au contrat ou en litige ont ou non la nationalité d'un État contractant, y ont ou non leur domicile, ou selon la localisation du contrat ou de l'un de ses éléments* »¹¹⁷⁴.

En outre, le système consacré par la Convention de Rome est appelé dualiste¹¹⁷⁵ car les parties sont libres de choisir la loi applicable au contrat en vertu du principe de l'autonomie de la volonté des parties prévu à l'art. 3. A défaut de choix, la détermination de la loi applicable est établie par des rattachements prévus à l'art. 4. Cette même méthode « dualiste » a été également adoptée dans le règlement Rome I¹¹⁷⁶ : l'art. 3 prévoit que les parties sont libres de choisir le droit applicable et, en l'absence de choix, l'art. 4 prévoit des règles de conflit de lois pour certains types de contrat, tels que le contrat de concession ou de franchise (art. 4, al. f et g)¹¹⁷⁷.

¹¹⁷² C'est en raison de l'art. 65 du traité instituant la Communauté européenne, tel qu'amendé par le traité d'Amsterdam de 1997, entré en vigueur en 1999, par lequel la matière des conflits de lois est passée dans la compétence de la Communauté (devenue l'Union depuis), qu'il a été jugé nécessaire de préparer un règlement devenu le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹¹⁷³ Une situation comportant une règle de conflit de lois réside, selon M. Pierre MAYER (« Le phénomène de coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, t. 327, 2007, p. 137), « dans la nécessité, ressentie comme telle, de choisir entre les règles de deux ou plusieurs ordres juridiques, avec lesquels la situation entretient des liens ».

¹¹⁷⁴ P. LAGARDE, « Convention de Rome (Obligations contractuelles) », *Op. cit.*, p. 3.

¹¹⁷⁵ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287 et s. ; « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *RCDIP* 2006, p. 331.

¹¹⁷⁶ Sur ce point, v. S. FRANCK, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles, quelques changements », *Op. cit.*, p. 45 et s. ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Op. cit.*, spéc., p. 7.

¹¹⁷⁷ V. le Chapitre II, Section 2, *infra*.

En outre, tant la Convention de Rome que le règlement Rome I n'imposent aucun lien entre la loi choisie et le contrat. Les parties peuvent, de ce fait, choisir une loi dite « neutre »¹¹⁷⁸. L'art. 3.1 de la Convention de Rome et du règlement Rome I prévoit que le choix de la loi applicable « doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Par ce choix, les parties peuvent « désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

En matière de contrats de distribution, il est vivement recommandé que les parties choisissent la loi applicable à leur convention de façon à rédiger les clauses contractuelles en conformité. Cette précaution apporte cohérence à l'ensemble contractuel dans le sens où le contrat sera rédigé en toute connaissance de cause quant au droit applicable permettant donc que le juriste puisse proposer des solutions à des situations spécifiques non prévues par la loi. Un petit sondage concernant des contrats de distribution soumis aux arbitres de la Chambre de Commerce Internationale démontre que le droit est désigné par les parties dans le contrat pour 85 % des cas. Le droit de tradition continentale est choisi dans 75 % des cas, ce qui s'explique par le fait que la distribution est largement pratiquée en Europe¹¹⁷⁹.

Enfin, si le principe de l'autonomie de la volonté est consacré par le droit international privé européen, il conviendra d'analyser dans quelle mesure ce principe est concrétisé.

2- Les traits divergents entre la Convention de Rome et le règlement Rome I : le droit pouvant être choisi par les parties

Sous l'égide de la Convention de Rome, la question relative à la possibilité pour les parties de choisir des règles non étatiques était controversée. Lors des négociations de la Convention de Rome, l'un des rapporteurs du projet, M. Paul Lagarde, avait déclaré que le silence de la Convention ne signifiait pas que le choix d'un droit non étatique serait interdit mais que la validité de ce choix dépendrait de la loi qui serait applicable au contrat¹¹⁸⁰.

La jurisprudence française semble reconnaître l'application de principes généraux du commerce international dans un litige soumis à l'arbitrage¹¹⁸¹. En effet, la Cour de cassation a

¹¹⁷⁸ P. LAGARDE, « Convention de Rome », *Op. cit.*, p. 12 et s.

¹¹⁷⁹ V. C.-C.-Q. TRUONG, *Les différents liés à la rupture des contrats internationaux de distribution sans les sentences arbitrales CCI*, *Op. cit.*, n° 122, 129, 136 et 137.

¹¹⁸⁰ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Op. cit.*, p. 281. En effet, cet auteur a toujours contesté l'existence de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique. Selon lui, pour prétendre à la qualité de source de droit, la norme doit émaner d'une organisation ou être organisée par une entité structurée. V. aussi du même auteur « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Etudes Berthold Goldman*, 1984, p. 125, spéc. p. 134.

¹¹⁸¹ Sur l'application de la *lex mercatoria* en droit de l'arbitrage, v. B. GOLDMAN, « La *Lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979, p. 475 ; A. KASSIS, *Théorie*

rendu une décision en 1991, dans une affaire entre une société de droit américain (*Primary Coal*) et l'autre de droit espagnol (*Valenciana de Cementos Portland*)¹¹⁸², dans laquelle la *lex mercatoria* est appliquée. La Cour a conclu que l'arbitre statue en droit lorsqu'il se réfère à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction de jurisprudences nationales ».

La question de l'application des instruments non nationaux est revenue sur le devant de la scène lors de la préparation du règlement Rome I¹¹⁸³. A l'inverse de la Convention de Rome, qui n'a pas envisagé le choix d'un ordre juridique non étatique, le règlement Rome I a adopté une position plutôt modérée compte tenu des divergences suscitées dans la proposition de règlement publiée par la Commission en 2005. En fait, la proposition ouvrait la possibilité aux parties de choisir un droit non étatique à l'art. 3.2 : « *Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire* ».

Cependant, ce dispositif n'a pas été retenu dans le texte final du règlement Rome I. Les rédacteurs du texte ont préféré indiquer, dans le considérant 13, qu'il n'est pas interdit aux parties « *d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* »¹¹⁸⁴. Ce droit non étatique doit pouvoir être incorporé dans le contrat, mais il reste à savoir si le considérant a une portée contraignante.

D'après Mme Sophie Lemaire, le considérant 13 se réfère à une obligation de motivation résultant de l'art. 253 du Traité de la Communauté Européenne. Cela veut dire *grosso modo* que ce considérant existe pour mettre en relief ce qui n'a pas effectivement changé dans le règlement Rome I. C'est pourquoi ce genre de considérant relèverait d'une

générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, « Lex mercatoria »), LGDJ, 1984 ; E. GAILLARD, « Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI 1995, p. 5.

¹¹⁸² Cass. 1re civ., 22 oct. 1991, *Bull.* 1991 I N° 275 p. 182, *Rev. arb.* 1992, p. 457, n. P. Lagarde ; *JDI* 1992, p. 177, n. B. Goldman.

¹¹⁸³ Sur l'application des règles non étatiques, v. spécialement C. KESSEDJIAN, « Les normes nationales et le futur règlement Rome I - Une occasion manquée jusqu'à nouvel ordre ? », *RDCO* 2007, p. 1470.

¹¹⁸⁴ Selon C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ (« Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 57) : « *la référence aux conventions internationales est malheureuse, surtout que cela procède à un mélange des genres de mauvais aloi et que toutes les conventions internationales ne peuvent pas être étendue par la volonté des parties* ». A propos de l'application des conventions Uncitral et l'interaction avec le règlement Rome I, v. C. NICHOLAS, « The New Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations : Relationships with International Conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT », E. C. Ritaine et A. Bonomi (éds.), in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 49-59.

explication ou d'une obligation de motivation¹¹⁸⁵. A ce propos, M. Bertrand Ancel souligne que la suppression de l'article dans la proposition et l'insertion d'un considérant se justifierait en raison du « *caractère lacunaire de ces sources* »¹¹⁸⁶.

Néanmoins, la position adoptée par Mme Catherine Kessedjian nous semble plus cohérente. Selon elle, la rédaction retenue dans le règlement permet de certifier que le choix de l'application d'un droit non étatique est non équivoque, puisque ces règles sont généralement mises en œuvre à titre complémentaire afin d'aider à l'application d'un droit national choisi par les parties¹¹⁸⁷. En plus, le considérant 14 considère comme valable la désignation par les parties d'un instrument « *juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types* », qui soit adopté par la Communauté comportant des règles matérielles en matière de contrats.

Enfin, il est important de remarquer qu'en matière de droit de la distribution, l'application de lois non étatiques comme la *lex mercatoria* est fréquente dans les procédures arbitrales¹¹⁸⁸. Les parties peuvent soumettre leur contrat à la seule *lex mercatoria* si ce choix est prévu dans la clause compromissoire de leur contrat et à la condition que l'arbitre ne se fonde pas sur l'existence d'une lacune de la *lex mercatoria* pour justifier son comblement¹¹⁸⁹.

B- La portée du choix du droit applicable au regard du contrat-cadre de distribution et des contrats d'application

La possibilité offerte aux parties de pouvoir choisir le droit applicable à leur contrat de distribution apparaît comme une attitude de prévoyance, plutôt naturelle, en matière de contrats internationaux. A l'égard des contrats de distribution en droit international privé

¹¹⁸⁵ S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2157.

¹¹⁸⁶ B. Ancel, E. C. Ritaine et A. Bonomi (éds.), in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 77-93, spéc. 78. V. aussi les critiques d'E. JAYME (« Choice of law clauses in international contracts ; some thoughts on the reform of art. 3 of the Rome Convention », in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado* (org. L. de L. Pinheiro), Coimbra, Almedina, 2005, p.17-30) qui considère que l'utilisation des principes généraux de droit est très flou.

¹¹⁸⁷ A ce propos, v. C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, « Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 57.

¹¹⁸⁸ Pour B. GOLDMAN (« Une bataille juridique autour de la *lex mercatoria* », *Rev. arb.* 1983, p. 839) l'application de *lex mercatoria* est considérée comme le droit naturel des contrats internationaux.

¹¹⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 444. Cependant, il est important que les parties précisent dans la clause compromissoire, si les règles non étatiques seront appliquées au contrat-cadre et aux contrats d'application. Cette précaution s'avère importante en raison d'une divergence au sein de la doctrine. En effet, M. Bernard Audit indique que la Convention de Vienne qui régit les ventes d'application ne pourrait pas être appliquée en tant qu'expression de la *lex mercatoria* (cf., B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, *Op. cit.*, n° 203). En revanche, une autre opinion considère que les arbitres peuvent appliquer la Convention de Vienne en tant qu'expression de la *lex mercatoria* (cf., V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, *Op. cit.*, n° 129).

français, il est important de tenir compte de l'existence du contrat-cadre et des contrats d'application, c'est-à-dire, deux contrats de nature juridiques distinctes mais qui forment une opération unique afin de décider sur la « clause cadre »¹¹⁹⁰ d'*electio juris*. On se rappelle que l'insertion d'une clause cadre en matière juridictionnelle facilite, d'une part, l'unicité d'un éventuel contentieux et, d'autre part, peut éviter un dépeçage juridictionnel, bien que le rayonnement de la clause cadre d'arbitrage puisse être plus vaste que celui d'une clause attributive de juridiction.

Dans la continuité de cette démarche quant à l'extension de la clause cadre d'*electio juris*, serait-il envisageable que la clause d'*electio juris* insérée uniquement dans le contrat-cadre de distribution puisse être étendue aux contrats d'application qui seraient silencieux à cet égard (1) ? A l'inverse, si les parties ont désigné la loi applicable seulement aux contrats d'application, serait-il possible de concevoir que la clause d'*electio juris* puisse être appliquée au contrat-cadre (2) ? Nous précisons avant tout que ces questions seront abordées en tenant compte du fait que le contrat-cadre et le contrat d'application ont les mêmes parties.

1- L'extension de la clause d'*electio juris* stipulée dans le contrat-cadre aux contrats d'application

De prime abord, il nous semble envisageable d'admettre que la clause cadre de droit applicable insérée dans le contrat-cadre peut s'étendre aux contrats d'application. En effet, tant la Convention de Rome (art. 3) que le règlement Rome I (art. 3, al.1) indique de façon claire que le choix de la loi applicable au contrat doit être « *exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». Nous imaginons que l'existence d'une clause d'*electio juris* dans le contrat-cadre de concession commerciale ou de franchise, semble fort bien s'appliquer aux contrats d'exécution à venir et ce, en l'absence de disposition contraire¹¹⁹¹. Cette solution permet de préserver davantage l'unicité du droit applicable au contrat-cadre et aux contrats d'application, puisque l'opération de distribution est conçue dans sa globalité, bien que les deux contrats soient dissociés juridiquement.

Toutefois, M. Frédéric Leclerc attire notre attention sur le fait que le contrat d'application est un contrat indépendant, en conséquence de quoi, la norme de droit international privé propre à ce contrat doit être nécessairement consultée sur la possible

¹¹⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 378.

¹¹⁹¹ Dès lors que les contrats d'application ne prévoient aucune disposition relative à la loi applicable, il serait possible de déduire que la loi désignée dans le contrat-cadre régira la relation dans son ensemble (*Cf.*, C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, « Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 59.

admission d'un choix de loi déduit d'une clause figurant au contrat-cadre¹¹⁹². De sorte qu'à l'égard des contrats d'application, ce serait la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels qui serait la norme appropriée¹¹⁹³.

Ainsi, la Cour de cassation française a eu l'opportunité de juger qu'en l'absence d'une clause d'*electio juris* permettant de supposer que l'ensemble contractuel sera soumis au même droit, le dépeçage législatif se profile inévitablement¹¹⁹⁴. Dans les arrêts *Optelec*¹¹⁹⁵ et *Sté Amman*¹¹⁹⁶, la Cour affirme que le contrat-cadre de concession exclusive est soumis aux règles de conflit générales en matière contractuelle posées par la Convention de Rome, tandis que les ventes successives qui émanent du contrat-cadre continueraient à relever de la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels qui désigne la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment de la commande (art. 3). En réalité, la Cour adopte une démarche qui consiste à analyser les contrats au cas par cas au détriment d'une vision d'ensemble.

La position dualiste de la Cour de cassation se révèle encore dans une affaire dans laquelle une société de droit français (la société *Yves Saint-Laurent Parfums*) avait confié la distribution de ses produits au Venezuela à une société de droit vénézuélien (la société *Mimusa CA*)¹¹⁹⁷. La société française, reprochant à son cocontractant divers manquements, lui

¹¹⁹² V. spécialement la communication de F. LECLERC (« Le contrat cadre en droit international privé », *Op. cit.*, p. 3-33) sur le contrat-cadre en droit international privé. Il envisage la possibilité de l'élaboration d'une réglementation au tour d'une clause-cadre de droit applicable tant au contrat-cadre qu'aux contrats d'application successifs.

¹¹⁹³ F. LECLERC, *Ibidem*, p. 14. V. aussi A. GIARDINA, « Les contrats liés en droit international privé », *TCFDIP*, 1995-1996, p. 97-109.

¹¹⁹⁴ En ce sens, Cass. 1er civ. 22 juill. 1986, *RCDIP* 1988, p. 56, n. H. Battiffol : la Cour de cassation avait affirmé que : « les rapports d'affaires entre les parties ne consistaient pas en un ensemble de ventes indépendantes et ponctuelles qui se seraient succédées pendant cinq années, mais résultaient (...) d'un contrat de distribution ». V. également Cass. 1re civ. 15 mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 83, p. 54; CA Paris, 26 sept. 1996, *D.* 1996, IR, p. 245; CA Paris, 20 avr. 2005, *RTD com.* 2005, p. 641, obs. Ph. Delebecque. Il en va de même pour la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, conclue le 14 mars 1978. Cette convention est entrée en vigueur le 1er mai 1992 en France, mais ne s'applique pas au contrat de distribution.

¹¹⁹⁵ Cass. 1re civ. 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *RCDIP* 2002. 86, n. P. Lagarde ; *D.* 2002. 198, n. C. Diloy, p. 1397, obs. B. Audit ; *RTD com.* 2001. 966, obs. B. Bouloc ; *JDI* 2001. 1121, note A. Huet ; *JCP G* 2001, n° 10634, p. 2208, n. J. Raynard ; *LPA* 30 mai 2002. 15, n. H. Chanteloup ; *RLDA* 2002, n° 46, p. 5, obs. H. Kenfack.

¹¹⁹⁶ Cass. 1re civ. 25 nov. 2003, *Cah. dr. entr.* 2004, n° 3, p. 28, obs. D. Mainguy ; *RCDIP* 2004, p. 102, n. P. Lagarde ; *D.* 2004. 494, n. H. Kenfack ; *RTD com.* 2004, p. 396, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2004, p. 1179 et la note ; *JCP G* 2004, n° 10046, n. J. Raynard ; *Dr. et patr.* 2004, n° 125, p. 126, obs. D. Mainguy, P. Mousseron ; *RDCO* 2004, p. 770, obs. D. Bureau.

¹¹⁹⁷ Cass. com. 20 février 2007, pourvoi n° D 04-17752, *Bull. civ. IV*, n° 52 ; *D.* 2007. 795, obs. E. Chevrier ; *JCP G* 2007, I, 172, n° 1, obs. M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD civ.* 2007. 302, obs. P. Rémy-Corlay (2e

a notifié le non-renouvellement du contrat de distribution. Pendant l'exécution du préavis, la société française a suspendu les livraisons en raison des risques de non-paiement. La société vénézuélienne a réagi en saisissant alors les juridictions françaises pour obtenir des indemnités au titre d'une prétendue rupture brutale et abusive des relations commerciales. En l'espèce, les parties avaient inséré une clause d'*electio juris* en faveur du droit français.

Il est intéressant de noter que la Cour de cassation n'a pas privilégié la thèse unitariste. *A contrario*, elle a mis en relief la dissociation entre le contrat-cadre et les contrats d'application et elle estime que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, ratifiée par la France, a vocation à s'appliquer aux contrats de vente de marchandises passés en application d'un contrat-cadre, dès lors que les parties n'en ont pas exclu l'application. La société française a mis en œuvre l'exception d'inexécution des contrats d'application et la cour d'appel de Versailles a fait application de l'art. 71 de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises¹¹⁹⁸. La Cour de cassation a donc rappelé que les parties ont convenu de se soumettre à la loi française et, ce faisant, elle déclare que la cour d'appel « *a, à bon droit, examiné les fautes invoquées dans l'exécution de ces ventes au regard des dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sans qu'il importe que ces opérations sont intervenues en application d'un contrat-cadre de distribution exclusive, lui-même non soumis à ladite convention* ». Or, la question posée dans l'arrêt est de savoir si la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale est applicable ou non au contrat-cadre de distribution. On se rappelle que la Cour avait auparavant répondu négativement à cette question¹¹⁹⁹. Cette solution est d'ailleurs reprise par la jurisprudence de tribunaux étrangers depuis quelques années¹²⁰⁰. Pour la doctrine qui défend cette solution, le contrat-cadre de distribution est un « cadre normatif », qui organise essentiellement les ventes à venir qui seront conclues par des contrats d'application¹²⁰¹. C'est pourquoi il serait difficile de le

esp.); *JDI* 2007. 1210, n. S. Hotte ; *CCC* mai 2007. comm. 121, n. M. Malaurie-Vignal; *RDCO* 2007/4, p. 1255, n. J.-B. Racine ; *RTD com.* 2007, p. 586, n. B. Boulloc.

¹¹⁹⁸ Art. 71 CVIM: « *Une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations* ».

¹¹⁹⁹ Cass. 1re civ. 15 mars 1988, *Op. cit.*, p. 54 : « *le contrat de concession, ayant pour objet d'assurer, sur un territoire et pour un temps déterminé, l'exclusivité de la distribution des produits du concédant par un concessionnaire, au nom et pour le compte de celui-ci, ne s'identifie pas avec les contrats de vente successifs portant sur ces produits* ».

¹²⁰⁰ Sur ce point, v. Cl. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, 1995, p. 32 ; Tribunal supérieur du canton de Lucerne, 8 janv. 1997, *D.* 1998, somm., p. 315, obs. Cl. Witz.

¹²⁰¹ D'après l'expression de Mme. M.-A. FRISON-ROCHE (« Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD. civ.* 1995, p. 573) le contrat-cadre présenterait une nature « *quasi-législative* » constituant ainsi une sorte de droit commun des contrats d'exécution qui sont véritablement des

comparer à une vente internationale et, de surcroît, de lui appliquer la Convention de Vienne.

Cependant, cette position n'est pas partagée par tous. D'autres auteurs considèrent que la Convention de Vienne contient des dispositions directement applicables au contrat de distribution, telles que les dispositions relatives aux obligations de l'acheteur et du vendeur, ou le règlement de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice causé à l'une des parties¹²⁰². Dans cette optique, la Convention de Vienne pourrait être applicable dès lors que les cocontractants sont d'accord pour soumettre certaines parties du contrat, qui coïncident avec « *l'économie du contrat de vente* »¹²⁰³ par exemple. Cette technique dépendra bien évidemment d'un dépeçage du contrat afin de combler certains aspects qui ne seront pas soumis à la Convention de Vienne, telle une clause d'exclusivité insérée dans le contrat de concession qui ne sera pas couverte par le régime de la Convention de Vienne.

Dans la perspective d'application de la Convention de Vienne au contrat-cadre de distribution, deux auteurs ont recensé des décisions – qui restent rares – à propos d'une éventuelle application de ladite convention¹²⁰⁴. La décision la plus intéressante est celle rendue dans une sentence arbitrale CCI, au sujet de la rupture d'un contrat de concession de vente exclusive par le concédant, sans délai de préavis, en raison d'un prétendu non-respect par le concessionnaire de ses obligations¹²⁰⁵. Ce dernier avait invoqué la non application de la Convention de Vienne, cependant, le concédant alléguait que l'art. 3.2 de ce texte pouvait être appliqué afin de « *favoriser l'application d'une loi unique, celle voulue par les parties, au fond du litige* ». Les arbitres ont estimé que « *lorsqu'on considère la relation d'affaire de manière globale, l'élément de vente l'emporte sur celui de distribution* ». Les arbitres ont encore décidé que, sur la question de la résiliation unilatérale du contrat de concession de vente exclusive dont la matière n'est pas réglée par la Convention de Vienne dans ces termes, « *les principes généraux de la Convention, tels qu'ils se dégagent des principes Unidroit sur les contrats du commerce international, sont parfaitement adaptés au règlement du présent litige* ». En réalité, les arbitres ont considéré que la résiliation unilatérale est parfaitement concevable en faisant allusion au principe qui énonce la non perpétuité des relations

contrats. V. également A. RONZANO, « Le contrat-cadre en droit international », in *Le contrat-cadre. 1-Exploration comparative*, A. Sayag (dir.), Litec, 1994, p. 247 et s., spéc. p. 257.

¹²⁰² J. THIEFFRY, « La Convention de Vienne et les contrats de distribution », *DPCI* 1993, t. 19, n° 1, p. 62-68, spéc. 67; A. NUYTS et N. WATTÉ, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003, p. 365-400, spéc. p. 395.

¹²⁰³ J. THIEFFRY, « La Convention de Vienne et les contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 65.

¹²⁰⁴ En ce sens, v. A. NUYTS et N. WATTÉ, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *Op. cit.*, p. 395.

¹²⁰⁵ Sentence arbitrale CCI, aff. 8817, déc. 1997, *Yearbook of Commercial Arbitration XXV*, Kluwer, 2000, p. 335 et s.

contractuelles comme un principe du droit des contrats. En revanche, les arbitres ont appliqué la Convention de Vienne afin de sanctionner le concédant et de lui imposer le paiement des dommages et intérêts, car la rupture n'a pas été justifiée par une faute du concessionnaire.

Pour notre part, nous pensons que le seul moyen d'échapper aux difficultés d'interprétation quant au droit applicable au contrat-cadre de distribution et aux contrats d'application serait, selon un auteur averti, « *de rédiger la clause d'élection de droit avec précision, en indiquant si elle vaut pour le seul contrat-cadre ou aussi pour les contrats d'application* »¹²⁰⁶. En l'absence d'une telle précaution, la solution la plus adéquate à l'économie de l'opération est celle qui préconise d'éviter, dans la mesure du possible, le morcèlement de l'ensemble contractuel, à travers l'extension de la clause de droit applicable aux contrats d'application¹²⁰⁷. Rappelons que la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision – isolée –, dans l'affaire *Marchi*¹²⁰⁸, dans laquelle elle a reproché à la cour d'appel de n'avoir ni réalisé un examen d'ensemble des deux contrats liés, ni pris en considération le lien existant entre les deux contrats.

2- L'extension de la clause d'*electio juris* stipulée dans les contrats d'application au contrat-cadre

Dès lors que le contrat-cadre ne contient aucune disposition indiquant le droit applicable, alors que les contrats d'application comportent une telle élection, il serait plus difficile d'admettre l'extension de la clause d'*electio juris* afin de régir également le contrat-cadre. En effet, la complexité juridique du contrat-cadre de distribution ne favorise pas l'extension de la clause d'élection de droit insérée dans des conditions générales de vente ou d'achats¹²⁰⁹. Le dépeçage semble donc être inévitable dans ce cas¹²¹⁰.

Toutefois, rien n'empêche que le juge pratique l'extension de la clause après avoir retiré des circonstances du cas concret, que les parties voulaient que la loi choisie pour régir

¹²⁰⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Op. cit.*, p. 390.

¹²⁰⁷ En ce sens, v. la thèse de D. Seysen-Guérin (*Le contrat de distribution international, préc.*) qui a préconisé le caractère unitaire du contrat de distribution, qualifié de « *contrat complexe à exécution échelonnée* ». V. aussi F. LECLERC, « Le contrat cadre en droit international privé », *Op. cit.*, p. 21.

¹²⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 12 janv. 1994, *JDI* 1995, p. 154, N. S. Dion-Loye.

¹²⁰⁹ En ce sens, v. C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, « Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 60.

¹²¹⁰ L'art. 4, al. 1^{er}, deuxième phrase, de la Convention de Rome admet la possibilité d'un dépeçage très limité : « *Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays* ». Sur ce point, il faut retenir que cette « séparabilité » peut être mise en œuvre, à titre exceptionnel, afin de ne pas bouleverser le principe d'unité du contrat (P. LAGARDE, « Convention de Rome », *Op. cit.*, p. 6). Dans un autre article, M. P. LAGARDE (« *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », *Op. cit.*, p. 307) indique encore que la partie séparable du contrat peut être « *objet d'une solution indépendante de la solution donnée aux autres éléments du contrat* ».

les contrats d'application soit la même que celle qui régit le contrat-cadre. Il s'agit en effet d'une présomption qui repose sur un choix implicite des parties de voir le contrat-cadre soumis au même droit établi aux contrats d'application en vertu de l'art. 3, al. 1 du règlement Rome I. En outre, cette solution qui préconise l'unité de l'ensemble contractuel peut être utile notamment si certains contrats s'exécutent dans des pays qui ignorent la notion de contrat-cadre comme le Brésil. Dans ce cas, si la loi applicable est la brésilienne, par exemple, elle ne reconnaît pas la distinction entre le contrat-cadre et le contrat d'application.

Force est donc de constater que la question relative à l'extension de la clause du droit applicable demeure extrêmement délicate en droit international privé en raison aussi de la différence de qualification quant à la nature juridique du contrat de distribution. Une fois de plus, le seul moyen de minimiser les difficultés qui heurtent le contrat-cadre de distribution et le contrat d'application est d'établir des clauses bien précises.

§ 2- Vers l'admission du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien

La Loi d'introduction au Code civil de 1916 représentait la source de normes de droit international privé brésilien. Dans cet instrument, il y avait un article 13 qui permettait de considérer que les parties pouvaient choisir la loi applicable à leur contrat, selon une grande partie de la doctrine brésilienne¹²¹¹, puisque sa rédaction admettait une interprétation par défaut selon laquelle : « *Les obligations, quant à leurs substances et leurs effets, seront régies, sauf disposition contraire, par la loi du lieu où elles sont formées* »¹²¹².

Néanmoins, la réforme de la Loi d'introduction au Code civil de 1942 a opéré un changement important : l'art. 13 s'est transformé en art. 9, dans lequel l'expression « *sauf disposition contraire* » a été supprimée. La doctrine a considéré qu'il ne s'agissait pas d'un simple oubli, mais d'une véritable volonté politique de supprimer le principe de l'autonomie de la volonté compte tenu du régime dictatorial au Brésil¹²¹³ et qui a été influencée et

¹²¹¹ L'art. 13 de la Loi d'introduction de 1916 a été proposé par le juriste Clovis Bevilacqua. Pour lui, la *lex contractus* était celle du lieu de la conclusion du contrat, « *sauf disposition contraire* », ou en raison d'une violation du droit national de l'un des cocontractants et à l'ordre public (cf., C. BEVILAQUA, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4e éd., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, p. 358 et s.).

¹²¹² Notre traduction.

¹²¹³ V. H. Valladão, cité par I. STRENGER, *Op. cit.*, p. 205. Dans une période de fermeture démocratique, le choix octroyé aux contractants de désigner la loi applicable à leur convention a été considéré comme un acte de grande liberté contractuelle pendant une période dans laquelle l'État brésilien adoptait une politique interventionniste et protectionniste.

soutenue par certains juristes de l'époque¹²¹⁴. Des juristes comme Espínola e Espínola Filho se sont opposés à l'application du principe de l'autonomie et se sont félicités du changement opéré par la LICC de 1942¹²¹⁵. D'autres comme Serpa Lopes¹²¹⁶ et A. C. Machado Villela¹²¹⁷, se sont également opposés à l'application du principe de l'autonomie dans les domaines couverts par des règles impératives. En revanche, les auteurs étaient favorables à son emploi face à des règles supplétives.

Par ailleurs, des réactions contraires au nouveau dispositif de l'art. 9 se sont faites ressentir dans un arrêt rendu par la Cour Suprême brésilienne, dans lequel il a été indiqué que « *les principes essentiels de notre droit ne peuvent disparaître par leur simple omission dans un Code ou dans une loi* »¹²¹⁸. Il est regrettable donc de constater que la place du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien a perdu beaucoup d'importance depuis la Loi d'introduction au Code civil de 1942¹²¹⁹. Pendant plusieurs années, quelques projets de réforme de la Loi d'introduction au Code civil ont été élaborés par des juristes brésiliens dans le but de réintroduire le principe de l'autonomie contractuelle dans les corpus de normes de droit international privé¹²²⁰.

Paradoxalement, en 2010, la Loi d'introduction au Code civil de 1942 a été remplacée par la Loi n° 12.378. Mais la seule modification effectuée par le législateur brésilien concerne le champ général d'application de la LICC. Elle est désormais intitulée « *Loi d'introduction aux normes du droit brésilien* ». Il est intéressant de relever que la teneur du texte de 1942 a

¹²¹⁴ Selon O. Tenório, la suppression de l'expression « *sauf disposition contraire* » est le résultat de certaines critiques réalisées par d'autres juristes au principe de l'autonomie de la volonté (cf., O. TENORIO, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2e éd., Rio de Janeiro, Ed. Borsari, 1955).

¹²¹⁵ E. ESPINOLA et E. ESPINOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1944. En ce sens, v. aussi A. de CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 6e éd., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

¹²¹⁶ M. M. de SERPA LOPES, *Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944.

¹²¹⁷ A. da C. MACHADO VILLELA, *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921.

¹²¹⁸ *Diário de Justiça*, Apenso 135, du 12 juin 1945, p. 2550/1. Cité dans H. VALLADAO, « O contrato internacional », *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 37, n° 156, out/dez 1980, p. 118 et s. V. également l'arrêt rendu par le Tribunal suprême fédéral brésilien dans l'affaire *Banco do Brasil c. Champalimaud* qui met en évidence la position des tribunaux brésiliens quant à la non reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté. En l'espèce, un contrat a été conclu au Portugal, mais il devait s'exécuter au Brésil. Le juge de première instance, suivi postérieurement par la cour d'appel de l'État de Minas Gerais, a décidé que la loi applicable au contrat était la loi portugaise, loi de la conclusion du contrat selon l'art. 9 de la LICC. Ce jugement a été confirmé en 1981 par le Tribunal suprême fédéral dans lequel les juges ont déclaré que « *l'autonomie de la volonté était interdite par la législation brésilienne* » (STF, RExt. n° 93.131/MG, j. 17.12.1981, RTJ 101/1.149, 1982, v. 101, p. 1149 et s.).

¹²¹⁹ Pour une vision détaillée du débat tenu par les divers courants doctrinaux brésiliens, v. I. STRENGER, *Da autonomia da vontade, direito interno e internacional*, 2e éd., São Paulo, LTr, 2000.

¹²²⁰ V. spécialement le projet de H. Valladão cité par Mme F. V. da C. CERQUEIRA, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, *Op. cit.*, p. 110 ; I. STRENGER, *Da autonomia da vontade, Direito Interno e Internacional*, *Op. cit.*, p. 203 et s.

été quasiment maintenue, ce qui représente une vraie occasion manquée pour la réinsertion du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien.

Actuellement, la seule loi qui a consacré le principe de l'autonomie de la volonté est la Loi brésilienne sur l'Arbitrage de 1996. L'art. 2, § 1 prévoit désormais que « *les parties pourront librement choisir les règles de droit à appliquer dans l'arbitrage* ». Ce texte qui permet aux parties de désigner le droit applicable à leur contrat¹²²¹ a été acclamé par la grande majorité de la doctrine brésilienne, puisqu'il a donné un nouveau souffle au principe de la volonté des parties en matière de contrats internationaux¹²²².

Ce texte est encore complété par l'art. 11 de la Loi brésilienne sur l'Arbitrage, qui prévoit que la convention d'arbitrage doit contenir : (...) « *IV. L'indication de la loi nationale ou des règles corporatives applicables à l'arbitrage lorsque les parties en ont ainsi convenu* »¹²²³. Le but de ce texte est de permettre, d'une part, que le choix du droit applicable soit expressément indiqué dans la convention d'arbitrage et, d'autre part, de donner l'opportunité aux parties de choisir non seulement la loi étatique d'un pays, mais aussi d'ouvrir la possibilité à l'application des principes généraux de droits, la *lex mercatoria* et les principes Unidroit¹²²⁴. D'après Irineu Strenger, c'est la « *flexibilité* » de l'arbitrage quant au choix du droit applicable au litige qui la différencie de la juridiction étatique, permettant l'application de la *lex mercatoria*¹²²⁵. Dans ce contexte, il s'agira plutôt d'appliquer le droit matériel au contrat au lieu d'une règle de conflits de lois¹²²⁶.

¹²²¹ En réalité, la procédure arbitrale permet le choix de loi applicable à la convention d'arbitrage, au fond du litige et à la procédure d'arbitrage par les parties. En ce sens, v. *Final Report* « ILA Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration », International Law Association, Rio de Janeiro Conference (2008), International Commercial Arbitration.

¹²²² La critique de la doctrine brésilienne se référerait également à la règle de conflit de l'art. 9 LICC de 1942, qui désigne comme *lex contractus* la loi de la conclusion du contrat dès lors que litige est soumis à une juridiction étatique. V. les critiques de J. DOLINGER, *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 472 ; I. STRENGER, *Da autonomia da vontade, Direito interno e Internacional, Op. cit.*, p. 56 et s. ; P. B. CASELLA, « Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro », in *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Carmen Tiburcio (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 737; N. de ARAUJO, *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 105 et s.

¹²²³ Notre traduction.

¹²²⁴ L'application des Principes Unidroit se fait plus facilement par l'arbitre puisqu'il n'est pas rattaché à l'ordre juridique du for, en ce sens v. P. B. CASELLA, « Utilização no Brasil dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais », in P. B. Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo, LTr, 1996, p. 104 ; L. da GAMA SOUZA JR., « Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil », *Rev. dr. unif.*, vol XVI, 2011-3, p. 613.

¹²²⁵ I. STRENGER, *Direito do Comércio Internacional e Lex mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996.

¹²²⁶ C. TIBURCIO, « Lei aplicável às arbitragens internacionais », in *Reflexões sobre arbitragem, in Memoriam ao Desembargador Claudio Vieira de Lima*, P. B. Martins et J.-M. R. Garcez (coord.), São Paulo, LTr, 2002, p. 100.

Dans le cadre de l'Accord sur l'arbitrage commercial international du Mercosur conclu à Buenos Aires¹²²⁷, le Brésil a effectué une réserve quant à l'application de l'art. 10 relativement à la règle de droit applicable au fond du litige. Ce texte prévoit que les parties peuvent choisir le droit applicable au contrat dans les limites imposées par le droit international privé et ses principes. Selon la doctrine brésilienne¹²²⁸, l'art. 10 est rétrograde en relation à l'art. 2 LA, car cette dernière permet le libre choix du droit matériel applicable au contrat sans aucune éventuelle limitation imposée par le droit international privé au principe de l'autonomie de la volonté.

Il est important aussi de remarquer que plus récemment la jurisprudence brésilienne en matière contractuelle semble être plus sensible au principe de l'autonomie de la volonté des parties (A). Cependant, cette voie n'est pas la seule. Les possibilités sont encore complétées par des instruments d'harmonisation du droit international privé en Amérique latine (B).

A- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté par la jurisprudence brésilienne

En dépit des dispositions contraires à la mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté après l'adoption de la LICC de 1942, des décisions judiciaires rendues par des tribunaux brésiliens de deuxième instance en faveur du principe de l'autonomie en matière de contrats internationaux ont été prononcées à titre exceptionnel.

Il faut tenir compte du fait que la jurisprudence brésilienne, quant à elle, a un rôle croissant à jouer à l'égard de l'admission du principe de l'autonomie de la volonté dans le commerce international, malgré le fait que la place accordée à la « *jurisprudence comme source de droit au Brésil est inférieure à celle attribuée aux décisions judiciaires en France ou dans les pays du common law* »¹²²⁹, contrairement au droit du commerce international au sujet duquel le rôle de la jurisprudence est primordial¹²³⁰.

Dans le cadre de notre étude, nous attirons l'attention sur deux arrêts dans lesquels la clause de choix de la loi applicable a été validée par les juges brésiliens. De telles décisions sont encore très rares.

¹²²⁷ *Préc. supra.*

¹²²⁸ P. A. BATISTA MARTINS, « Observações sobre o texto do Accordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul », *RBar*, n° 9, jan./mar. 2006, p. 7-29, spéc. p. 19 et s.

¹²²⁹ L.-O. BAPTISTA « Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux - Brésil », *DPCI*, 1982, t. 8, n. 1, p. 109-117, spéc. p.109.

¹²³⁰ *Ibidem.*

Dans le premier arrêt, l'ancienne cour d'appel de l'État de São Paulo (*Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo*)¹²³¹ s'est prononcée sur l'applicabilité de la loi anglaise expressément choisie par les parties dans leur contrat de distribution conclu entre *R S Components Ltda* et *R S do Brasil Com. Imp. Exp. Cons. Repr. Ltda*. La cour d'appel a estimé que « conformément au principe de l'autonomie de la volonté qui préside l'élaboration des contrats, les parties peuvent élire le for de leur convenance et choisir les lois qui doivent régir leurs contrats »¹²³². Elle a ajouté encore qu'« il est possible que la loi étrangère soit appliquée au Brésil dans un cas concret et il revient à l'organe juridictionnel de vérifier si son application ne sera pas contraire aux principes de notre organisation politique, juridique et sociale, c'est-à-dire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Pour le juge rapporteur, le principe de l'autonomie de la volonté est admis au Brésil et le choix exprès des parties de la loi anglaise devait être respecté, puisqu'il s'agit d'un choix valide et efficace. En définitive, la cour a déclaré que le juge doit même appliquer la loi étrangère d'*office* car la norme de droit international privé l'impose.

Dans le deuxième arrêt, la cour d'appel de l'État de São Paulo a confirmé l'application du principe de l'autonomie de la volonté des parties de désigner la loi applicable au contrat international de représentation commerciale¹²³³. En l'espèce, les juges devaient se prononcer sur la loi applicable au contrat de représentation qui avait été conclu en 1971 aux États-Unis entre une entreprise brésilienne et une entreprise étrangère. La société brésilienne demandait l'application de la loi brésilienne n° 8.420 du 8 mai 1992 sur les activités des représentants commerciaux autonomes. Cette loi prévoyait une indemnisation dans le cas d'une rupture du contrat, alors que le contrat ne prévoyait aucune indemnisation. Cependant, la clause 8 de ce contrat envisageait que le contrat en question serait régi et interprété selon les lois de l'État de New York. Les juges ont décidé ainsi d'appliquer la loi new-yorkaise puisque le contrat avait été conclu aux États-Unis, en conformité avec les lois de New York.

A ce jour, nous n'avons pas connaissance du fait que le représentant commercial a fait appel devant la Cour suprême brésilienne suite à cette décision. Il serait intéressant de savoir si, dans une telle éventualité, la décision sera maintenue ou cassée dès lors que le statut de l'agent commercial est une loi d'ordre public de protection. En tout état de cause, il convient de noter que ces deux décisions isolées reconnaissant le principe de l'autonomie de la volonté

¹²³¹ L'amendement à la Constitution fédérale brésilienne n° 45 du 08 décembre 2004 a énoncé l'extinction de tous les « *Tribunal de Alçada* ». Cette décision est devenue la Résolution n° 194/2004.

¹²³² Deuxième TA civ. de São Paulo, AgIn. n° 1.247.070, Décima Segunda Câmara Cível, j. 18.12.2003.

¹²³³ TJSP, Ap. civ. n° 7.030.387-6, j. 18.11.2007.

démontrent le respect de certains tribunaux de ce principe essentiel du commerce international. Il serait opportun que le Tribunal supérieur puisse un jour trancher la question de forme directe en faveur de la liberté des parties.

B- Dans le cadre de l'harmonisation du droit international privé latino-américain

Les premiers instruments tendant à créer un seul *corpus* de normes de droit international privé en Amérique latine n'ont pas eu le succès attendu compte tenu des divergences de position entre les États sur plusieurs aspects, notamment sur le principe de l'autonomie contractuelle (1). Nonobstant des années plus tard, un projet plus audacieux est apparu sous le nom de *Convention de Mexico* sur le droit applicable aux contrats internationaux au sein de l'Organisation des États Américains (OEA). Cette Convention a adopté le même système dualiste que la Convention de Rome, ce qui permet aux parties de choisir le droit applicable au contrat (2).

1- Des Traités de Montevideo au Code de Bustamante

Le processus tendant à harmoniser et uniformiser le droit international privé sur le continent américain remonte à la fin du siècle XIXe avec les Traités de Montevideo de 1889 et 1940. Ces instruments comportaient des règles de conflits de lois spéciales applicables à certaines catégories de contrat. Ce mouvement a inspiré ultérieurement la préparation d'un *Code de droit international privé* signé le 20 février 1928, intitulé Code Bustamante (*Código de Bustamante*)¹²³⁴. L'objectif de ces instruments fut de construire un système global de règles de droit international privé afin d'assurer une certaine sécurité juridique aux relations juridiques.

En ce qui concerne l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté, les Traités de Montevideo n'ont pas réussi à accorder aux parties le pouvoir de choisir la *lex contractus* peut-être en raison des divergences doctrinales¹²³⁵. De toute façon, le Brésil ne s'est pas rallié aux Traités de Montevideo de droit civil international de 1889, parce que le système adopté par celui-ci privilégiait la loi du domicile pour régir l'état et la capacité des personnes. Au

¹²³⁴ Signé en 20 février 1928, connu aussi comme « *Convention de La Havane* ».

¹²³⁵ D'après F. V. da C. CERQUEIRA, *Op. cit.*, p. 53 : « *Les Traités de Montevideo ont été adoptés à la fin du XIXe et au début du XXe siècle à un moment où les antagonismes entre partisans du principe de l'autonomie de la volonté et opposants à ce principe étaient grands. Ainsi, il nous est permis de raisonnablement supposer que l'absence de consensus entre partisans et opposants au principe a été la principale raison de l'absence de consécration expresse de ce principe par ces Traités, ce qui expliquerait que le Traité de 1940 ait fait écho à la tendance anti-autonomiste* ».

moment de la signature de ce Traité, le Brésil favorisait alors la loi de la nationalité comme critère de rattachement et l'art. 13 de la Loi d'introduction au Code civil de 1916 permettait les choix du droit applicable au contrat¹²³⁶.

Le Code de Bustamante a été élaboré lors de la sixième Conférence panaméricaine réalisée à La Havane et fut signé et ratifié par le Brésil¹²³⁷, ainsi que le Venezuela en ce qui concerne l'espace juridique du Mercosur¹²³⁸. Ce code contient 437 articles dans plusieurs domaines du droit afin de pouvoir uniformiser le droit international privé. C'est d'ailleurs pour cela que son efficacité a été en grande partie compromise, comme l'a bien remarqué Haroldo Valladão¹²³⁹.

De plus, les règles en matière d'obligations contractuelles contenues dans le Code Bustamante sont difficiles à cerner. D'ailleurs, on peut difficilement dire que le Code a admis expressément la loi de l'autonomie de la volonté comme critère de rattachement selon les observations d'un auteur¹²⁴⁰. Cependant, certains juristes indiquent que l'art. 166 a retenu ce critère¹²⁴¹, qui dispose que « *Les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant ces contrats, sauf restrictions établies par le présent Code* »¹²⁴². D'autres considèrent, comme Mme Nádia de Araujo¹²⁴³, que l'autonomie de la volonté a été consacrée à l'art. 186 qui prévoit qu' « *on appliquera en*

¹²³⁶ N. de ARAUJO, *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 168 et s.

¹²³⁷ Décret n° 18.871 de 13.08.1929. Le Brésil, toutefois, a fait deux réserves quant à l'application des art. 52 et 54 en matière de divorce, car celui-ci a été seulement règlementé en 1977 (Loi n° 6.515 du 26 décembre 1977).

¹²³⁸ Le Code de Bustamante est toujours en vigueur dans plusieurs pays de l'Amérique Latine, à savoir : en Bolivie, au Costa Rica, à Cuba, au Chili, en Équateur, au Salvador, au Guatemala, en Haïti, au Honduras, au Nicaragua, au Panama, au Pérou et en République Dominicaine, *cf.*, N. de ARAUJO, *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 169.

¹²³⁹ H. VALLADÃO, « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, t. 81, 1952, p. 1- 106.

¹²⁴⁰ A propos de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, M. A. BOGGIANO, dans son Étude sur les contrats internationaux requise par l'O.E.A. (*Estudio sobre los contratos internacionales*, OEA/Ser. K/XXI. 5 ; CIDIP-V/doc.9/93, p. 20) a souligné que « *Antonio Sanchez de Bustamante a déclaré qu'il reconnaît dans son projet l'autonomie des parties. Cependant, le Code Bustamante paraît énigmatique selon les paroles de Rabel. L'inspiration mancinienne du Code laisserait présumer l'admission du principe de l'autonomie. Apparemment, tous les articles du Code laissent plus supposer l'existence du principe d'autonomie, que sa négation* ».

¹²⁴¹ En ce sens, J. SAMTLEBEN indique l'autonomie de la volonté a été consacrée de manière « défectueuse » (« *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano* », *RIL*, 1985, n° 22, p. 257-276, spéc. p. 275 ; I. STRENGER, *Da autonomia da vontade, direito interno e internacional*, *Op. cit.*, p. 201 et s.

¹²⁴² Traduction faite par le Comité Juridique Interaméricain de l'O.E.A., « *Etude Comparative sur le Code Bustamante, les Traités de Montevideo et le Restatement of the law of conflict of laws* », Comité Juridique Interaméricain, Préparée en vertu de la Résolution XII approuvée par le Conseil Interaméricain de Jurisconsultes à sa Deuxième Réunion tenue à Buenos Aires du 20 avril au 9 mai 1953, Département Juridique, Union Panaméricaine, Washington, Octobre 1954, p. 94.

¹²⁴³ N. de ARAUJO, *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 169 et s.

premier lieu la loi personnelle commune aux contractants et, à défaut, la loi du lieu où ils ont été conclus »¹²⁴⁴.

Force est de constater que l'absence d'une position de la doctrine et de la jurisprudence brésilienne concernant l'admission du principe de l'autonomie de la volonté dans le cadre du Code de Bustamante a contribué à sa faible application au Brésil¹²⁴⁵.

De façon générale, l'échec des Traités de Montevideo et du Code de Bustamante peut être attribué, comme l'indique à juste titre Mme Maria M. Albornoz¹²⁴⁶, à l'histoire de colonisation des pays latino-américains, marquée par des mouvements d'indépendance et de forte immigration qui ont fait que la tendance est allée vers l'application régulière de la *lex fori*. De plus, le refus du principe de l'autonomie de la volonté a résulté de l'échec des nations latino-américaines à établir, jusqu'à récemment, des relations de libre-échange entre elles. En effet, l'autonomie de la volonté est un sujet qui n'a pas eu beaucoup d'importance, d'autant plus que les occasions pour l'appliquer demeuraient rares.

Néanmoins, la volonté d'avoir une codification internationale en Amérique latine dans le domaine du droit international privé a encouragé de nouvelles études au sein de l'OEA, à travers le travail du Comité Juridique Interaméricain.

2- La Convention de Mexico

En 1965, la nécessité d'étudier les aspects juridiques de l'intégration économique de l'Amérique latine a été évoquée. En 1971, l'Assemblée Générale de l'OEA a décidé de convoquer une Conférence spécialisée sur le droit international privé, inspirée par les techniques employées par la Conférence de La Haye¹²⁴⁷. Ainsi, au lieu d'essayer de réviser les Traités de Montevideo et le Code Bustamante, le Comité a opté pour l'adoption de conventions relatives à des sujets divers.

¹²⁴⁴ V. l'« Étude Comparative sur le Code Bustamante », *Op. cit.*, p. 101.

¹²⁴⁵ D'après l'auteur, les difficultés concernant l'application du principe du domicile et de la nationalité ont été retrouvées dans le but de conforter les conceptions adoptées par les pays. Cf., M. M. ALBORNOZ, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *JDI* 2012, p. 1-28.

¹²⁴⁶ M. M. ALBORNOZ, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, [thèse], Paris II, Université Panthéon-Assas, 2006.

¹²⁴⁷ Il s'agit de la Convention de la Haye sur la loi applicable à la vente internationale de biens corporels du 15 juin 1955. En ce sens, v. L. P. CASTRO, « Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Revista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, n° 4, p. 765-776 ; A. S. DREYZIN DE KLOR et T. N. S. CORNET, « Análisis de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales – CIDIP V », *Revista de la Facultad*, México, 1994, vol. 3, n. 1, año 1995, p. 131-159.

Les Conférences Interaméricaines de Droit International Privé au sein de l'OEA, appelées « CIDIPs », ont utilisé la méthodologie des réunions techniques sectorisées avec l'adoption de plusieurs conventions, en abandonnant l'ancienne tendance des codifications étendues. Dans ce contexte politique d'harmonisation juridique au sein des pays latino-américains et également de préoccupation pour la mise en place d'instruments capables de favoriser l'intégration régionale et les échanges commerciaux, la question s'est posée de revoir les règles de conflits de lois pour faciliter la conclusion des contrats internationaux.

Lors de la CIDIP IV un questionnaire a été élaboré concernant les « *Bases proposées par la Conférence pour l'étude future du sujet de la loi applicable en matière de contrat international* ». Ce document fut distribué aux États membres en 1991 et présenté comme la véritable genèse du processus d'élaboration de la réglementation interaméricaine en la matière¹²⁴⁸. Dans cette perspective, élaborée dans le cadre de la cinquième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé, la Convention Interaméricaine concernant la loi applicable aux contrats internationaux a été finalement adoptée lors de la troisième session plénière de l'OEA, du 14 au 19 mars 1994 au Mexique¹²⁴⁹.

La *Convention de Mexico* de 1994 sur le droit applicable aux contrats internationaux est entrée en vigueur le 15 décembre 1996. Cette Convention s'inspire certes de l'expérience de la Convention de Rome¹²⁵⁰ mais conserve des particularités qui lui sont propres. Ainsi, l'un des points de similitude entre les deux conventions est la consécration du principe de l'autonomie de la volonté des parties (a). En revanche, c'est au sujet du contenu du choix du droit applicable dans la Convention de Mexico qu'elle se distingue du modèle européen (b).

a- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté

La question relative à l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux a été abordée lors des réunions réalisées au sein de la CIDIP IV à Montevideo en 1989, après des

¹²⁴⁸ D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Proyecto de convenio sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el ámbito de la CIDIP », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, p. 630.

¹²⁴⁹ B. MIRABILE, *Etude comparative des conventions de Rome et de Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux*, [Mémoire], Université Paris II, 2002-2003, p. 3 et s.

¹²⁵⁰ Pour un aperçu des travaux en droit comparé à propos de la Convention de Rome et la Convention de Mexico, v. J. J. A. RUBIO, « Pautas básicas par aun analise de compatibilidad entre los convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales », in *Iberoamérica ante los procesos de integración*, Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 2002, p. 217-227; S. M. CARBONE, « Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: El convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Revista Jurídica De Castilla-La Mancha*, n° 34, abril 2003, p. 45-60.

études préliminaires sur la possibilité d'adoption du principe qui semblaient favorables à son adoption¹²⁵¹. Cependant, l'insertion du principe de l'autonomie de la volonté a échoué au cours de ces réunions.

C'est lors de la CIDIP V que la *Convention de Mexico* de 1994 sur le droit applicable au contrat international a été adoptée. Il a été prévu à l'art. 7 que « *le contrat est régi par le droit choisi par les parties* »¹²⁵². Or, le principe de l'autonomie de la volonté est consacré dans cette convention interaméricaine selon l'exemple établie par la Convention de Rome de 1980 (art. 3.1) et, postérieurement, conservé dans le règlement « Rome I » (art. 3.1)¹²⁵³.

En ce qui concerne le Brésil, la *Convention de Mexico* de 1994 a été signée par le gouvernement brésilien sans aucune prévision de ratification ultérieure. Dans d'autres pays membres du Mercosur, la *Convention de Mexico* a été uniquement ratifiée par le Venezuela et signée par l'Uruguay. Il semblerait qu'aucun autre projet de ratification ne soit à l'ordre du jour dans ce bloc économique. Il ressort de ce contexte que l'importance de cet instrument est devenue peu à peu relative, d'autant que l'art. 20 prévoit un mécanisme qui donne priorité à d'autres accords internationaux conclus par les États signataires dans le cadre d'un processus d'intégration. Le but de cette règle est « *d'éviter que la multiplicité des blocs économiques en Amérique ne soit un obstacle à la ratification de la Convention* »¹²⁵⁴.

Nous regrettons ainsi que la ratification de la *Convention de Mexico* ne soit pas à l'ordre du jour au Brésil aujourd'hui, même si l'on considère que la convention nécessiterait la révision de certains dispositifs¹²⁵⁵ et l'insertion d'autres. En réalité, il semblerait que la politique protectionniste adoptée par le gouvernement brésilien depuis plusieurs années,

¹²⁵¹ A. BOGGIANO, *Contratos Internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, De Palma, 1995.

¹²⁵² Pour expliquer la signification du mot « loi », l'art. 17 dispose « *Au sens de la présente Convention, on entend par «loi», la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois* ».

¹²⁵³ Parmi les pays de l'Union Européenne, le principe d'autonomie de la volonté est une règle bien acceptée, selon le rapport Giuliano – Lagarde : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par Mario Giuliano, professeur à l'université de Milan, et Paul Lagarde, professeur à l'université de Paris I, Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050. Disponible sur le site internet à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):FR:HTML).

¹²⁵⁴ F. V. da C. CERQUEIRA, *Op. cit.*, p. 249.

¹²⁵⁵ *Ibidem*, p. 248. L'auteur a proposé l'élaboration d'un nouveau système pour la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux pour les pays membres du Mercosur, en vue de remédier les incertitudes causées par la Convention de Mexico. L'auteur critique la Convention d'établir des « *règles pour les contrats internationaux en général et de ne pas offrir de règles spéciales pour certaines catégories de contrats qui méritent une proposition particulière, comme les contrats comportant des parties faibles* ».

consiste à maintenir l'adoption de règles territorialistes¹²⁵⁶ qui permettent une application fréquente du droit brésilien lorsque les litiges sont soumis au juge étatique.

Tout au moins, l'adoption de la Convention de Mexico représenterait une certaine ouverture du droit international privé brésilien à l'admission du principe de l'autonomie de la volonté des parties en matière de contrats internationaux.

b- Le contenu du choix du droit applicable

La *Convention de Mexico*, dans son art. 7, dispose que « *le contrat est régi par le droit choisi par les parties* ». Pour expliquer la signification du mot « droit », l'art. 17 dispose qu'« *Au sens de la présente Convention, on entend par « droit », le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois* ». Mais la véritable question est, en réalité, de savoir si le mot « droit » pourrait concerner l'application d'un droit non étatique¹²⁵⁷.

Dans ce contexte, M. Diego P. Fernández Arroyo a indiqué qu'il est difficile d'accepter que les parties puissent choisir la *lex mercatoria* comme loi du contrat. Pour soutenir sa thèse, il propose trois arguments : « *En premier lieu, l'article 7 parle clairement de « droit » choisi par les parties. Deuxièmement, l'article 17 établit qu'on entend par « droit », le droit en vigueur dans un État* ». Mais surtout, il y a un obstacle systématique : la *Convention incorpore la notion de « principes généraux du droit commercial international » dans l'article 9, selon lequel le juge doit prendre en considération ces principes lorsque l'utilisation de l'autonomie de la volonté des particuliers se révèle inefficace ou lorsqu'elle n'existe pas* »¹²⁵⁸.

Par ailleurs, Mme Maria M. Albornoz partage sensiblement le même point de vue. Elle indique que le choix des parties doit porter sur une loi étatique, selon la lecture de l'art. 7 interprété à l'aide de l'art. 17. Elle ajoute que, selon l'art. 9, le juge peut prendre en considération les principes généraux du droit commercial international, ce qui revient à tenir

¹²⁵⁶ Sur l'adoption du critère territorialiste des règles de droit international privé brésilien, v. W. C. BATALHA et S. M. RODRIGUES NETTO, *O Direito Internacional Privado na Organização dos Estados Americanos*, São Paulo, LTr, 1997, p. 41-42.

¹²⁵⁷ Cette règle ne trouve pas son homologue dans la Convention de Rome, mais elle se trouve présente dans le considérant n° 13 du règlement Rome I. Il s'agit d'un compromis de circonstances entre ceux qui plaident pour la méthode de la *proper law* et ceux souhaitant une règle plus directe. A ce propos, v. N. de ARAUJO, *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 92 et ss

¹²⁵⁸ D. P. FERNANDEZ ARROYO, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome », *RCDIP* 1995-1, p. 178-186, spéc. pp.182-183.

compte de la *lex mercatoria* au moment de déterminer la loi applicable, à défaut de choix ou quand le choix fait a été considéré comme inefficace¹²⁵⁹.

En revanche, M. Antonio Boggiano explique que l'art. 9, §2 de la *Convention de Mexico* ouvre la possibilité d'appliquer la *lex mercatoria* « même si elle se trouve toujours encadrée par un droit étatique applicable, comme l'atteste la référence faite aux dispositions impératives de la loi du for ou d'un autre État avec lequel le contrat présente des liens étroits (article 11 de la Convention de Mexico) »¹²⁶⁰. L'auteur indique encore qu'il s'agit d'une autonomie, qualifiée de matérielle, dont les parties peuvent faire usage sous condition de l'existence de règles très connues dans le commerce international, tels que les Incoterms et les usages uniformes relatifs aux crédits documentaires¹²⁶¹.

Il nous semble que, dans le cadre de la *Convention de Mexico*, les parties peuvent directement choisir un droit non étatique comme les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international et la *lex mercatoria*. L'art. 10 de la *Convention de Mexico* prévoit clairement que seront applicables « les normes, coutumes et principes du droit commercial international ainsi que les coutumes et pratiques commerciales généralement reconnus, dont la finalité est d'assurer les exigences imposées par la justice et par l'équité »¹²⁶².

C'est grâce à l'intervention du Professeur américain F. K. Juenger que l'insertion de la *lex mercatoria*, comme source de droit applicable aux contrats internationaux a été effectivement prise en compte dans le texte de la *Convention de Mexico*¹²⁶³. Cette décision ne mérite que d'être approuvée.

¹²⁵⁹ M. M. ALBORNOZ, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *JDI* 2012, p. 1-28, spéc. p. 5.

¹²⁶⁰ A. BOGGIANO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *Rev. dr. unif.*, 1996-1, p. 220.

¹²⁶¹ *Ibidem*.

¹²⁶² Selon N. de ARAUJO, *Op. cit.*, p. 92 : ce dispositif a été largement inspiré par l'expérience dans le domaine de l'arbitrage international qui permet de concilier l'application de droits non étatiques et des décisions par équité.

¹²⁶³ F. K. JUENGER, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *American Journal of Comparative Law*, n° 42, 1994, p. 381. V. aussi H. RONALD, « La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, n. 1, 1994, p. 53.

Section 2 - Les limites au principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de distribution

Les termes « loi de police » ou « règle d'application immédiate » sont souvent utilisés en droit français¹²⁶⁴ et servent à indiquer le mécanisme ayant pour objet d'évincer la règle de conflit normalement applicable à une situation internationale pour lui préférer une règle nationale impérative s'appliquant immédiatement à cette situation ou encore écarter la règle matériellement applicable. Ainsi, le recours à une loi de police peut résulter en une limitation de la loi applicable au contrat.

De la même façon, en droit brésilien, il existe la notion de « règle d'ordre public » comme équivalence à l'expression française de « loi de police » qui se réfère à certaines règles du droit brésilien qui ne peuvent pas être dérogées, faute de ne pas respecter l'ordre public interne. Cette notion d'ordre public a une fonction de contrôle des lois étrangères qui peuvent être appliquées en fonction d'un critère de rattachement. C'est un rôle différent de la notion d'ordre public ayant une portée négative et « *étant simplement un filtre à l'application de la loi étrangère en fonction du contenu concret de celle-ci* »¹²⁶⁵. Or, cette notion d'ordre public exerce une fonction de contrôle des sentences étrangères¹²⁶⁶, appelée d'« *exception d'ordre public* », où ce n'est pas la loi applicable qui est en cause mais son résultat concret. Nous n'analyserons pas ce contrôle car l'application de l'exception d'ordre public reste très rare en matière de distribution.

Au stade de la désignation de la loi applicable au contrat de concession commerciale et de franchise, il conviendra de vérifier s'il y a des lois de police auxquelles un État accorde une importance telle qu'il exige leur application dès que la situation juridique présente un lien avec son territoire, quelle que soit, par ailleurs, la loi applicable à la situation¹²⁶⁷. Il faut tenir compte du rôle important que jouent les lois de police, particulièrement lorsqu'on rédige un contrat international, puisque le juge étatique sera appelé à connaître et à appliquer des lois

¹²⁶⁴ L'expression loi de police utilisée par la doctrine française « *décrit les finalités qui justifient qu'on y ait recours* » (cf., M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 163).

¹²⁶⁵ L. G. RADICATI di BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police - Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Op. cit.*, p. 289.

¹²⁶⁶ A propos de plusieurs manifestations de l'ordre public, v. J. DOLINGER, « A ordem pública internacional em seus diversos patamares », *Op. cit.*, p. 40. Le mécanisme d'exception de l'ordre public s'oppose aux effets résultant de l'application d'un droit étranger étant jugé incompatible avec l'ordre public de ce pays. Il s'agit d'un « *instrument entre les mains du juge pour évincer les dispositions du droit étranger compétent, dont le contenu contredit des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for* », cf., M.-L. NIBOYET et G. de G. de LA PRADELLE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 270.

¹²⁶⁷ S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 65-116, spéc. p. 66.

d'ordre public du for, même si une loi étrangère a été déclarée applicable au contrat. Il conviendra donc d'aborder les limites imposées par les lois de police en droits français et brésilien (§ 1) et ensuite les limites imposées par des lois de police communautaires en ce qui concerne le droit français¹²⁶⁸ (§ 2).

§ 1- Le recours au mécanisme des lois de police du for comme moyen de protection du distributeur en droits français et brésilien

Les lois de police du for ont vocation à tenir en échec la loi désignée par la règle de conflit ou la clause de choix du droit applicable. Le rôle des restrictions provoquées par les lois de police est de sauvegarder les valeurs culturelles et sociales et d'organisation d'une société. Elles se réfèrent en effet aux lois protectrices des intérêts publics, ce qui explique que ces restrictions ont une nature plutôt publique et générale.

En droit français, par exemple, les règles du droit de la concurrence peuvent avoir un effet restrictif sur le territoire français, même si les parties ont valablement désigné un autre système juridique comme *lex contractus*. Dans ce domaine, il existe deux types de lois de police, à savoir : celles dites de direction qui visent à protéger la régulation du marché¹²⁶⁹, ainsi que celles destinées à protéger le cocontractant faible, dites de protection¹²⁷⁰. Cette dernière catégorie de lois de police concerne la protection de la partie faible dans le rapport contractuel entre professionnels.

A l'égard du droit brésilien, il se peut que certaines lois destinées à protéger le distributeur puissent être également qualifiées de lois de police, dans la mesure où le juge brésilien peut appliquer à des situations internationales des dispositions internes sans passer par l'intervention de la règle de conflit bilatérale. Cela permet, en outre, d'assurer l'application de la *lex fori* qui est le plus souvent la loi de l'exécution du contrat qui coïncide fréquemment avec la résidence du distributeur.

Dans l'objectif de protéger le distributeur dans les contrats de concession et de franchise en droits français et brésilien, il est opportun de vérifier si l'obligation d'information

¹²⁶⁸ Nous optons pour traiter séparément chaque recours à l'ordre public, en dépit du fait que l'ordre public du for comprenne non seulement l'ordre public de l'État membre dont les tribunaux sont saisis, mais également l'ordre public communautaire puisque celui-ci s'intègre automatiquement dans l'ordre public des États membres.

¹²⁶⁹ A ce propos, L. IDOT (« Les conflits de lois en droit de la concurrence », *Op. cit.*, p. 321 et s.) indique qu'« un accord existe sur le fait que les droits de la concurrence, du moins les droits des pratiques anticoncurrentielles, appartiennent à la catégorie des lois de police. (...). Cette solution s'explique par la finalité macro-économique de ces règles ». Il peut s'agir aussi bien des règles nationales de concurrence que des règles communautaires.

¹²⁷⁰ J.-B. RACINE, « Droit économique et les de polices », *RIDE*, 2010, p. 61-79.

précontractuelle (A) et les dispositions de protection contre l'abus de position économique (B) peuvent être qualifiées de lois de police.

A- L'obligation d'information précontractuelle

En droit français, l'art. L. 330-3 du C. com. (loi Doubin du 31 décembre 1989) portant sur l'obligation d'information précontractuelle qui retombe sur le concédant et le franchiseur, dans les contrats portant une exclusivité de fourniture, a été l'objet de discussions sur son caractère de loi de police, alors qu'une loi étrangère a été choisie. A ce propos, deux arrêts méritent notre attention.

Dans le premier arrêt, la cour d'appel de Paris a jugé en 2001 que la loi Doubin : « *loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ; qu'il en résulte qu'une partie ne peut prétendre voir sanctionner de nullité, au regard des prescriptions que cette loi comporte, le contrat de droit international expressément soumis au droit espagnol, qui le lie à son contractant* »¹²⁷¹. Il ressort de cet arrêt que la loi Doubin n'étant pas une loi de police dans l'ordre international, il est en effet possible de choisir le droit applicable au contrat international de franchise, qui pourra être par exemple celui du pays du franchiseur. Il est clair que l'on ne peut pas espérer que ladite loi ait une règle analogue qui impose une obligation légale de renseignement précontractuel. Dans ce cas, il serait utile de désigner comme tribunal compétent en cas de litige une juridiction de ce même pays, ce qui est souvent le cas.

Cette solution est véritablement regrettable, d'autant plus que le manquement à l'obligation de fournir des informations précontractuelles serait contraire à la recommandation de la loi-type Unidroit sur le contrat international de franchise, considérée comme « *l'axe central au moins du contrat de franchise* »¹²⁷². En effet, un auteur indique que si la qualification en tant que loi de police de l'art. L. 330-3 du C. com. reste inexacte, faute de décision de la Cour de cassation à ce sujet, il serait possible d'écarter une clause dans un contrat international de distribution qui oblige le concédant ou le franchiseur à fournir des renseignements précontractuels¹²⁷³. Ceci parce qu'en vertu du droit international privé, la loi

¹²⁷¹ CA Paris, 30 nov. 2001, *JCP E, Cah. dr. entr.* 2002, n° 3, p. 29, obs. J. Raynard ; *Dr. et patrimoine*, juin 2002, p. 111, obs. D. Mainguy.

¹²⁷² C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, « Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 53. Pour une position plus modérée, v. M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, (*Op. cit.*, p. 417) qui admet la qualification de loi de police à la loi Doubin dès lors que l'exclusivité ou la quasi-exclusivité visée par le texte concerne le territoire français.

¹²⁷³ C. KESSEDJIAN, « Les contrats de distribution, Livre XVI », in *Pratique des contrats internationaux*, 1994, n° 23, p. 8 ; P. NEAU-LEDUC, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 2, p. 29.

applicable au contrat est celle du lieu de son exécution, si le contrat ne prévoit rien en la matière. Ainsi, si l'établissement du franchisé se trouve en France, la loi Doubin est donc applicable, à moins qu'une clause contraire ne soit stipulée.

Néanmoins, plus récemment, une nouvelle décision rendue par la même cour d'appel dans un arrêt du 25 octobre 2011¹²⁷⁴ a affirmé que « *les dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne caractérisent pas seulement une loi de protection, mais (...), procédant de l'ordre public économique de direction, elles constituent une loi de police applicable au contrat* ». Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de master franchise en vue de la création et du développement en France d'un réseau de franchise, sous licence étrangère. Les parties avaient indiqué la loi québécoise comme loi applicable au contrat, échappant ainsi à l'obligation précontractuelle d'information prévue par la loi française. Le juge a fondé sa décision en affirmant que l'existence d'une sanction pénale donne le caractère de lois de police à la loi Doubin¹²⁷⁵.

Il semble que, pour qualifier une disposition de loi de police, il est essentiel de démontrer, comme l'explique M. Pascal de Vareilles-Sommières, les objectifs poursuivis par la loi à travers les politiques législatives à cet effet¹²⁷⁶. S'agissant de la loi *Doubin*, les objectifs sont doubles : tout d'abord, le but de cette loi est de protéger en amont le distributeur en lui permettant de s'engager en pleine connaissance de cause et, ensuite, la loi a pour objectif de promouvoir le développement économique, ce qui nécessite des mesures afin de minimiser l'abus et moraliser les relations d'affaires¹²⁷⁷.

En ce sens aussi, il nous paraît possible d'admettre que la loi brésilienne sur la franchise est une norme d'ordre public et d'application impérative qui s'applique aux contrats de franchise dès lors que le franchisé est installé et qu'il exploite son activité sur le territoire national (art. 8)¹²⁷⁸. L'application de cette loi est, de ce fait, directement liée à l'exploitation de la franchise sur le territoire brésilien.

De la même façon qu'en droit français une obligation d'information précontractuelle est prévue à la charge du franchiseur, l'art. 3 de la loi brésilienne sur la franchise, prévoit que le franchiseur doit fournir « *obligatoirement* » une liste contenant toutes les informations

¹²⁷⁴ CA Paris, 25 oct. 2011, n°10/24023, *Lettre distrib.*, déc. 2011, p. 3; *RDCO* 2012/2, p. 563, n. J.-B. Racine.

¹²⁷⁵ En ce sens, v. aussi C. KESSEDJIAN et C. ELBAZ, *Op. cit.*, p. 12.

¹²⁷⁶ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207.

¹²⁷⁷ G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP E* 1990, II, 15809, p. 7 et s.

¹²⁷⁸ Art. 8 : « *La présente loi s'applique aux franchises installés et exploités dans le territoire national* » (note traduction).

énumérées dans ledit article à celui qui est intéressé à développer une franchise. Le but de ce dispositif est de protéger le franchisé qui souhaite s'engager dans une activité économique très contraignante et qui demande un investissement financier. Ainsi, si le franchisé est victime d'un préjudice, en raison de l'absence ou de l'incomplétude d'informations fournies par le franchiseur, il peut se tourner contre ce dernier en justice. Il faut tenir compte que l'objectif de la loi sur la franchise est d'encadrer au maximum la relation entre le franchiseur et le franchisé dans le contrat de franchise, qui est un contrat d'adhésion¹²⁷⁹, afin de protéger le franchisé de toute possibilité d'abus de la part du franchiseur.

C'est pour ces raisons que nous considérons que la loi brésilienne sur la franchise peut être qualifiée comme une loi de police du for et être invoquée par le franchisé afin d'écartier l'application d'une loi étrangère, désignée par le règle de conflit ou stipulée dans le contrat international, dès lors que le franchisé est installé au Brésil.

B- Les dispositions de protection contre l'abus de position économique

En droit français, l'art. L. 442-6 C. du com. instaure une protection contre l'abus de dépendance économique entre professionnels. Ce dispositif est une règle de droit de la concurrence indubitablement qualifiée de lois de police en droit international privé français. Ce dispositif établit une répression particulière qui rend possible de réclamer la cessation des pratiques, de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, ainsi que de demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile en cas de rupture brutale du contrat¹²⁸⁰.

C'est spécifiquement dans les litiges relatifs à la rupture brutale du contrat international de distribution, que les chambres commerciale et civile de la Cour de cassation se sont prononcées à maintes reprises sur le caractère impératif de l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. On se souvient que le raisonnement adopté par la 1^{re} chambre civile démontre que l'existence d'une clause attributive de juridiction qui couvre tous les litiges nés du contrat, y compris la rupture brutale, peut écartier l'application des règles protectrices en matière de droit

¹²⁷⁹ N. ABRAO, « A lei de franquia empresarial », *Op. cit.*, spéc. p. 29 et s.

¹²⁸⁰ T. com. Roubaix Tourcoing, 12 févr. 2004, *SA SEDI c. SA La Redoute*, inédit. En effet, comme l'indique M. BEHAR-TOUCHAIS (« L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce aux rapports internationaux », *RDCO* 2009, p. 197) l'art. L. 442-6 C. com. contient deux sortes de mesures dans les relations internationales : « il y a d'un côté les aspects purement civils du texte, pour lesquels l'application des règles du droit international privé ne présente pas de difficultés », ainsi que des règles répressives du texte (assurément l'amende civile, mais peut-être aussi les restitutions demandées par le ministre en vertu, selon la Cour de cassation, d'une action propre où il n'exerce pas par substitution le droit des victimes). Or, dans les relations internationales, ces règles répressives doivent recevoir un traitement comparable à celui du droit pénal, c'est-à-dire un traitement essentiellement territorial ».

de la concurrence¹²⁸¹. Il en résulte que le choix de la compétence juridictionnelle opéré par une clause d'élection de for exerce une influence décisive sur l'impérativité d'une loi de police.

En revanche, dans une autre hypothèse où les parties ont désigné le droit étranger applicable à leur contrat international de distribution, sans pour autant insérer une clause de l'élection de for au profit d'une juridiction étrangère, et alors que le distributeur victime de la rupture brutale se trouve en France, est-ce que l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. est appliqué au détriment de la loi étrangère choisie ? La réponse nous paraît plutôt affirmative. Le juge français sera obligé d'appliquer ses lois de police du for, même si une règle étrangère est déclarée applicable au contrat¹²⁸². En admettant que les lois de police soient conçues comme des règles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation étatique, il était naturel d'adopter une approche essentiellement territoriale, axée sur leur application « immédiate » dès que le territoire ou le marché national est affecté¹²⁸³.

Dans ce même ordre d'idées, en droit brésilien, la loi brésilienne sur la concession de véhicules automobile, dite loi Ferrari, est une loi protectrice du concessionnaire qui développe son activité au Brésil vis-à-vis de la puissance économique du concédant brésilien ou étranger. Cette loi comporte une limitation à l'autonomie de la volonté des parties en droit interne¹²⁸⁴, puisque les parties doivent observer toutes les restrictions imposées par le texte. Il s'agit donc d'une loi d'intérêt public¹²⁸⁵, spécifique au secteur automobile, que le juge brésilien prendra certainement en compte si le contrat de concession est exécuté au Brésil et prévoit l'application d'une loi étrangère.

En réalité, l'application de la loi Ferrari est étroitement liée à l'exploitation sur le territoire brésilien d'une activité de distribution complètement rattachée à la concession d'une exclusivité de revente qui justifie une série des dispositions contraignantes en conséquence à la charge du concessionnaire. A titre d'illustration, nous pouvons imaginer qu'un contrat international de concession automobile a été signé par un concessionnaire brésilien et son concédant français. Le contrat est à durée indéterminée, signé en France et la loi applicable

¹²⁸¹ C'est le cas du célèbre arrêt *Monster Cable* du 22 octobre 2008, *préc.*

¹²⁸² C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, « Contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 54.

¹²⁸³ Rappelons en effet qu'il faut des liens avec la France pour qu'une loi de police française s'applique, Cass. com., 27 avr. 2011, *D.* 2011, p. 1654, n. Y.-E. Le Bos ; *RCDIP* 2011, p. 624, rapp. A. Maitrepierre, et obs. M.-E. Ancel ; *RDCO* 2011, p. 1294, obs. J.-B. Racine.

¹²⁸⁴ STJ, Agravo Regimental no AgIn n° 43.329-3 – SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.94.

¹²⁸⁵ Voir « Relatório de pesquisas n° 43/2001 », EAESP/FGV/NPP, Núcleo de pesquisas e publicações, sous la direction de P.-A. FORGIONI, disponible à l'adresse internet suivante : <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/Rel%2043-2001.pdf>.

est la loi française. Après quelques années d'exécution du contrat sur le territoire brésilien, le concédant français décide de rompre le contrat en octroyant un délai de préavis insuffisant à son concessionnaire brésilien. Celui-ci introduit donc une demande en dommages et intérêts contre le concédant français devant le tribunal de son domicile, fondée sur l'art. 88 du CPC brésilien. Le juge brésilien décide d'appliquer le régime de la résiliation unilatérale du contrat de la loi Ferrari, puisque le concessionnaire se trouve au Brésil où le contrat est exécuté.

En effet, en ayant recours au procédé des lois de police avec l'objectif de protéger le distributeur, le juge brésilien impose l'application de sa propre loi. En ce sens, la loi Ferrari est une règle d'ordre public de protection, qui ressemble à une loi d'application nécessaire dans le sens du droit français. Sans doute, il est important qu'au moment de la rédaction d'un contrat international de concession automobile, le fournisseur étranger tienne compte d'éventuelles lois de police brésiliennes qui peuvent être applicables.

Il faut remarquer enfin que la *Convention de Mexico* prévoit à l'art. 11.1 qu'aucune convention ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la « loi du for ». En suivant, en quelque sorte, le système de la Convention de Rome prévue à l'art. 7 al. 2, la loi de police du for s'applique aux matières concernées par le caractère impératif¹²⁸⁶. Mais en attendant qu'un jour la *Convention de Mexico* puisse être ratifiée par le Brésil, c'est l'art. 17 LINDB qui dispose que « *Les lois, les actes et les sentences rendues dans d'autres pays, ainsi que les déclarations de volonté ne seront pas susceptibles de produire des effets, s'ils portent atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »¹²⁸⁷.

§ 2 - Les recours au mécanisme des lois de police dans l'ordre communautaire

Au-delà des lois de police nationales, il existe également des normes qui peuvent avoir un caractère de « lois de police communautaire ». Il s'agit des normes qui peuvent être considérées comme impératives aux yeux du juge européen dans certaines relations intra-communautaires¹²⁸⁸, voire même dans les relations avec les États tiers.

¹²⁸⁶ Pour un aperçu plus détaillé sur les différences entre la Convention de Rome et la Convention de Mexico, v. B. MIRABILE, *Etude comparative des conventions de Rome et de Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux*, *Op. cit.*, p. 61 et s.

¹²⁸⁷ Notre traduction.

¹²⁸⁸ M. FALLON, « *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne* », *RCDIP* 1995, p. 9 et s. En réalité, l'ordre juridique de l'Union européenne a développé ses propres lois de police qui s'imposent aux États membres et font désormais partie de leurs lois de police au même titre que les lois de police nationales (CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China, Rec. CJCE* 1999, I, p. 3055 ; *Rev. arb.* 1999, p. 631 ; *JDI* 2000, p. 299, obs. S. Poillot-Peruzzetto). Sur ce point, v. spécialement E. PATAUT, « *Lois de police et ordre juridique communautaire* », *Op. cit.*, p. 134 et s.

A l'égard des contrats de concession et de franchise, il n'existe pas en droit européen de directive de protection en faveur du concessionnaire ou du franchisé, notamment afin d'assurer une indemnisation de rupture du contrat, à l'instar de la directive concernant les agents commerciaux¹²⁸⁹, transposée dans le droit français aux art. L. 134-1 à L. 134-10 du C. com. du 25 juin 1991. Concernant cette directive, une décision a été rendue par la CJCE, dans l'affaire *Ingmar*¹²⁹⁰, dans laquelle la Cour a déclaré l'impérativité d'une norme communautaire de protection de l'agent commercial ne pouvant pas être détournée par le choix d'une loi d'un État tiers. De sorte que le principe de la primauté du droit européen conduit à contrôler la compatibilité de toutes les règles nationales avec les exigences de l'ordre juridique européen, indépendamment de leur position dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique interne¹²⁹¹. Cette solution est valable, comme le démontre l'arrêt *Ingmar*, puisqu'il s'agit d'une relation qui dépassait le cadre communautaire (le commettant se trouvait dans un État tiers).

Toutefois, si le litige concerne une relation intra-communautaire, cette démarche ne serait pas si facilement acceptée. En effet, la difficulté consisterait à admettre que toute norme communautaire visant à rapprocher les législations des États membres pour diminuer les distorsions de concurrence, même indirectes, doit être qualifiée de loi de police, toutes les directives doivent accéder à la qualité de normes impératives. Comme l'a indiqué Mme Laurence Idot, cette solution illustre une nouvelle catégorie de lois de police, celles dites de « *lois de police à géométrie variable* »¹²⁹². Il apparaît donc que la directive sur les agents

¹²⁸⁹ Directive communautaire n° 86/653/ du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, JO n° L 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021. Sur la transposition de la directive en France v. F. FOURNIER, *L'agence commerciale*, Litec, 1998. V. aussi, P. GRIGNON, *Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires de commerce*, Litec, 2000 ; Pour un aperçu en Europe de la transposition, v. A. P. MONTEIRO, *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n° 178/86, de 3 de Julho*, 4e éd., Coimbra, Almedina, 2000.

¹²⁹⁰ CJCE, 9 nov. 2000, *RCDIP* 2001, p. 107, n. L. Idot : En l'espèce, la Cour avait décidé que la loi anglaise de transposition de la directive sur les agents commerciaux devait être impérativement respectée au profit d'un agent commercial en exercice au Royaume-Uni, indépendamment du choix de la loi californienne pour régir le contrat, indépendamment de la circonstance que le commettant était établi dans un pays tiers (États-Unis)¹²⁹⁰. Ainsi, la CJCE a justifié l'impérativité internationale des dispositions de cette directive, qui impose le paiement d'une indemnité en fin de contrat, par le fait qu'à travers la protection des agents commerciaux, c'était la liberté d'établissement et la libre concurrence dans le marché intérieur qui étaient en cause (point 24).

¹²⁹¹ L. IDOT (« L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Op. cit.*, p. 27) explique que : « *Le droit international privé « classique » s'est construit essentiellement autour du noyau dur du droit civil, alors que le droit communautaire est à l'origine par essence du droit économique. Les heurts étaient dès lors inévitables, mais ils seraient intervenus même en l'absence de la construction communautaire. En favorisant les échanges entre les États membres, le droit communautaire n'a joué qu'un rôle d'accélérateur de la confrontation, qui aurait eu lieu en tout état de cause* ».

¹²⁹² En revanche, la solution de la jurisprudence *Ingmar* semble être envisageable, si la directive poursuit un objectif de protection, comme la directive agents commerciaux, *cf.*, L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *Op. cit.*, p. 433.

commerciaux n'aurait pas eu à intervenir à titre de loi de police, du moins si le choix de la loi applicable au contrat avait porté sur celle d'un État membre ayant procédé correctement à la transposition de cette directive.

Il est important de noter que dans le système de la Convention de Rome, la mise en œuvre des dispositions impératives du for est prévue à l'art. 7 al. 2 : « *les dispositions de la présente convention, ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ». Suivant la logique de cette convention, mais en utilisant l'expression « loi de police », le règlement Rome I dispose à l'art. 9 al. 1 que « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* ». Le concept de loi de police est expressément défini au paragraphe 1 : « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »¹²⁹³. Selon ce texte, les lois de police deviennent donc des dispositions impératives dérogatoires.

Toujours est-il qu'une telle conception plus ou moins restrictive des lois de police est du ressort de la politique des États membres et de l'intervention d'un juge, qui dépend d'éléments factuels qui peuvent déranger la prévisibilité de solutions. C'est pourquoi un auteur affirme que « *l'opportunité d'un tel recours n'est pas toujours justifiée* »¹²⁹⁴.

Quant à l'application des lois de police étrangères, la Convention de Rome prévoit à l'art. 7.1 que la loi d'un pays déterminé pourra donner effet aux « *dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelles que soit la loi régissant le contrat* »¹²⁹⁵. Récemment, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, elle a relevé d'office la violation par refus d'application de l'art. 7.1 de la

¹²⁹³ L'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96, *préc.*), *RCDIP* 2000, p. 710, n. M. Fallon : « *est constitutive d'une loi de police, la disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* ».

¹²⁹⁴ V. H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *art. préc.*, p. 3 et s.

¹²⁹⁵ M. FALLON, « Les projets européens en matière de conflits de lois : une mise en contexte », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006/4, p. 503-547, spéc. p. 522 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe : sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 401 et s.

Convention de Rome, texte qui définissait alors en droit positif le régime d'application des lois de police étrangères en matière de contrats internationaux¹²⁹⁶. Cette décision est la première à donner effet en France à une loi de police étrangère et s'inscrit dans le régime des lois de police du règlement Rome I.

Le nouvel art. 9 du règlement Rome I semble anéantir l'effet de la loi de police étrangère en comparaison avec l'art. 7 de la Convention de Rome. Ainsi, l'art. 9 du règlement Rome I précise que le juge saisi pourra non seulement évincer la règle de conflit normalement applicable en présence d'une loi de police appartenant à son système juridique national (art. 9.2) mais également en présence d'une loi de police étrangère et précisément du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégal (art. 9.3)¹²⁹⁷.

C'est justement cette condition finale concernant l'applicabilité des lois de police du lieu de l'exécution du contrat qui ne peuvent pas porter atteinte à la licéité de l'exécution du contrat qui distingue l'art. 7.1 de la Convention de Rome. Il semblerait donc que la présentation des art. 9.2 et 9.3 limite les « *possibilités de donner effet aux lois de police étrangères* »¹²⁹⁸, ce qui représente un retour en arrière par rapport à l'art. 7 de la Convention de Rome. Cependant, ce nouveau texte apparaît plus cohérent avec l'objectif de prévisibilité demandé dans les contrats internationaux¹²⁹⁹.

En matière de distribution, les lois de police sont souvent destinées à organiser le

¹²⁹⁶ Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, P+B, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, JurisData n° 2010-002032, *JCP G*, 10 mai 2010, n° 19, p. 530, n. D. Bureau et Louis d'Avout. En l'espèce, il s'agit d'un transporteur attrait devant les juridictions françaises par un exportateur de marchandises périssables (de la viande bovine d'origine française). Ce dernier avait contracté un acheteur ghanéen, qui n'avait pu être livré en raison d'un embargo décrété par l'État du Ghana sur les marchandises du type de celle vendue. Refusée à l'importation, la marchandise avait été rapatriée par le transporteur et vendue en urgence au port français de retour. Assigné en responsabilité par l'exportateur, le transporteur objecte en défense la nullité du contrat par lui souscrit, pour violation de l'embargo étranger : la cause du contrat serait affectée d'illicéité au sens de l'art. 1133 du Code civil français. Ce transporteur est condamné en appel car, à suivre le juge, la loi étrangère imposant l'embargo ne serait pas opposable en France et n'aurait pas force obligatoire à l'égard des contractants français.

¹²⁹⁷ C. NOURISSAT, « Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la Convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement « Rome I » », *RLDA*, 2010, n° 51. ; P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Op. cit.*, p. 287.

¹²⁹⁸ V. H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Op. cit.* p. 8 et s.

¹²⁹⁹ Comme l'a indiqué C. HAHN (« La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II, l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187-204, spéc. p. 194) : « Cette double limitation correspond à la demande des États membres qui avait exprimé une réserve sur les lois de police étrangères dans le cadre de la Convention de Rome ». V. aussi H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Op. cit.*, p. 14 ; S. FRANCK, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, quelques changements », *Op. cit.*, p. 41 et s.

marché sur le territoire où s'exerce la distribution ou à protéger le distributeur¹³⁰⁰. Dans ces cas, il n'y a pas d'incompatibilité avec la règle de l'art. 9.2 du règlement Rome I.

Il faut noter que dans le cadre du règlement Rome I, le juge dispose d'une marge d'appréciation plus restrictive qui pourra résulter en la non application d'une loi de police étrangère. En fait, les nouvelles conditions imposées à l'art. 9.3 du règlement Rome I ne laissent pas aux juges la liberté d'identifier et d'appliquer d'autres lois de police étrangères que celles du pays d'exécution du contrat. A cela, s'ajoute une autre difficulté, celle de la démarche consistant, pour le juge, à connaître le droit étranger pouvant être appliqué. Il existe donc un risque non négligeable que la loi de police étrangère soit méconnue et, de ce fait, que sa mise en œuvre reste aléatoire¹³⁰¹.

En ce sens, nous constatons que l'application de la loi de police du for prévaudra souvent sur la loi de police étrangère, même si cette dernière est la loi de police du droit applicable¹³⁰². Cette solution pourra toutefois accroître le risque de détournement de lois de police par le choix du tribunal compétent.

¹³⁰⁰ Néanmoins, il peut exister des lois de police qui dépassent le cadre territorial normalement attaché aux règles du droit de la concurrence. C'est l'exemple de la loi de police de protection du distributeur commerciale en droit belge (loi du 27 juillet 1961, modifiée par la loi du 13 avril 1971, relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusives à durée indéterminée). En effet, le statut protecteur du distributeur est une loi de police qui s'applique « à l'ensemble de la relation contractuelle y compris aux prestations qui se localisent à l'étranger ». L'art. 4 prévoit que le « concessionnaire lésé lors de la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant en Belgique » et que « dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge ». L'art. 6 confère un caractère impératif à la loi ce qui a conduit la jurisprudence et la doctrine belge à considérer que l'ensemble de la réglementation s'applique quel que soit le droit désigné par les parties par localisation objective. Selon, M. Arnaud NUYTS (« L'application des lois de police dans l'espace réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *RCDIP* 1999, p. 31), le seul moyen d'écarter l'intervention de cette loi de police serait admettre que la *lex contractus* est plus favorable.

¹³⁰¹ A propos de la difficulté d'application d'une loi de police étrangère, voir C. KESSEDJIAN et C. ELBAZ (*Op. cit.*, p. 55) qui expliquent que : « La place faite aux lois de police étrangères, est certainement louable d'un point de vue de l'harmonie internationale des solutions. On ne peut cependant nier que leur mise en œuvre est extrêmement délicate. Le juge d'un État membre devra appliquer ses propres règles, non harmonisées, sur la connaissance du droit étranger pour vérifier la teneur de la loi de police étrangère, sa nature et son objet ainsi que les règles de sa mise en œuvre prévues par le système juridique étranger auquel cette loi de police appartient. Le rôle des parties dans cette recherche dépendra là encore, du droit de chacun des États membres ».

¹³⁰² M.-L. NIBOYET et G. de G. de La PRADELLE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 173.

Chapitre II – La désignation de la loi applicable en dehors du principe de l'autonomie de la volonté

Nous observons dans la pratique des contrats internationaux que de nombreuses relations de distribution, notamment en matière de contrat de concession commerciale, ne sont pas formalisées par écrit, soit parce que les fournisseurs et distributeurs ont privilégié la célérité dans la conclusion des accords, soit parce qu'ils n'ont pas voulu formaliser leurs accords, estimant qu'à défaut de cadre juridique, ils seraient en mesure de mettre plus aisément fin à leurs relations. En se comportant de la sorte, les fournisseurs et distributeurs s'exposent à une grande insécurité juridique tant au cours de la vie du contrat de distribution, qu'au moment de la rupture des relations commerciales.

L'absence de choix quant à la loi applicable se vérifie également dans le contrat de franchise, encore que dans une moindre proportion. En réalité, le contrat-cadre de franchise prévoit assez souvent une clause d'*electio juris* et d'élection de for qui permet au franchiseur, tête du réseau, de regrouper le contentieux dans la même juridiction qui appliquera toujours la même loi. Certes, les parties n'ayant pas désigné la loi applicable au contrat, dès lors que ce choix était effectivement possible, peuvent se trouver en présence de solutions imposées par le droit international privé européen et international, dans le cadre du droit français.

En ce qui concerne le droit brésilien, la problématique est distincte mais également importante. Fréquemment, les contrats internationaux de concession commerciale sont écrits. Le contrat de franchise est obligatoirement écrit puisque c'est une condition de validité imposée par la loi brésilienne. Or, la difficulté ici consiste en l'absence d'autonomie des parties pour désigner le droit applicable au contrat international si le contrat est conclu au Brésil. Le maintien d'une telle règle de conflit de lois mérite d'être analysée eu égard aux enjeux du commerce international.

L'écart existant entre les règles de droit international privé françaises et brésiliennes ne sont pas négligeables. Le droit français a assimilé des règles du droit international privé européen en matière contractuelle et non contractuelle qui favorisent la prévisibilité quant à la détermination du droit applicable dans la mesure où les parties ne l'ont pas choisi. Ce mouvement a été lancé par la Convention de Rome, certes pour un nombre restreint des contrats mais il s'est avéré utile dans la tentative d'harmonisation des décisions en Europe. Le droit brésilien, quant à lui, est loin d'affronter les mêmes difficultés que le droit français en ce

domaine. Cette étude comparée propose quelques pistes de réflexion concernant les méthodes qui pourront être adoptées par le droit international privé brésilien dans le futur.

Au vu de ces circonstances et dans le cadre d'une étude du droit international privé français et brésilien, il conviendra de vérifier les mécanismes de désignation du droit applicable au contrat de concession et de franchise qui ont vocation à s'appliquer.

Pour ce faire, notre analyse se concentrera d'abord sur la mise en évidence des critères approximatifs (**Section 1**) et ensuite sur des critères dits objectifs qui permettent d'indiquer la *lex contractus* en matière de contrat de distribution (**Section 2**).

Section 1- La recherche de la *lex contractus* du contrat de distribution à partir de critères approximatifs

En l'absence de choix des parties quant à la loi applicable à leur contrat, la Convention de Rome a introduit un système basé sur des présomptions qui peuvent mener le juge à déclarer *ex officio* la loi qui pourra être applicable au contrat, si au moment de sa conclusion et à la lumière de circonstances, cette loi présente un « lien plus étroit » avec un pays. La règle du « lien plus étroit » a été reprise par la *Convention de Mexico* et a marqué un changement radical de méthode vis-à-vis des systèmes qui adoptent des rattachements rigides, comme le droit international privé brésilien (§1).

A la lumière de la Convention de Rome, le règlement Rome I a conservé le critère conventionnel de proximité, mais sous une forme différente puisque sa mise en œuvre est désormais conditionnée à l'impossibilité de définir la prestation caractéristique du contrat (§2).

§ 1- Le contenu de la présomption générale du « lien plus étroit »

La présomption générale du « lien plus étroit » a créé un système souple de désignation de la loi applicable en matière contractuelle qui a bouleversé le droit international privé en Europe. Ce système très flexible a résisté à la réforme de la Convention de Rome, mais sa mise en œuvre a été nuancée au nom de la sécurité juridique préconisée dans le règlement Rome I (A).

Quant au système interaméricain, l'adoption du rattachement aussi souple que celui des liens plus étroits a été suivi dans la Convention interaméricaine de 1994. La faible adhésion à cet instrument rend difficile la mise en perspective du mécanisme dans le contexte brésilien (B).

A- La règle du « lien plus étroit » dans les instruments communautaires sur la loi applicable au contrat international

La Convention de Rome a introduit un principe dénommé « *de proximité* » en matière d'obligations contractuelles internationales. Ce principe a été défini par M. Paul Lagarde, dans lequel il a indiqué « *qu'un rapport de droit doit être régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens plus étroits et qu'un litige doit être rattaché, autant que cela est possible, au for le plus proche* »¹³⁰³. Cette règle dégage en quelque sorte une tendance des instruments modernes du droit international privé des contrats de concilier à la fois l'impératif de prévisibilité et celui de souplesse des solutions. Cette formulation, en outre, a comme base des solutions données par la jurisprudence de plusieurs États, dont le Royaume-Uni¹³⁰⁴ et la France¹³⁰⁵.

Ainsi, le principe de proximité consacré à l'art. 4 al. 1^{er} de la Convention de Rome met à disposition du juge un mécanisme de détermination de la loi applicable au contrat, qui correspond à l'idée selon laquelle : « *dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (...)* ». Aux fins de déterminer le pays avec lequel le contrat est le plus étroitement lié, « *on peut également prendre en considération des éléments qui sont intervenus après la conclusion du contrat* », comme l'indique le rapport Giuliano-Lagarde¹³⁰⁶. Toutefois, l'art. 4 de la Convention de Rome ne donne pas de définition du concept de « liens plus étroits ». Elle se borne à indiquer que ce qui compte sont les liens plus étroits entre le contrat et le pays. L'absence d'exactitude de la formule a soulevé de fortes critiques de la part de certains auteurs qui la considèrent comme une coquille vide nécessitant encore des interprétations et une concrétisation de la part de la doctrine¹³⁰⁷.

¹³⁰³ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, t. 196, 1986, p. 9-238, spéc. p. 25 et 26 : la prévisibilité est gage de sécurité juridique, tandis que la souplesse est au service du principe de proximité, ce qui permet ainsi de désigner le droit qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat.

¹³⁰⁴ V. *Bonython contre Commonwealth of Australia*, 1951, A.C. 201, p. 219 ; *Tomkinson contre First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, 1961, A.C. 1007, p. 1068, 1081 et 1082 ; *James Miller and Partners Ltd contre Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd*, 1970, A.C. 583, p. 603, 605 et 606, et 601 à 611 ; *Compagnie d'armement maritime SA contre Compagnie tunisienne de navigation SA*, 1971, A.C. 572, p. 583, 587, 603 ; *Coast Lines Ltd contre Hudig en Veder Chartering NV*, 1972, 2 Q.B. 34, p. 44, 46 et 50.

¹³⁰⁵ Cette méthode de localisation a été initiée par l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *RCDIP* 1959, p. 708, n. H. Battifol ; *Grands arrêts*, n.35 et synthétisée par l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1980, *Mercator Press*, *RCDIP* 1980, p. 576.

¹³⁰⁶ *Préc.*

¹³⁰⁷ Pour un aperçu des critiques de la doctrine européenne, v. F. FERRARI, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *TCFDIP* 2006-2008, p. 115-149, spéc. p. 116.

Des discussions concernant l'élaboration d'un règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles ont relancé la discussion de la notion de « liens plus étroits »¹³⁰⁸. La proposition de règlement n'a pas confirmé la volonté de conserver la règle principale de l'art. 4 de la Convention de Rome. Ainsi, les rédacteurs du nouvel art. 4, al. 2. du règlement Rome I ont privilégié, pour des raisons évidentes de simplicité et de prévisibilité, la règle qui établit que le lien le plus étroit avec le contrat est celui du pays où « *la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (...)* ». En effet, la règle des « liens plus étroits » est maintenue en deuxième plan dans l'art. 4, al. 3 et ne jouera que de façon subsidiaire si la détermination de la prestation caractéristique s'avère impossible¹³⁰⁹.

B- La consécration de la règle du « lien plus étroit » dans l'instrument interaméricain sur le droit applicable au contrat international

La *Convention de Mexico* s'inspire également de la Convention de Rome relative à l'adoption du principe de proximité¹³¹⁰. En effet, la règle de conflits de lois prévue à l'art. 9 de cette convention interaméricaine propose un rattachement flexible qui « *a constitué une nouveauté pour la majorité des États du continent américain, qui étaient habitués à utiliser des critères plus rigides, comme le lieu de conclusion du contrat ou le lieu d'exécution* »¹³¹¹. Ainsi, l'art. 9, §1 de la *Convention de Mexico* prévoit que « *le contrat sera régi par le droit du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

De ce fait, dans le système interaméricain, le tribunal doit se lancer purement à la recherche de l'État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, sans compter sur une présomption. L'art. 9, §2, indique ainsi que le « *Tribunal tient compte de tous les facteurs*

¹³⁰⁸ V. Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur la modernisation présenté par la Commission le 14.1.2003 COM(2002) 654 final ; Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, Etude sur la faisabilité du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, aperçu et analyse des instruments existants, note établie par Thalia Kruger, Conférence de la Haye sur le droit international privé, mars 2007. Disponible sur internet à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf

¹³⁰⁹ Pour un aperçu détaillé de l'article 4 du règlement Rome I, v. notamment F. FERRARI, « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties, art. 4 du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 459.

¹³¹⁰ C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 507-521. Pour un tableau comparatif, v. F. V. da C. CERQUEIRA, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, thèse préc.

¹³¹¹ M. NICO BIANCHINI, *La loi applicable au contrat : étude comparée des Conventions de Rome et Mexico et du règlement Rome I*, [mémoire], Nancy, 2007-2008.

objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat (...). Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales ».

La première partie de ce dispositif démontre une panoplie d'éléments objectifs et subjectifs qui se dégagent du contrat, tels que les lieux de conclusion et d'exécution du contrat, le lieu de la situation des biens qui font l'objet de celui-ci, la résidence habituelle ou le domicile de celui-ci, la langue du contrat parmi d'autres éléments qui sont à prendre en considération par le juge. Mais des critères qui tiennent compte de l'intérêt des parties à travers des dispositions du contrat peuvent fournir des indices sur l'éventuelle volonté de choisir tel ou tel droit¹³¹². La deuxième partie du texte dispose que le juge peut également prendre en compte des principes généraux du droit commercial international pour essayer d'établir le lien le plus étroit avec le contrat. Selon un auteur¹³¹³, l'utilisation de la *lex mercatoria*, plus précisément des Principes Unidroit en tant qu'ensemble de règles substantielles peut être utile dans un deuxième temps, après l'application des critères objectifs et subjectifs en guise de règles conflictuelles. Comme l'art. 9, §2 ne prévoit pas de mécanisme d'application de la règle, il est possible d'imaginer que le juge pourrait d'abord vérifier si le contrat n'a pas effectivement des liens plus étroits avec le droit étatique quelconque et, le cas échéant, appliquer les principes généraux du droit commercial international.

En admettant la règle générale du « lien plus étroit » avec le contrat afin de déterminer la loi applicable au contrat en l'absence de choix des parties, le système de la Convention de Rome et celui de la Convention de Mexico, sont marqués par une grande souplesse, ce qui convient sans doute mieux aux exigences du commerce international.

§ 2- La présomption spécifique fondée sur la « prestation caractéristique » du contrat dans le droit international privé européen

La *Convention de Mexico* n'a pas consacré la présomption reposant sur la prestation caractéristique du contrat pour déterminer le pays le plus proche du contrat reposant sur la résidence habituelle de l'établissement du débiteur tel que l'ont fait la Convention de Rome et le règlement Rome I. En effet, le projet du comité juridique interaméricain contenait deux critères qui devaient fonctionner cumulativement : la résidence habituelle ou l'établissement

¹³¹² Il s'agit de la technique d'interprétation systématique ou téléologique du contrat, selon F. JUENGER (« The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *Op. cit.*, p. 389).

¹³¹³ J. SAMTLEBEN, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales », in D. P. Fernandez Arroyo et N. González Martín (coord.), *Tendências y relaciones. Derecho internacional privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México, UNAM, ASADIP, 2010, p. 26-27.

principal du débiteur et le lieu d'exécution de la prestation. Cependant, lors de la réunion des experts, la question de la prestation caractéristique n'a pas abouti à un accord et a été abandonnée¹³¹⁴. Selon un auteur, « *la prestation caractéristique du contrat a été accusée de ne pas répondre aux exigences du commerce international et d'être de plus en plus inadaptée au développement des conditions économiques, sociales et politiques* »¹³¹⁵ de pays dont la plupart est en voie de développement. La crainte que l'adoption d'une présomption puisse être défavorable a été sans doute la plus forte.

Dans le cadre de la Convention de Rome, l'art. 4 al. 2 énonce une présomption selon laquelle « *le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* », étant précisé que « *si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement* ».

Il faut noter que la définition de prestation caractéristique n'est toutefois pas définie expressément par la Convention de Rome. Dans le rapport Giuliano-Lagarde, il est indiqué que « *la conception de la prestation caractéristique permet, en substance, de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer* » et consiste en « *la prestation pour laquelle le paiement est dû, c'est-à-dire, selon les différentes catégories de contrats, le transfert de la propriété, la livraison d'objets mobiliers corporels, l'attribution de l'usage d'une chose, la fourniture d'un service, du transport, de l'assurance, de l'activité bancaire, de la caution, etc., qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle* »¹³¹⁶. En réalité, la présomption de la prestation caractéristique est inspirée par le droit suisse qui « *procure d'abord un rattachement unitaire* »¹³¹⁷. Ainsi, la loi

¹³¹⁴ Texte original du rapport : « *La Comisión aprobó la eliminación del segundo párrafo por considerado superfluo* ». À ce sujet, D. P. FERNANDEZ ARROYO (« La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Op. cit.*, p. 183) indique qu'en réalité la « *suppression s'explique par l'attitude de la délégation nord-américaine, et plus particulièrement par la grande habilité de F. K. Juenger, lequel présenté de façon officielle un document très sceptique sur la valeur de ce type de solution; au vu des résultats obtenus, ce document fut des plus convaincants* ».

¹³¹⁵ M. M. ALBERNOZ, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *JDI* 2012, p. 1-28, spéc. p. 9.

¹³¹⁶ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport Officiel*, *Op. cit.*, p. 20.

¹³¹⁷ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI*, t. 123, 1968, p. 541-636, spéc. p. 543. En réalité, la Convention de Rome a été inspirée de la jurisprudence suisse. Sur ce point, v. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2e éd., LGDJ, 2011, p. 180 et s.

suisse de droit international privé indique concrètement la prestation caractéristique pour certaines catégories de contrats (art. 117, al. 2 et 3)¹³¹⁸.

Dans le système de la Convention de Rome, le mécanisme de présomption de l'art. 4 al. 2 fonctionne aussi bien pour les contrats unilatéraux, que pour les contrats bilatéraux nommés ou innommés. A propos de contrats bilatéraux innommés, la Cour de cassation, au fil des années, a bâti une jurisprudence constante à partir de l'application de ce texte à l'égard des contrats internationaux de distribution. C'est pourquoi, la mise en œuvre de la présomption fondée sur la prestation caractéristique du contrat intéresse particulièrement notre étude sur la loi applicable, notamment à l'égard du droit international privé français.

En ce sens, il convient de commencer notre analyse à partir de la localisation de la « prestation caractéristique » du contrat de distribution (**A**), en sachant que la loi désignée peut être évincée à travers la mise en œuvre d'un mécanisme dérogatoire (**B**).

A- La localisation de la prestation caractéristique

Le système mis en place dans la Convention de Rome sur la base de la localisation de la prestation caractéristique a été très critiqué par certains auteurs, puisqu'il était « *considéré comme créant une insécurité un peu trop grande dans un domaine où la prévisibilité doit être la règle* »¹³¹⁹. Ces critiques résultent de l'interprétation réalisée par les tribunaux français lors de la mise en œuvre du critère de la prestation caractéristique dans des litiges relatifs à la rupture du contrat de concession (1). Malgré l'absence de jurisprudence en matière de franchise internationale en ce sens, il conviendra de vérifier si la présomption de la prestation caractéristique peut être étendue à ce contrat (2).

¹³¹⁸ Art. 117:

« b. A défaut d'élection de droit
(...) »

2 Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

3 Par prestation caractéristique, on entend notamment:

a. la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation;

b. la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit;

c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service;

d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt;

e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement ». Sur cet article, v. A. BUCHER et A. BONOMI, *Droit international privé*, 2e éd, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 262.

¹³¹⁹ H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Op. cit.*, p. 9 ; F. FERRARI, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 116.

1- Au regard du contrat de concession

En matière de contrat de concession, la première application de l'art. 4 al. 2 de la Convention de Rome par la jurisprudence française remonte à un arrêt rendu en 2001. Il s'agit, en l'espèce, d'une demande de paiement de dommages et intérêts pour manquement aux obligations contractuelles d'un contrat de concession exclusive conclu entre un fournisseur hollandais (*Midtronics*) et un distributeur français (*Optelec*), pour la distribution en France de testeurs de batteries¹³²⁰.

Le but de l'action a été de faire reconnaître le caractère abusif de la rupture contractuelle et, en conséquence, l'allocation de dommages et intérêts à la société *Optelec*. Afin de pouvoir trancher cette question, la Cour de cassation a dû se pencher sur la recherche de la loi applicable au contrat de concession international. Sur ce sujet, les juges de fond avaient auparavant décidé que la loi néerlandaise était compétente car « *l'obligation litigieuse était la fourniture des produits et que la prestation s'exécutait au siège social où la société hollandaise prenait ses décisions* ». La première chambre civile de la Cour de Cassation a retenu le raisonnement de la cour d'appel de Chambéry, en affirmant que « *pour un contrat de distribution, la fourniture du produit est la prestation caractéristique* », sans pour autant expliquer les raisons d'un tel choix.

Cette solution a été également retenue dans un arrêt du 25 novembre 2003¹³²¹. En l'espèce, une société française (*Ammann-Yanmar*) confie à une société belge (*Zwaans*) la distribution exclusive de machines de travaux publics. A la suite de la résiliation du contrat par le concédant, le concessionnaire demande aux juridictions françaises des dommages et intérêts pour non-respect du préavis d'un an convenu contractuellement. La cour d'appel de Dijon applique la loi belge et condamne le concédant pour violation de préavis. Cependant la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en réaffirmant qu'aux termes de l'art. 4 al. 2 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en l'absence de ce choix par les parties, la prestation caractéristique du débiteur, au moment de la conclusion du contrat, est la loi du pays de résidence habituelle du concédant car « *pour un contrat de distribution, la fourniture du produit est la prestation caractéristique* ». Elle soulève également qu'il n'y a pas d'éléments suffisants pour écarter la présomption de l'art. 4, al. 2, de la Convention de Rome. De ce fait, elle décide que la loi applicable au contrat est la loi française dès lors que le produit est fourni par le concédant français.

¹³²⁰ Cass. 1re civ. 15 mai 2001, *JCP G* 2001, II, 10634, n. J. Raynard ; *RCDIP* 2002, p. 86, n. P. Lagarde ; *RLDA* févr. 2002, n° 28989, n. H. Kenfack ; *D.* 2002, p. 198, n. C. Diloy.

¹³²¹ Cass. 1re civ. 25 nov. 2003, *préc.*

Les solutions proposées dans les deux décisions précitées semblent privilégier le fournisseur dans la mesure où la loi applicable au contrat sera celle de sa résidence habituelle. Peut-être parce qu'il est l'initiateur du réseau de distribution. En tout état de cause, la présomption de la localisation de la prestation caractéristique permet de distinguer les contrats les uns des autres¹³²². En faisant ainsi, ce critère de localisation de la prestation caractéristique répond justement aux besoins des parties car le débiteur de cette prestation est, la plupart du temps, un professionnel qui doit avoir comme avantage que l'ensemble des opérations soient régies par sa propre loi, si l'on considère le risque des opérations du commerce international. Selon cette conception, il est compréhensible que, la loi du pays où le fournisseur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son administration centrale l'emporte sur le pays de la résidence du distributeur. Nous observons, par ailleurs, que la localisation de la prestation caractéristique sur l'activité du fournisseur conforte le souhait de la jurisprudence française de maintenir la prévisibilité juridique, notamment sur le terrain de conflits de lois, puisque la solution s'inscrit dans la continuation de l'arrêt *Optelec* de 2001¹³²³.

Cependant, une précision à la question relative à la localisation de la prestation caractéristique a été réalisée par la Cour de cassation en 2007, dans l'arrêt *Waeco*, en indiquant que la « *loi compétente est celle du pays où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique, consistant aux termes du contrat-cadre, pour la société allemande, à assurer l'exclusivité de la distribution de produits à la partie française et qu'il appartenait donc au juge français de rechercher, selon la loi allemande applicable, le lieu où cette obligation servant de base à la demande s'exécutait, pour déterminer la compétence internationale* »¹³²⁴. Ce même raisonnement a été repris dans

¹³²² P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome », *Op. cit.*, p. 287, et spéc. p. 308.

¹³²³ En ce sens, v. l'arrêt *Thai Kitchen*, Cass. 1re civ. 26 septembre 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304 ; *RDCO* 2008, p. 515, obs. P. Deumier. En l'espèce, il s'agissait d'une relation contractuelle informelle entre une société suisse commercialisant des produits alimentaires thaïlandais et une société française spécialisée dans la mise sur le marché et la distribution de produits, notamment dans le circuit de la grande distribution, selon la présentation qu'en font les juges d'appel. Les juges d'appel avaient vu dans les rapports qui s'étaient établis pendant une année non pas un contrat de distribution, mais un contrat de prestation de services s'apparentant à un contrat de coopération commerciale au sens de l'art. L. 441-7 du Code de commerce. Pour la Cour de cassation, ce qui importe est que la société suisse « *avait refusé d'honorer de nouvelles commandes, et avait désigné un nouveau distributeur de ses produits en France, de sorte que la prestation caractéristique consistait en la fourniture des produits (...)* ».

¹³²⁴ Cass. 1re civ. 23 janvier 2007, n° 05-12.166, *Bull. civ. I*, n° 30 ; *D.* 2007. 511, obs. E. Chevrier, p. 1575, n. H. Kenfack, p. 2562, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2007. 588, obs. B. Bouloc, p. 630, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2008, p. 521, n. J.-M. Jacquet (1re esp.) ; *JCP G* 2007, n° 10074, n. T. Azzi ; *CCC* mai 2007. comm. 119, n. M. Malaurie-Vignal ; *RDC* 2007. 842, obs. M. Behar-Touchais, p. 887, obs. P. Deumier ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 1194, obs. G. Cavalier ; *Dr. et patr.* décembre 2007. 81 et les obs. *Adde D.* 2008. 1514, obs. F. Jault-Seseke.

l'arrêt *Fascom* en 2008¹³²⁵, où la loi applicable était celle « où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique, consistant, en l'espèce, pour la société grecque, à assurer l'exclusivité de la distribution des produits à la partie française ».

Ces deux arrêts se réfèrent alors à l'obligation « d'exclusivité » qui repose sur la fourniture du produit, à l'inverse des arrêts précédents, où la Cour de cassation avait énoncé que la prestation caractéristique consiste dans la « fourniture des produits » uniquement (arrêt *Optelec* et *Ammann-Yanmar*), c'est-à-dire dans l'obligation de conclure des contrats d'application. Il en ressort donc que les solutions proposées par les deux arrêts sont identiques quant au résultat pratique car la détermination de la loi applicable est rattachée au lieu d'établissement du débiteur de cette prestation, et non au lieu d'exécution de la prestation caractéristique¹³²⁶.

En définitive, l'analyse des décisions précitées nous oblige à constater que la Cour de cassation n'a jamais expliqué comment elle parvient aux deux conclusions suivantes : d'abord, que la prestation caractéristique émane du fournisseur ; ensuite, pourquoi, lorsque la distribution est exclusive, la prestation caractéristique consiste dans l'exclusivité de la distribution des produits.

Il nous reste maintenant à vérifier si les solutions données au contrat de concession pourront être élargies au contrat de franchise.

2- Au regard du contrat de franchise

Il est rare qu'un contrat international de franchise ne contienne pas de clause d'*electio juris*. En général, la tête d'un réseau international prévoit dans le contrat-cadre qui organise la franchise le tribunal compétent et la loi applicable. Cependant, il se peut que le contrat soit silencieux à cet égard.

Sous l'égide de la Convention de Rome, quel serait alors la loi applicable au contrat de franchise si les parties n'ont pas prévu une clause d'*electio juris* à cet effet ? Ou, plus précisément, peut-on utiliser le même rattachement des contrats de concession sur la base de la prestation caractéristique ?

¹³²⁵ Cass. 1re civ. 16 avril 2008, n° 07-14.697, *JurisData* n° 2008-043682.

¹³²⁶ Selon H. Batiffol, cette solution a été choisie par le projet de Convention de Rome car « (...) la résidence habituelle de celui qui fournit la prestation caractéristique est plus certaine que le lieu d'exécution. On n'a pas voulu ajouter à une discussion sur la détermination de la prestation qui devait être qualifiée de caractéristique une nouvelle discussion sur le lieu où elle devait s'exécuter et des solutions à donner pour les cas où elle s'exécuterait en plusieurs lieux », cf., H. BATIFFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, McGill University, Institut de droit comparé, 1981, p. 43.

Nous avons vu qu'en matière de concession commerciale, dans les arrêts *Optelec* et *Ammann-Yamman*, la prestation caractéristique reposait sur la fourniture de produits au distributeur. L'aspect positif de cette voie est l'unification du critère de rattachement du contrat de concession et de franchise, à savoir, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du concédant et du franchiseur. L'avantage d'une telle solution pour le franchiseur reste évident : en tant que tête du réseau international de franchise, le franchiseur pourra appliquer systématiquement la loi du pays où il a sa résidence habituelle ou une autre loi qui lui paraît plus intéressante, sans courir le risque de voir la loi des différents franchisés s'appliquer.

Une autre hypothèse encore envisageable est celle évoquée dans l'arrêt *Waeco*. Ici, la Cour de cassation a décidé que « l'obligation d'exclusivité de fourniture des produits »¹³²⁷, présente dans les contrats de concession exclusive, est l'élément essentiel du contrat de concession. Le danger d'une telle localisation de la prestation caractéristique est son application généralisée, c'est-à-dire, envers d'autres contrats de distribution dont l'exclusivité de fourniture n'est pas de l'essence du contrat. C'est en effet le cas du contrat de franchise, dans la mesure où les obligations considérées comme essentielles au contrat sont le transfert de savoir-faire et l'utilisation d'une marque et enseigne.

Si l'approche relative à la détermination de la prestation caractéristique du contrat de franchise à la lumière du contrat de concession semble ne pas être appropriée, quel serait le critère à adopter ? Un auteur propose de tenir compte de la structure du contrat de franchise international formée généralement par le franchiseur, le franchisé principal et les franchisés et d'appliquer la loi du franchisé principal. Dans ce cas, la soumission du « *contrat-cadre de franchise à la loi du franchisé principal a l'avantage de soumettre à une seule et même loi des rapports franchiseur/franchisé principal, franchisé principal/franchisés locaux/fournisseurs locaux* »¹³²⁸. L'avantage d'une telle solution est l'unité du rattachement centralisé sur le franchisé principal.

En revanche, si le réseau de franchise est constitué sans un franchisé principal, il nous paraît logique que la prestation caractéristique du contrat ne puisse que reposer sur le franchiseur puisque c'est lui le responsable de l'organisation du réseau international de franchise. En effet, c'est le franchiseur qui fournit les deux prestations caractéristiques du contrat de franchise, à savoir : le transfert de savoir-faire et l'utilisation d'une licence. Ces

¹³²⁷ *Préc.*

¹³²⁸ H. KENFACK, « L'article 4 de la Convention de Rome et les contrats de distribution », *Op. cit.*, p. 495.

deux caractéristiques essentielles et uniques à la franchise sont à la charge exclusive du franchiseur.

A noter toutefois que nous n'avons pas trouvé de jurisprudence concernant la détermination de la loi applicable au contrat de franchise en l'absence de choix des parties. Certainement, la franchise suscite nettement moins de difficultés en droit international privé que le contrat de concession commerciale, grâce au formalisme requis pour conclure des accords.

B- La mise en œuvre d'un mécanisme dérogatoire : la clause d'exception

La présomption fondée sur la concrétisation de la prestation caractéristique permet aux juridictions des États membres d'interpréter cette norme au cas par cas, en tenant compte par exemple des spécificités du contrat-cadre de concession, ainsi que d'autres contrats. L'inconvénient d'une règle si flexible est le risque d'avoir des solutions contradictoires rendues au sein de l'ordre juridique européen¹³²⁹.

L'art. 4, al. 5 de la Convention de Rome prévoit alors un correctif à la présomption de la prestation caractéristique qui offre la possibilité de rechercher directement dans « *l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* » au lieu de localiser la prestation caractéristique.

En ce sens, une décision rendue par la cour d'appel de Pau, dans le cadre d'un litige entre un distributeur français et un fournisseur de matériel cyclable italien, a énoncé que la loi italienne était applicable « *dans la mesure où le contrat, à défaut d'autres précisions contractuelles, présente les liens les plus étroits avec l'Italie* »¹³³⁰. En l'espèce, on présume en vertu de l'art. 4 de la Convention de Rome que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, a son administration centrale. Tel est le cas du fournisseur italien, domicilié en Italie qui exécute la prestation caractéristique, c'est-à-dire la fabrication puis la livraison du matériel contractuel.

Dans l'affaire, il est intéressant de noter que les juges du fond ont conclu qu'il ressort des stipulations du contrat, telles que la clause attributive de juridiction donnant compétence au tribunal de Trévise, les modalités de prix établies en liras, ainsi que la langue du contrat

¹³²⁹ Sur ce point, v. infra n°

¹³³⁰ CA Pau, 2e ch., 1re sect., 14 déc. 2009, n° 5174/09, *SARL JCB Diffusion c. Sté Bicycle Line*, JurisData n° 2009-018203, CCC n° 4, 2010, comm. 90 M. Malaurie-Vignal.

rédigé en italien, que la loi italienne s'applique de toute évidence. Sans vraiment avoir recours à la clause d'exception prévue à l'art. 4, al. 5 de la Convention de Rome, les juges ont pris en compte plusieurs aspects du contrat afin de dégager les liens plus étroits et, de ce fait, pouvoir se prononcer sur la loi applicable. Ces arguments servent à corroborer la présomption de la prestation caractéristique du contrat de concession adoptée à plusieurs reprises par la Haute juridiction française¹³³¹.

Force est donc de constater que dans le système de la Convention de Rome, la Cour de cassation a systématiquement placé la prestation caractéristique du côté du fournisseur. Nonobstant l'intérêt d'une telle solution, nous verrons que le règlement Rome I a complètement bouleversé la position de la jurisprudence française relative au rattachement des contrats de distribution et de franchise.

Section 2 - La tendance à l'adoption de critères de rattachement objectifs

Le règlement Rome I s'insère dans un contexte historique clairement exprimé dans le considérant 6 qui considère que « *le bon fonctionnement du marché intérieur exige (...) que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite* ». Ce règlement est donc le résultat d'une dynamique constante d'uniformisation du droit des États membres de l'Union européenne afin de permettre la création d'un véritable espace d'accès à la justice aux citoyens européens¹³³².

Nous observons que l'esprit qui guide le règlement Rome I n'est plus celui de la Convention de Rome qui privilégie majoritairement des formules flexibles¹³³³, mais celui qui prône un système rigide « *afin de contribuer à l'objectif général (...) qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen* » selon le considérant 16. Ce nouveau système a introduit des rattachement au contrat de distribution et de franchise particulièrement intéressants dans le cadre de notre étude (§1).

¹³³¹ En réalité, la Cour de cassation a rarement appliqué la clause d'exception. Nous trouvons, cependant, deux arrêts en dehors du domaine des contrats de distribution : Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-19.723, *RDCO* 2007, p. 467, n. P. Deumier et Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-70.371, *JurisData* n° 2010-051539. Sur ce point, v. spécialement, P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 37.

¹³³² M. TERNEIRO, « O espaço europeu de justiça civil », in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, L. de L. Pinheiro (org.), Coimbra, Almedina, 2005, p. 31-43.

¹³³³ J. H. C. MORRIS et J. D. MAC CLEAN et *alli*, *The Conflict of Laws*, 7e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2009, p. 369.

Contrairement à la dynamique du droit européen en quête permanente d'amélioration des lois et des décisions rendues en Europe, la détermination de la loi applicable en droit international privé brésilien reste figée dans un mécanisme de règle de conflit de lois qui impose un rattachement unique à tous les contrats. Il sera opportun de connaître ce rattachement et de vérifier s'il est adapté au contrat de concession commerciale et de franchise (§2).

§ 1- Les règles de conflits de lois applicables au contrat de distribution en droit international privé européen

L'art. 4 du règlement Rome I détermine à travers des rattachements fixes prédéterminés à plusieurs contrats, dont le contrat de franchise et le contrat de distribution la loi applicable à défaut de choix des parties. Le contrat de franchise sera régi par la loi du pays où le franchisé a sa résidence habituelle (art. 4.1.e), et le contrat de distribution sera régi par la loi du pays où le distributeur a sa résidence habituelle (art. 4.1.f).

Ici, une observation quant à la terminologie employée par le législateur européen pour se référer aux divers types de contrat de distribution s'impose. En fait, la technique de rédaction de l'art. 4 est maladroite car ce dispositif se réfère au contrat de franchise comme s'il ne rentrait pas dans la catégorie des contrats de distribution¹³³⁴. Ensuite, ce texte utilise la catégorie de contrat dite de « contrat de distribution », mais à quels types de contrats de distribution se réfère-t-il ? Selon M. Bernard Ancel, la signification de contrat de distribution dans le règlement Rome I comprend la distribution intégrée, « *c'est-à-dire le contrat par lequel un fournisseur organise et contrôle ses points de vente en assujettissant son partenaire au moyen de diverses clauses* »¹³³⁵. A cet effet, il semble que le contrat de concession commerciale rentre dans cette définition et dans cette catégorie de l'art. 4.1.f.

Toutefois, cette interprétation exclurait une vaste catégorie de contrats de distribution existant notamment en droit français¹³³⁶, encore que la Cour de cassation utilise parfois une conception large de contrats de « la distribution » sur le plan de la loi applicable¹³³⁷. Quoiqu'il

¹³³⁴ Il est intéressant d'observer que la distinction a été maintenue depuis la proposition de règlement Rome I en 2005. Sur ce point, v. L. CORBION et S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les modifications apportées par la proposition de règlement Rome I », *RLDA*, 2006, p. 76.

¹³³⁵ B. ANCEL, « Loi applicable à défaut de choix », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Andrea Bonomi et Eleanor Cashin Ritane (org.), Schulthess, 2008, p. 77-93, spéc. p. 90.

¹³³⁶ Citer...

¹³³⁷ Ainsi, illustre l'arrêt *Optelec* (Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2001, *préc.*) que la Cour parle d'un « *contrat de distribution exclusive* » dans le rappel des faits et de « *contrat de distribution* » dans le motif de principe. En

en soit, il appartiendra au juge de se pencher sur l'analyse de l'opération contractuelle afin d'indiquer le type de « distribution » en question.

Malgré ces imprécisions d'ordre terminologique, l'objectif de l'adoption des critères rigides au contrat de distribution et de franchise consacré par le règlement Rome I est de permettre davantage aux parties de connaître la loi qui sera applicable à leur contrat à défaut de choix. En conséquence de quoi, l'indique M. Franco Ferrari, « *ce système nie toute possibilité, pour le juge, d'adapter sa solution au cas d'espèce, contrairement aux solutions de la Convention de Rome* »¹³³⁸, c'est-à-dire aux difficultés relatives à la présomption générale de la détermination de la prestation caractéristique du contrat de distribution.

Néanmoins, le problème spécifique de la rupture unilatérale du contrat de distribution en droit français peut perturber l'application du règlement Rome I, puisque la sanction de l'art. L. 442, 6-I-5° du C. com. est de nature délictuelle en droit français. Dans cette perspective est-il envisageable d'appliquer le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles au contentieux de la rupture ?

Face à cette question, il sera opportun d'analyser les règles de conflits de lois en matière contractuelle applicables au contrat de concession et de franchise (A) puis de vérifier dans quelle mesure les règles de conflit de nature délictuelle sont applicables (B).

A- La prise en compte des règles de conflit de lois en matière contractuelle : une solution cohérente au regard des contrats de distribution

Le règlement Rome I énonce qu'un double objectif inspire les modifications apportées à l'ancienne Convention de Rome et, notamment, l'édiction par l'art. 4 sur « *la loi applicable à défaut de choix* » de critères de rattachements fixes à la place du principe de proximité consacré par la Convention de Rome : il s'agit de contribuer à la « sécurité juridique » en assurant la « prévisibilité » du droit applicable (considérant 16). Ces deux objectifs sont recherchés dans le cadre du règlement Rome I et imposent des rattachements rigides et objectifs aux contrats de franchise et de distribution, contrairement aux rattachements flexibles de la Convention de Rome. Par conséquent, le règlement Rome I « *porte la marque d'un changement de méthode assez radical* »¹³³⁹.

réalité, il n'y avait aucune exclusivité stipulée dans le contrat à la charge des cocontractants. Il s'agissait tout simplement d'un contrat de fourniture de produits duquel résulte la prestation caractéristique du contrat.

¹³³⁸ F. FERRARI, *Op. cit.*, p. 127.

¹³³⁹ T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2169. Pour une présentation générale, v. S. CORNELOUP, « Transformation de la Convention de Rome sur la

Il conviendra donc de vérifier la teneur des règles de conflit de lois applicables aux contrats de concession et de franchise (1). Par la suite, il sera opportun de vérifier s'il existe une éventuelle coordination entre le règlement Rome I et les chefs de compétence juridictionnels dans le règlement Bruxelles I (2).

1- La teneur des modifications apportées par le règlement Rome I au contrat de distribution

L'art. 4, al. 1 du règlement Rome I associe des rattachements fixes prédéterminés à plusieurs contrats, dont le contrat de franchise (art. 4.1.e) et le contrat de distribution (art. 4.1.f). Ces nouvelles règles se rallient à l'esprit « *objectiviste* »¹³⁴⁰ en contraposition au « *subjectivisme* » instauré à l'art. 4 de la Convention de Rome¹³⁴¹, qui laissait au juge une liberté importante pour trancher une règle de conflit plutôt générale¹³⁴². De plus, dans le système du règlement Rome I, la mise en œuvre de la présomption de la prestation caractéristique du contrat (art. 4, al. 2) est devenue secondaire, c'est-à-dire qu'elle n'est prise en compte qu'à la condition que les rattachements de l'art. 4, al. 1 ne soient pas opérants.

Les raisons qui expliquent un tel changement de méthode, à la lumière des contrats de distribution et de franchise, sont à rechercher d'une part, du côté de la Commission européenne qui avait exprimé sa volonté de protéger les distributeurs et franchisés, au titre des parties faibles. D'autre part, le législateur européen voulait apaiser le contentieux extrêmement complexe et divergent dans les divers pays européens ces dernières années. En France, par exemple, la position adoptée par la Cour de cassation française, sous l'égide de la Convention de Rome, a privilégié le rattachement du contrat à la prestation caractéristique, celle-ci étant caractérisée par la fourniture du produit par le fournisseur, solution consacrée par l'arrêt *Optelec* et encore confirmée par les arrêts *Thai kitchen*¹³⁴³ et *Fascom*¹³⁴⁴. Néanmoins, les jurisprudences allemandes, italiennes et néerlandaises ont privilégié

loi applicable aux obligations contractuelles. Le futur règlement communautaire « Rome I » », *JCP G* 2008. act. 320.

¹³⁴⁰ B. ANCEL, « Loi applicable à défaut de choix », *Op. cit.*, p. 77 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, *Op. cit.*, p. 523. Dans ce nouveau système, selon T. AZZI (« La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Op. cit.*, p. 2169) : « *La faculté offerte au juge de morceler le contrat disparaît pareillement, sans doute en raison des risques d'incohérence qu'elle recèle* ».

¹³⁴¹ La théorie de la localisation développée par H. BATIFFOL (« Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offertes à Jacques Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 53) consiste à dire que des éléments subjectifs ne sont retenus que dans la mesure où ils contribuent à créer une réalité objective afin de localiser le contrat dans un ordre juridique.

¹³⁴² La détermination des rattachements fixes n'offre aucune marge à la recherche d'une volonté hypothétique des cocontractants, à l'instar de la règle « subjectiviste » de l'art. 4 de la convention de Rome qui consacrait le critère de la prestation caractéristique du contrat.

¹³⁴³ Cass. 1re civ., 26 sept. 2007, n° 06-19.709, *préc.*

¹³⁴⁴ Cass. 1re civ., 16 avr. 2008, n° 07-14.697, *préc.*

l'application de la loi du distributeur¹³⁴⁵, laissant la jurisprudence française presque isolée sur ce point¹³⁴⁶.

Les divergences de position des tribunaux nationaux au sein de l'Union européenne quant au rattachement du contrat de concession et de franchise ont été entendues lors des travaux de préparation du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il est apparu alors inévitable d'établir des règles spéciales pour certains contrats tels que les contrats de distribution et de franchise. Dans ce contexte, les règles de conflits de lois adoptées à l'art. 4. 1 « e » et « f » du règlement Rome I ont désigné la loi de résidence habituelle du franchisé et du distributeur.

Il est évident que la solution adoptée par le règlement Rome I privilégie le distributeur et le franchisé. Elle tente ainsi de protéger leurs intérêts dans la mesure où ces acteurs sont considérés les maillons les « *plus faibles* »¹³⁴⁷ dans le contexte contractuel. Toutefois, nous savons que cette logique peut être finalement erronée car la loi du franchisé ou celle du distributeur peut être finalement moins favorable à celle du franchiseur ou du distributeur dans les litiges relatifs à la demande d'indemnisation pour rupture abusive du contrat.

Ainsi, l'avantage de fixer des rattachements objectifs aux contrats de franchise et de concession est l'uniformisation quant à la détermination du droit applicable aux contrats de distribution et de franchise. Il s'agit d'une méthode qui prône la prévisibilité et la sécurité juridique¹³⁴⁸ dans le système de règles de conflits de lois en droit européen. De ce point de vue, la solution est plutôt valable. Mais, elle est d'autant plus intéressante si la loi indiquée

¹³⁴⁵ Il s'agit des juridictions allemande, suisse, autrichienne, espagnole et néerlandaise ainsi qu'en général la jurisprudence arbitrale internationale ont en revanche considéré que la prestation caractéristique était celle fournie par le distributeur (Sentence CCI n° 12193 – 2004, *JDI* 2007, p. 1276). Pour la jurisprudence allemande qui applique la loi du distributeur voir OLG Koblenz, 16 janv. 1992, *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht* 1994, S. 46/47, obs. A. Schurig) citée par C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, *Op. cit.*, p. 64. Pour étude complète sur la question, v. aussi M. E.- ANCEL, « The Rome I Regulation and distribution contracts », *Yearbook PIL*, vol. 10, 2008, p. 226.

¹³⁴⁶ En effet, la solution admise par la Cour de cassation française n'est pas partagée par les autres juridictions des États contractants, à l'exception de la Grande-Bretagne qui a adopté une solution analogue dans une décision du 2 mars 2001 (Court of Appeal of England : *Wales Print Concept GmbH c. GRW (EC) Ltd*, 2001 EWCA Civ. 352).

¹³⁴⁷ D'après H. KENFACK, cette nouvelle solution doit être approuvée puisqu'elle protège les intérêts du distributeur, sans léser ceux des fournisseurs et, surtout, elle assure la sécurité juridique (*cf.*, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *Op. cit.*, p.10).

¹³⁴⁸ H. Kenfack (*ibidem*) explique que « l'objectif général clairement visé est d'assurer la sécurité juridique dans l'espace de justice européen ». Pour cela, « les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité » même si le rôle du juge n'est pas entièrement réduit à néant. Dans le même ordre d'idées, v. G. I. FIORELLI (« Contratti internazionali di distribuzione : problemi di legge applicabile e di giurisdizione », *Rivista di diritto internazionale privato e processual*, 2007, p. 633, spéc. p. 643 s.) qui considère que le rattachement retenu cumule alors toutes les vertus : prévisibilité, équité substantielle - au sens où il serait réducteur de traiter les contrats de distribution comme de simples contrats de fourniture, proximité et protection de la partie faible.

par la règle de conflit peut être appliquée à toutes les obligations découlant du contrat-cadre de distribution et de franchise, sans faire la distinction entre obligations contractuelles ou délictuelles¹³⁴⁹. A l'égard du contrat de distribution et de franchise, « *la loi contractuelle doit avoir le domaine le plus large possible* »¹³⁵⁰, encore que le règlement admette le dépeçage du contrat.

Le domaine de la loi applicable dans le système du règlement de Rome I est prévu à l'art. 12. Parmi les plusieurs domaines de la *lex contractus*, celui qui régit notamment « *les divers modes d'extinction des obligations* » attire particulièrement notre attention (art. 12. 1. d) dans la mesure où le litige résultant de la demande d'indemnisation pour la rupture abusive du contrat de concession et de franchise fondée sur l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. entre dans son champ d'application.

En effet, l'inexécution totale ou partielle des obligations amène très souvent une des parties à rompre totalement ou partiellement le contrat ou les relations commerciales établies. Nous savons que la rupture est un mode d'extinction des obligations contractuelles qui permet de mettre fin à un contrat à durée indéterminée ou déterminée. Or, l'examen du droit de la victime de la rupture brutale est associé à la vérification que celle-ci a honorée ou non de ses propres obligations contractuelles à l'égard de la partie qui a rompu. Dans ces termes, l'existence d'un contrat ou des indices d'une relation commerciale établie est fondamentale à la détermination des circonstances dans laquelle la rupture a eu lieu, notamment si la victime n'a pas donné tort à la rupture. Il est impossible donc de dissocier le contrat du mode de son extinction aux fins de l'application de la *lex contractus*.

Il semblerait que la *ratio* qui guide l'esprit du règlement Rome I ait été de soumettre à une loi unique les litiges nés du contrat de distribution et de franchise, comme le fait fréquemment la clause d'*electio juris* insérée dans des contrats-cadre. La dispersion que le dépeçage peut causer dans des contrats complexes est à éviter. Cette solution est davantage bénéfique pour le juge qui n'aura pas besoin de décomposer les obligations du contrat et de les attribuer à une loi différente.

En définitive, une telle approche a également une intention unificatrice qui évitera que le juge français passe par la qualification de la rupture abusive du contrat afin de condamner

¹³⁴⁹ Contrairement, C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ (*Op. cit.*, p. 65) estiment que si aucune obligation contractuelle n'est mise en cause, « *la qualification d'action délictuelle soit maintenue pour le conflit de lois* ».

¹³⁵⁰ M. VIGNAL, *Droit international privé*, *Op. cit.*, p. 273 : l'auteur se réfère aux contrats internationaux en général et pas seulement au contrat de distribution. Il indique aussi que la jurisprudence française avait toujours été favorable à ce que le contrat soit régi par une loi unique.

l'auteur de la rupture. Il est plus opportun donc de s'attacher à la catégorie de contrat de distribution ou de franchise admise par le règlement Rome I pour la désignation de loi matérielle qui sera applicable à la totalité du contrat.

2- Les difficultés de coordination entre le règlement Rome I et Bruxelles I

Il est important de remarquer que le règlement Rome I n'apporte pas toutes les réponses aux problématiques particulières des contrats de distribution. Au contraire, il existe une difficulté de coordination entre les instruments de droit international privé européen en matière de conflits de juridictions et de conflits de lois. Cette problématique nous amène à une question qui reste encore en suspens : est-ce que le contrat de distribution peut être qualifié de contrat de vente ou de contrat de prestation de service en matière de compétence judiciaire et avoir des rattachements propres en matière de conflit de lois ?

L'enquête d'adéquation et cohérence des instruments européens en matière de conflits de lois¹³⁵¹, tel que le règlement Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles¹³⁵² et le règlement Bruxelles I (et sa récente refonte), se trouve au cœur du problème de qualification *lege fori*.

Le règlement Rome I régit les conflits de lois en matière contractuelle, tandis que le règlement Bruxelles I prévoit des règles de conflits de juridiction. Ces deux instruments doivent être interprétés de manière cohérente et coordonnée à l'égard du contrat de concession et de franchise, puisque le règlement Bruxelles I ne dispose pas de règles spécifiques à chaque contrat.

Ainsi, le considérant 17 du règlement Rome I précise que « *les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières* ». La rédaction est sans doute reprochable, puisqu'elle qualifie de la même manière le contrat de distribution et de franchise, sans tenir compte de leur nature et de leur complexité pour associer un contrat cadre et des contrats d'application¹³⁵³. Au-delà de cette

¹³⁵¹ La nécessité générale d'une coordination en matière de conflit de lois a été soulevée par J. BASEDOW, « EC Conflict of laws – a matter of coordination », in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, L. de L. Pinheiro (org.), Coimbra, Almedina, 2005, p.17-30 ; « La progresiva europeización del derecho contractual », *Revista española de derecho internacional*, 2004, p. 15-31. De même pour des questions de coordination dans le cadre de la communautarisation du droit international privé en général (J. BASEDOW, « The Communitarization of Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 2000, p. 687 et s.).

¹³⁵² P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RCDIP* 2006, p. 331 spéc. p. 339.

¹³⁵³ Selon H. KENFACK (*Op. cit.*, p. 13), « *une distinction doit clairement être effectuée entre les franchises selon qu'elles sont de distribution, de service ou industrielle. Seule la deuxième peut être qualifiée de contrat de*

critique déjà évoquée, la jurisprudence française a, à maintes reprises, déclaré que le contrat de distribution n'était ni un contrat de vente ni un contrat de prestation de service.

La difficulté de coordination entre les deux instruments est alors évidente. D'une part, le règlement Bruxelles I ne prévoit pas de règle de conflits de juridictions spécifique pour trancher les litiges concernant ni le contrat de distribution, ni le contrat de franchise. D'autre part, le règlement Rome I prévoit des règles de conflits de lois spécifiques au contrat de distribution et de franchise en même temps qu'ils sont qualifiés de contrats de prestation de service. Il en ressort que la contradiction de ces textes peut porter atteinte à la prévisibilité souhaitée par le législateur européen, malgré la récente jurisprudence rendue par la CJUE (*La maison du Whisky*)¹³⁵⁴ qui a qualifié le contrat de concession de vente en contrat de prestation de services en application de l'art. 5-1, b), second tiret, du règlement Bruxelles I.

B- L'éventuelle prise en compte de la règle de conflit en matière délictuelle : la particularité de la rupture abusive du contrat de distribution

La prise en compte d'une telle qualification en droit international privé, c'est-à-dire, qui prend en compte la nature de la responsabilité découlant de la rupture abusive du contrat de distribution, en dépit de l'existence d'une relation contractuelle, peut mettre en concurrence des règlements communautaires en matière de conflit de lois qui devraient s'appliquer de façon complémentaire et harmonieuse. Il s'agit des règlements Rome I sur la loi applicable aux relations contractuelles et Rome II sur la loi applicable aux relations non contractuelles.

Ce contexte particulier relevé à partir des arrêts rendus en France, dans lesquels la rupture abusive du contrat fondée sur l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com., dès lors qu'aucune autre obligation en cause n'est qualifiée de délictuelle, peut perturber l'application naturelle de la règle de conflit spéciale au contrat de distribution et de franchise du règlement Rome I. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt *Safic-Alcan* du 18 janvier 2011 a sanctionné la cour d'appel pour avoir fait usage des dispositions de l'art. 5-1, a) du règlement Bruxelles I établissant des règles de compétence spéciale en matière contractuelle. La Haute juridiction a qualifié la responsabilité découlant de la rupture brutale du contrat de délictuelle et, de ce fait, a visé l'art. 5-3 du règlement Bruxelles I également

fourniture de service, en gardant cependant à l'esprit la distinction contrat cadre et contrat d'application ». V. cependant la position nuancée de P. BERLIOZ, *Op. cit.*, spéc. n° 138 et s. sur la qualification des contrats de distribution.

¹³⁵⁴ *Préc.*

applicable en matière délictuelle ou quasi-délictuelle afin de déterminer la compétence juridictionnelle.

Il est important de remarquer que la Cour de cassation n'indique pas pour autant quel serait l'instrument de conflit de lois applicable à la désignation de la *lex contractus* lors de ce jugement. Cette situation soulève donc un doute quant à la règle de conflit de lois applicables pour déterminer la loi applicable au litige né de la rupture abusive du contrat.

De la sorte, il serait donc opportun d'envisager, dans le cadre de l'application du règlement Rome II, l'opportunité de la qualification de la rupture abusive du contrat de distribution en matière délictuelle (1), avant d'envisager une possible coordination entre les règlements Rome I et II (2).

1- De l'opportunité de la qualification de la rupture abusive du contrat de distribution en matière délictuelle

Le champ d'application du règlement Rome II¹³⁵⁵ prévu à l'art. 1, précise que les obligations non contractuelles relevant des matières civile et commerciale sont soumises au règlement quant à la question de la loi applicable¹³⁵⁶. Parmi les matières exclues du champ d'application de ce texte, aucune mention n'est faite au contrat de distribution, ce qui permet de déduire que certains aspects de la relation contractuelle peuvent être qualifiés d'extracontractuels¹³⁵⁷.

Suivant cette logique, la qualification de la responsabilité découlant de la rupture abusive d'un contrat de concession ou de franchise peut être de nature délictuelle. De ce fait, la règle générale énoncée à l'art. 4.1 du règlement Rome II peut être appliquée. Cette règle dispose que : « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable a une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ». En réalité, la règle de l'art. 4. 1 propose une solution générale pour la *lex delicti* basée sur la

¹³⁵⁵ T. K. GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle : règlement Rome II », *RCDIP* 2008, p. 445.

¹³⁵⁶ Le règlement Rome II constitue le droit commun français des conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles, car la loi qu'il désigne « *s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* ». C'est le caractère universel du règlement fondé à l'art. 3.

¹³⁵⁷ Certains auteurs qui considèrent que si la rupture abusive du contrat de distribution est qualifiée de « délictuelle », elle peut entrer parfaitement dans le champ d'application de dudit règlement. En ce sens, v. C. KESSEDJIAN et S. ELBAZ, *Op. cit.*, p. 65.

*lex loci damni*¹³⁵⁸. En appliquant ce dispositif à la rupture abusive du contrat de concession et de franchise, la loi désignée sera *grosso modo* la même que celle du pays dans lequel le concessionnaire et le franchisé développent la distribution ou les services pour le concédant et le franchiseur. Cette loi coïncidera souvent avec la loi du pays où le distributeur est domicilié.

Il est important néanmoins de rappeler qu'avant la jurisprudence *Safic-Altan*, la jurisprudence française avait rendu quelques décisions où la problématique majeure fut de concilier l'application de la Convention de Rome et de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire, afin de déterminer la loi applicable au contrat international de concession. Il s'agit des affaires *Ammann-Yanmar*¹³⁵⁹, *European Sleep Products*¹³⁶⁰ et *Panrico*¹³⁶¹, où des demandes de dommages et intérêts ont été introduites suite à la rupture abusive du contrat de concession. En revanche, encore que l'arrêt *Optelec*¹³⁶² de 2001 énonçait la même difficulté relevée dans les arrêts précédents, il s'agissait d'un litige relatif au manquement aux obligations contractuelles restant ainsi dans le domaine de la responsabilité contractuelle.

Dès lors que le règlement Bruxelles I est applicable alors que la Convention de Rome était le seul instrument en matière de conflits de lois, la question a été placée sous l'angle de la qualification du contrat de distribution en tant que vente de marchandise ou de prestation de service. De fait, deux arrêts ont été rendus par la Cour de cassation : d'abord l'affaire *Waeco*, où le litige portait sur le non respect d'une clause d'exclusivité¹³⁶³ et, ensuite, dans l'arrêt *Wolman*¹³⁶⁴, le concessionnaire accusait le concédant d'avoir rompu brutalement le contrat de concession. Dans ces deux décisions, il n'a pas été question de qualifier la nature de la responsabilité du cocontractant n'ayant pas exécuté le contrat ou ayant rompu violemment la convention¹³⁶⁵.

¹³⁵⁸ En réalité, cette nouvelle règle se diffère de la plupart des solutions nationales fondées sur la *lex loci delicti commisi*. En ce sens, v. E. LEIN « La nouvelle synergie Rome I/ Rome II/ Bruxelles I », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Andrea Bonomi et Eleanor Cashin Ritane (org.), Schulthess, 2008, p. 27-47, spéc. p. 37.

¹³⁵⁹ *Préc.*

¹³⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 28 juin 2005, n° 03-14.444, non publié au *Bull.*

¹³⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 20 septembre 2006, n° 97-10.679, non publié au *Bull.*

¹³⁶² *Préc.*

¹³⁶³ Cass. 1^{re} civ. 23 janvier 2007, n° 05-12.166, *préc.*

¹³⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 5 mars 2008, n° 06-21.949, *JDI* 2008. 521, n. J.-M. Jacquet (4^e esp.) ; *Procédures* mai 2008. comm. 143, n. C. Nourissat ; *D.* 2008. 858, obs. E. Chevrier, p. 1514, obs. F. Jault-Seseke, p. 1729 (2^e esp.), n. H. Kenfack.

¹³⁶⁵ La Cour s'intéressait en effet davantage à s'échapper de la jurisprudence *De Bloos* (*préc.*) et *Tessili* (*préc.*) concernant la détermination de la juridiction compétente.

De façon générale, il est important d'observer que les jurisprudences rendues ces dernières années se démarquent sur un point : soit la rupture abusive du contrat de distribution est à l'origine du litige, soit elle est la conséquence naturelle de la non exécution d'une obligation contractuelle. Mais dans une situation comme dans l'autre, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la qualification de la nature de la responsabilité engagée lors de la rupture abusive pour déterminer les règles de conflit de juridictions et de lois. Cette appréciation semblait être indifférente aux yeux de la Cour, puisqu'elle a porté son regard sur l'existence d'une prestation caractéristique du contrat de concession pour chercher les normes applicables à la désignation du for compétent et de la loi compétente. Il ressort donc de ces jurisprudences que la qualification de la responsabilité de délictuelle ou contractuelle n'a pas été déterminante pour la désignation de la juridiction compétente, encore que le règlement Bruxelles I prévoit des règles bien distinctes pour les deux chefs de compétence. N'oublions pas que ces arrêts ont été rendus à une époque où ni le règlement Rome II, ni Rome I n'existaient.

En revanche, dans l'affaire *Waeco*, le rapport présenté à la Cour de cassation comportait un éclairage important quant à la qualification du rapport de droit : « *La cour d'appel a relevé que la demande de dommages-et-intérêts était fondée sur l'exécution déloyale de l'exclusivité de distribution (...). La prestation caractéristique (...) paraissait être le respect de la clause d'exclusivité par la société concédante. La prestation caractéristique consistait donc en une obligation de faire qui était celle de respecter cette exclusivité dans le territoire concédé, c'est-à-dire en France* »¹³⁶⁶. Si la qualification s'opère selon les conceptions du for, serait-il envisageable à l'heure actuelle d'admettre que la qualification pourrait reposer sur le comportement déloyal ou anticoncurrentiel du cocontractant n'ayant pas respecté la clause d'exclusivité ? Si la réponse est affirmative, la règle de conflit de lois qui sera applicable est celle de l'art. 6.2 du règlement Rome II¹³⁶⁷. Ce texte nous renvoi en effet à l'application de la *lex loci damni* prévue à l'art. 4.1.

2- Une possible coordination entre les règlements Rome I et Rome II

Un alignement est souhaité en vue de permettre la coordination des rapports contractuels et délictuels vis-à-vis des règles de conflit de lois en matière civil et commercial.

Le contentieux international de la rupture abusive du contrat de concession

¹³⁶⁶ *Préc.*

¹³⁶⁷ Art. 6 dispose que: « *Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable* ».

commerciale a mis en exergue cette problématique. Pour la jurisprudence française, la qualification la responsabilité délictuelle par infraction à l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com., découlant de la rupture abusive n'a guère de lien avec la bonne ou la mauvaise exécution du contrat car elle est la conséquence de la méconnaissance de l'exigence légale de respecter un délai de préavis suffisant. Par conséquent, la responsabilité est plutôt délictuelle, sortant complètement du strict champ contractuel, et le règlement Rome II peut être appliqué. Cette démarche employée par le juge français démontre que la question est traitée sous l'angle de la qualification *lege fori* et dans le but d'appliquer le droit substantiel du for pour aboutir à un résultat bien précis. Cette méthode est contraire à la méthode conflictuelle classique du droit international privé. Comme l'indique MM. Pierre Mayer et Vincent Heuzé, le juge doit tenir compte du fait que « *les objectifs du droit international privé ne sont pas ceux du droit interne, et les classifications de celui-ci ne conviennent pas nécessairement à celui-là* »¹³⁶⁸. Le juge devrait en effet s'abstenir de chercher la solution substantielle du problème selon son droit interne et être le plus neutre à cet égard.

Nous reprochons cette méthode de qualification puisque le juge doit tenir compte des interprétations autonomes déjà réalisées par la CJUE en matière contractuelle et délictuelle où la primauté de la matière contractuelle sur la délictuelle est consacrée par la jurisprudence européenne¹³⁶⁹. comme d'ailleurs en droit interne français¹³⁷⁰. Dans l'arrêt *Kalfelis* en matière de conflit de juridictions, la Cour a estimé que la matière délictuelle comprend « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur (...) et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle* »¹³⁷¹. A cette interprétation, s'ajoute celle de l'arrêt *Arcado*¹³⁷² qui a énoncé que la détermination de la juridiction compétence dans une affaire d'indemnisation pour la rupture d'un contrat était du ressort des règles contractuelles. Dans les deux cas, l'interprétation effectuée par les juges européens s'est réalisée en privilégiant l'existence d'un contrat.

Sur le plan de la loi applicable, la possibilité de coordination des règles de conflits de lois est plus facilement envisageable. En effet, la priorité à la matière contractuelle sur le plan

¹³⁶⁸ Toutefois, parfois l'interprète peut hésiter lors du « *classement d'une question de droit dans l'une à l'autre catégorie du droit international privé du for* », (cf., P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé, Op. cit.*, p. 126 et 127).

¹³⁶⁹ B. HAFTEL, « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, p. 10.

¹³⁷⁰ En droit interne français, le risque de chevauchement entre le domaine contractuel et domaine délictuel est neutralisé grâce au « *principe du non-cumul des responsabilités et la primauté du contractuel sur le délictuel* », cf., B. HAFTEL, *Op. cit.*, p. 11 et s. ; G. VINEY, *Op. cit.*, p. 617 et s.

¹³⁷¹ *Préc.*

¹³⁷² *Préc.*

des conflits de lois existe sous forme textuelle dans le règlement Rome II. De fait, l'art. 4 §3 du règlement Rome II prévoit la possibilité de soumettre l'aspect extracontractuel d'une situation à la loi du rapport contractuel sous-jacent sur lequel vient se greffer la relation extracontractuelle par les biais d'une clause d'exception. Ainsi, la dérogation au rattachement général de la *lex loci damni* au profit du contrat permet à la règle de conflit de lois en matière contractuelle de couvrir l'ensemble des obligations. Mais la mise en œuvre de la clause d'exception supposera l'existence d'un « *lien manifestement plus étroit* », ce qui offre la possibilité au juge d'apprécier les situations qui lui sont soumises.

Cette porte ouverte par le règlement Rome II¹³⁷³ peut davantage procurer l'harmonisation de règles de conflit de lois édictées par le règlement Rome I. L'avantage d'une telle solution pour les affaires concernant la rupture abusive du contrat de concession et de franchise est de faire appliquer la loi du contrat à l'ensemble contractuel, unifiant donc indubitablement la mise en œuvre du même droit pour le litige découlant de la rupture.

§ 2- La règle de conflit de lois applicable au contrat de distribution en droit international privé brésilien

Le droit international privé brésilien a opté pour le rattachement général du lieu de la conclusion du contrat dans la LICC de 1916 et dans celle de 1942, compte tenu des avantages pratiques que la solution apporte (A). Ce critère a été également retenu dans le cadre du droit conventionnel latino-américain d'uniformisation du droit international privé à titre subsidiaire. C'est le cas du Code Bustamante (art. 186)¹³⁷⁴, ainsi que du Traité de Droit civil de Montevideo de 1940 (art. 40)¹³⁷⁵.

Néanmoins, à l'égard du contrat de concession et de franchise international, la *lex loci contractus* peut se révéler un rattachement moins approprié (B).

A- Le critère de rattachement du « lieu de la conclusion » du contrat

Le critère de rattachement du lieu de la conclusion du contrat trouve son origine dans le

¹³⁷³ Les art. 31 et 32 du règlement Rome II, lus en combinaison avec l'art. 297 TFUE, doivent être interprétés dans le sens qu'une juridiction nationale est tenue d'appliquer ce règlement uniquement aux faits, générateurs de dommages, survenus à partir du 11 janvier 2009 : CJUE 4e ch., 17 nov. 2011, *aff. C-412/10 : Homawoo c. GMF Assurances SA*, *JDI* 2012/2, p. 12, comm. C. Brière.

¹³⁷⁴ *Préc.*

¹³⁷⁵ L'art. 40 énonce que « *sont régis par la loi du lieu de leur conclusion, les actes et contrats pour lesquels il est impossible de déterminer lors de cette conclusion, le lieu où ils devraient être accomplis en vertu des règles qui précèdent* ».

droit canonique à la fin XIIème siècle et au début du XIIIème siècle¹³⁷⁶. À l'époque des grands marchés médiévaux où les contrats étaient conclus selon les coutumes locales, l'école de postglossateurs en Europe a reconnu également le critère de la *lex loci contractus*. Ce critère a donc joué un rôle très important dans la détermination de la loi applicable au contrat jusqu'au début du XXe siècle dans plusieurs systèmes juridiques comme le droit français¹³⁷⁷.

Le critère de rattachement en matière d'obligations et de contrats adopté en droit international privé brésilien est celui de la *lex loci contractus*. Ce principe a été consacré à l'art. 13 de la LICC de 1942 dans lequel « *les obligations, quant à leur substances et leurs effets, sont régies (...), par la loi du lieu où elles sont formées* ». De même, l'art. 9 de la LICC de 1916, qui est resté inchangé après la loi n° 12.376 de 2010, a conservé la même *lex contractus*, en énonçant que « *Pour qualifier et régir les obligations, la loi du pays où elles ont été constituées est applicable* ». Autrement dit, les contrats internationaux sont régis par la loi du lieu de conclusion.

En ce sens, quelques décisions ont été rendues par des tribunaux brésiliens. A titre d'exemple, dans un arrêt rendu le 17 décembre 1981, le Tribunal suprême fédéral a estimé qu'un contrat conclu au Portugal et devant être exécuté au Brésil sera régi par la loi du lieu de conclusion du contrat, c'est-à-dire par la loi portugaise¹³⁷⁸. Dans cette affaire, le tribunal a donc appliqué à titre principal le critère de rattachement établi à l'art. 9 LICC de 1942¹³⁷⁹.

En outre, il est important de remarquer que l'art. 9, §1^{er} LINDB prévoit encore une condition particulière. Si le contrat est conclu à l'étranger mais est exécuté au Brésil et dépend de forme essentielle, celle-ci sera observée selon la *lex loci executionis*. A ce propos, M. João G. Rodas indique cependant que certains auteurs ont interprété ce dispositif de la manière suivante : à savoir que la « *validité et les effets seraient régis par la loi de constitution de l'obligation, alors que l'exécution serait régie par la loi du lieu d'exécution* ». Pour lui, l'art.

¹³⁷⁶ Ce critère fut préconisé par les canonistes Joannes Faventinus, Bernadus Papiensis et Bartholomaeus Brixensi. Sur ce point, v. notamment L.-O. BAPTISTA, *Contratos Internacionais*, São Paulo, Lex Magister, 2011, p. 37.

¹³⁷⁷ En France, la *lex loci contractus* a été retenue comme critère de rattachement des contrats par la jurisprudence. L'un des principaux défenseurs de cet élément de rattachement dans la doctrine française a été le juriste Brocher : cf., D. J. JITTA, *La Substance des obligations dans le droit international privé*, La Haye, Belinfante, 1906, p. 11 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, 2e éd., t. V, Sirey, 1948. Mais il était aussi critiqué par H. Battifol. Selon l'auteur, le lieu de la conclusion du contrat est une source d'imprécision dans la mesure où chaque droit peut définir de plusieurs manières différentes ce qu'il considère par conclusion du contrat (cf., *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938, p. 3). Par ailleurs, l'Autriche et l'Italie adoptaient également la loi du lieu de conclusion du contrat en absence de choix de la loi applicable par les parties (cf. L.-O. BAPTISTA, *Op. cit.*, p. 36).

¹³⁷⁸ STF, REsp. n° 93.131-MG, *Banco do Brasil c. Champalimaud*, RTJ 1982, v.101, p. 1149.

¹³⁷⁹ STJ, REsp. n° 97099, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ : 15/06/1998, p. 00114, cité par N. de ARAUJO, *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 267; *Direito Internacional privado*, *Op. cit.*, p. 419.

9 LINDB est extrêmement clair à établir « *comme élément de rattachement pour la substance et le fond des obligations contractuelles la lex loci contractus, aussi appelée lex loci celebrationis, s'agissant des contrats conclus entre présents* »¹³⁸⁰. En revanche, s'il s'agit d'un contrat entre absents, l'art. 9, §2 LINDB prévoit que l'obligation résultant du contrat est réputée constituée au lieu de résidence du proposant¹³⁸¹. L'offre qui doit être prise en compte, dans le cadre de ce dispositif, est la dernière version dans les termes de l'art. 431 NCCB¹³⁸². Cette définition permet de localiser le rattachement de la *lex loci contractus* lorsque les parties ne se trouvent pas ensemble au moment de la conclusion du contrat¹³⁸³.

Étant donné le critère de *lex loci contractus* de l'art. 9 LINDB en droit international privé brésilien, un auteur avisé a bien relevé que le seul moyen de contourner la lettre de ce texte, est de bien choisir le lieu de conclusion du contrat – de préférence – en-dehors du Brésil¹³⁸⁴.

B- De l'opportunité d'adopter une règle de conflit de lois au contrat de concession et franchise

Nous avons exposé que le critère de rattachement en matière contractuelle fondé sur la *lex loci contractus* en droit international privé brésilien permet que le droit brésilien ou étranger soit appliqué. Il s'agit d'une règle bilatérale de conflit de lois qui permet de choisir de façon neutre le droit matériel applicable au contrat et d'indiquer le droit compétent en vertu duquel la situation juridique produira ses effets, par opposition aux méthodes de droit international privé qui indiquent immédiatement une solution matérielle donnée.

Cette dernière solution, nous le savons, a été préconisée par le règlement Rome I relatif aux contrats de distribution et de franchise (art. 4, g. et h.). Ces rattachements fixes permettent aux parties qui n'ont pas établi de loi applicable à leur contrat de désigner la loi éventuellement appliquée en cas de litige. Il s'agit, dans ce cas, d'une règle unilatérale de conflit de lois puisqu'elle établit « *un lien entre les normes matérielles d'un système juridique et les règles de droit international privé relatives à leur l'extension dans les relations internationales* »¹³⁸⁵. De plus, la méthode unilatéraliste s'explique par les objectifs

¹³⁸⁰ J. GRANDINO RODAS, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *Op. cit.*, p. 59. En ce sens, v. aussi L.-O. BAPTISTA, *Op. cit.*, p. 35.

¹³⁸¹ Selon la qualification effectuée par les règles du for, l'art. 435 du Code civil brésilien dispose que : « *le contrat sera réputé conclu dans le lieu où la proposition a été faite* ».

¹³⁸² Art. 431 : « *L'acceptation hors délai, avec des amendements, des restrictions ou des modifications, sera réputée une nouvelle proposition* » (notre traduction).

¹³⁸³ N. de ARAUJO, *Contratos Internacionais*, *Op. cit.*, p. 270.

¹³⁸⁴ L.-O. BAPTISTA, *Dos contratos internacionais*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 49.

¹³⁸⁵ M.-L. NIBOYET et G. de G. de La PRADELLE, *Op. cit.*, p. 140.

substantiels du droit international privé, à l'exemple du droit européen ici qui vise à garantir un minimum de protection au concessionnaire et au franchisé.

Toutefois, le rattachement à la loi de résidence du distributeur et du franchisé ne veut pas dire que la loi matérielle applicable sera finalement plus protectrice qu'une autre. Ce mécanisme offre tout simplement l'opportunité au distributeur et au franchisé de connaître plus facilement le contenu de la loi qui sera applicable.

Sous l'égide de la Convention de Rome, on se rappelle que la jurisprudence française avait rendu des arrêts dans lesquelles la prestation caractéristique du contrat de concession commerciale reposait sur l'activité du concédant (fournisseur). Cette solution mérite sans doute notre approbation puisque ce dernier organise la distribution de ses produits et, par conséquent, il élabore généralement le contrat qui sera proposé aux futurs concessionnaires.. C'est justement l'organisation du réseau de distribution qui impose aux contrats de concession et de franchise une certaine homogénéité. De ce fait, le contrat est rédigé en conformité avec le droit du concédant et du franchiseur, ce qui justifierait le rattachement de la règle de conflit à leur résidence. Cette solution a une double avantage : d'une part, la même loi sera applicable à tous les contrats internationaux de concession et de franchise du réseau¹³⁸⁶ et, d'autre part, la loi du concédant est fréquemment celle qui fournit le cadre légal au contrat.

En supposant que la *Convention de Mexico* sera un jour ratifiée par le Brésil, ce système ne prévoit pas de règles de conflit de lois spécifiques aux contrats de concession et de franchise. La convention propose cependant que les parties puissent choisir le droit applicable à leur contrat qu'il soit de source étatique ou non étatique. De la sorte, la ratification de la Convention de Mexico par le Brésil offrirait l'opportunité aux parties de choisir le droit applicable au contrat de concession commerciale et de franchise, encore que dans un cadre limité aux États membres signataires de la Convention (art. 1). Ceci évite que le contrat de distribution conclu au Brésil ne soit automatiquement soumis à *lex loci contractus*.

En outre, le système de la Convention prévoit également l'application de la règle qui contient les liens plus étroits avec le contrat, en l'absence d'indication de la loi qui le régira (art. 9). Nous pensons que cette solution assez flexible peut apporter satisfaction puisque le juge pourra effectivement chercher la loi la plus appropriée aux circonstances dans lesquelles

¹³⁸⁶ C'est la position de la juriste portugaise, M.-H. BRITO, « Direito aplicável ao contrato internacional de concessão comercial », in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, p. 103-157, spéc. p. 133.

le contrat s'insère. En sachant que si le contrat comporte une clause d'élection de for, le droit applicable ne doit pas être désigné en fonction du droit du for (art. 7, §2). Comme la Convention de Mexico n'aborde pas la question de la détermination de la prestation caractéristique du contrat, le juge devra au cas par cas chercher la loi applicable à partir de la qualification de la question de droit mise en cause.

Pour notre part, en l'absence du choix des parties quant au droit applicable au contrat de concession commerciale et de franchise, il sera plus cohérent que le rattachement soit effectué en fonction de la résidence ou de l'établissement où se situe le concédant ou le franchiseur. Cette solution s'aligne sur la jurisprudence française appliquée aux contrats de distribution encore sous l'égide de la Convention de Rome.

Conclusion Titre Deuxième

Le droit international privé français et le droit international privé brésilien privilégient des règles de conflits de lois distinctes afin de déterminer la loi applicable au contrat de concession et de franchise.

Il faut d'abord souligner que le système actuel préconisé en droit français est celui du règlement Rome I qui a adopté une approche dualiste des règles de conflit de lois. Ainsi, les parties peuvent librement choisir le droit applicable à leur contrat et, à défaut, choisir des rattachements fixes et ponctuels indiquant quel droit à vocation à s'appliquer au contrat de distribution et de franchise. En l'occurrence, il s'agit de la loi du pays de la résidence du distributeur et du franchiseur respectivement.

Aussi bien dans le règlement Rome I que dans la Convention de Rome, le principe de l'autonomie de la volonté des parties a été admis comme principe phare des contrats du commerce international. En revanche, en l'absence de choix des parties, la Convention de Rome dispose d'un système plus complexe de détermination de la loi applicable. Cette méthode consiste à désigner la loi applicable au contrat de concession commerciale et de franchise à partir de la localisation de la prestation caractéristique du contrat. Cette méthode plus flexible n'a toutefois pas été reprise dans le règlement Rome I qui a préféré des rattachements plus objectifs afin d'éviter des disparités au niveau de la jurisprudence européenne.

En outre, le système de la Convention de Rome a introduit le principe « du lien plus étroit » avec le contrat en vue de désigner la loi applicable au contrat. Ce système a été repris par la *Convention de Mexico* dans le cadre de l'OEA qui a également adopté le système dualiste inspiré de la Convention de Rome.

Si le Brésil ratifie la *Convention de Mexico*, l'application de cette Convention permettra davantage la réadmission du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien. A ce jour, il est uniquement possible aux parties qui concluent un contrat international de distribution au Brésil, de désigner le droit applicable à leur convention si le différend né de la relation contractuelle est soumis à l'arbitrage.

La règle admise en droit international privé brésilien, après la réforme de la Loi d'introduction au Code civil de 1942, prévoit que la loi applicable à tous les contrats internationaux conclus au Brésil est la *lex loci contractus* ou *lex loci celebrationis*. Ce

rattachement semble être inadapté au contrat international de concession commerciale et de franchise car il ne prend pas en considération l'autonomie de la volonté contractuelle. De même, il est souhaitable que les parties puissent incorporer dans leur contrat les principes et usages du commerce international reconnus par certains organismes internationaux.

L'introduction en droit international privé brésilien d'un critère de rattachement préétabli est envisageable dans le but d'assurer plus de prévisibilité et de sécurité juridique aux cocontractants. Dans cet esprit, nous dirons que le rattachement le mieux adapté aux échanges en matière de contrat de distribution, à défaut de choix des parties, sera la loi de la résidence du concédant et du franchiseur. Ce rattachement objectif permet l'application d'une même loi au sein du réseau de distribution. Cette solution est pourtant distincte de celle adoptée dans le cadre du règlement Rome I.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette étude comparée, nous pouvons dégager un certain nombre de considérations relatives à l'analyse du contrat de concession commerciale et de franchise en droit interne et en droit international privé français et brésilien. Notre recherche a eu pour objectif de révéler les principales similitudes et divergences entre ces deux contrats, grâce à l'analyse d'une vaste jurisprudence établie concernant spécialement la rupture abusive de ces contrats de distribution.

1. Le cadre juridique du contrat de concession commerciale et de franchise dans l'ordre interne : deux conceptions divergentes. Il est tout d'abord important de remarquer que l'examen du cadre juridique du contrat de concession commerciale et de franchise en droits français et brésilien fait apparaître une divergence quant à leur construction juridique.

En droit français, le contrat-cadre et le contrat d'application forment une opération unique de longue durée entre un fournisseur et un distributeur tout en conservant l'autonomie juridique de chaque contrat. Le contrat-cadre de concession commerciale et de franchise organisent les obligations générales du fournisseur et du distributeur, à savoir l'exclusivité d'approvisionnement et/ou territoriale, les principales obligations des parties pendant l'exécution du contrat par exemple la transmission de savoir-faire et l'obtention d'une licence de marque plus particulièrement dans le contrat de franchise.

En revanche, en droit brésilien, le contrat de distribution est un contrat mixte. Il résulte d'une opération juridique et économique unique représentée par un seul contrat dans lequel les parties doivent établir ses obligations mutuelles. De façon générale, les obligations des parties sont semblables en droits français et brésilien.

2. Le contrat de concession commerciale et de franchise dans l'ordre international : l'aménagement de la théorie du contrat-cadre de distribution en droit international privé français. Il faut également observer que ces différentes conceptions du contrat de distribution ne posent pas de problèmes dès lors que le litige est purement interne. Cependant, il existe des difficultés en droit international privé français relativement à la théorie du contrat-cadre de distribution. En effet, l'indépendance juridique du contrat-cadre et

du contrat d'application dévoile la complexité de cette théorie justement au moment de la désignation de la juridiction internationale compétente et de la détermination de la loi ou des règles de droit applicables, car chaque contrat peut être pris en compte individuellement.

Il est important que le juriste soit très attentif à cette particularité de la théorie du contrat-cadre en droit international privé français lors de la rédaction du contrat afin de s'assurer que la même juridiction, quelle soit étatique ou arbitrale, soit la même pour le contrat-cadre et le contrat d'application.

Une attention similaire doit être d'ailleurs portée à l'égard de la loi ou du droit applicable au contrat-cadre et à ses contrats d'application. Ici, les parties peuvent choisir la loi ou les règles de droit applicable soit à la totalité, soit à des fractions du contrat à travers le recours à la technique du dépeçage. Mais si les parties ne choisissent pas la loi applicable à leur contrat, il se peut que des instruments différents de conflit de lois aient vocation à s'appliquer, puisque la nature juridique du contrat-cadre est distincte de celle du contrat d'application. Ces derniers sont assimilés à des contrats de vente successifs.

En réalité, l'étude de la rupture abusive du contrat de distribution en droit international privé français nous a montré que la théorie du contrat-cadre et de ses contrats d'application ponctuels n'est pas aisée pour les opérateurs du commerce international. Ainsi, une des possibilités pour remédier à certaines difficultés du contrat de distribution serait la détermination du droit applicable à l'ensemble contractuel lors de la rédaction du contrat.

3. Le contrat de concession commerciale et de franchise dans l'ordre international : la nécessité de modernisation continue du droit international privé brésilien. En droit brésilien, si la théorie du contrat mixte appliquée au contrat de distribution permet une opération unique et indivisible évitant les difficultés évoquées par la théorie du contrat-cadre en droit international privé français, il faut remarquer que le système des règles de droit international privé brésilien fait émerger d'autres problématiques.

En premier lieu, l'inconstance de la jurisprudence brésilienne relativement à la validité de la clause d'élection de for insérée dans les contrats de distribution d'adhésion nécessite un encadrement juridique plus rigoureux. Pour cela, nous souhaitons que la réforme du Code de procédure civile brésilien puisse apporter une solution concrète dans le sens de privilégier le for élu par les parties. Cette réforme peut s'inspirer des solutions proposées par la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005, notamment à l'égard de l'autonomie de

la clause de l'élection de for en relation au contrat où elle s'insère, évitant ainsi l'adoption intégrale de cette Convention qui prévoit des dispositions critiquables.

En second lieu, apparaît le problème de la relégation législative du principe de l'autonomie de la volonté contractuelle dans le système des règles de droit international privé brésilien, hormis le cas où le contrat est soumis à l'arbitrage.

Dans la pratique des contrats internationaux de distribution, la clause de règlement des différends est particulièrement importante puisqu'elle s'adapte aux besoins des parties au contrat dans la mesure où l'autonomie de la volonté est amplement acceptée. C'est pourquoi nous estimons que les parties doivent pouvoir choisir la loi applicable à leur contrat. De ce fait, nous souhaitons que la *Convention de Mexico* sur le droit applicable au contrat international soit ratifiée par le Brésil. Cette ratification symboliserait une ouverture importante : le législateur brésilien ferait ainsi un pas complémentaire vers la réintroduction du principe de l'autonomie de la volonté dans les normes de droit international privé.

Il est important de souligner que la promotion du principe de l'autonomie de la volonté reste un objectif ultime des études relatives au contrat international qui vise à améliorer la coordination internationale des systèmes juridiques et en particulier à renforcer la prévisibilité juridique des solutions à travers l'application de ce principe. Tel est le cas, par exemple, de la Conférence de La Haye de droit international privé qui a entamé des travaux visant à l'adoption d'un instrument non contraignant concernant le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux¹³⁸⁷. Plus spécifiquement par rapport au contrat de franchise international, rappelons aussi que l'Unidroit a publié un guide sur les accords de franchise. Ces instruments reflètent généralement un consensus général après une étude approfondie de plusieurs systèmes juridiques qui peut donner un éclairage indispensable en matière de contrats du commerce international.

4. La rupture abusive du contrat de distribution : pour une meilleure protection du distributeur. Notre recherche comparative entre les droits français et brésilien a également démontré des convergences quant au contentieux relatif à la rupture abusive du contrat de concession commerciale et de franchise en droits français et brésilien.

¹³⁸⁷ La Conférence de La Haye a publié le 1^{er} octobre 2012, la version consolidée des travaux préparatoires menant au projet de principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, disponible sur le site internet à l'adresse suivante : www.hcch.org. Sur le sujet, v. spécialement, T. K. GRAZIANO, « Solving the riddle of conflicting choice of law clauses in battle of forms situations: the Hague solution », *Yearbook PIL* 2012/2013, vol. 14, p. 71.

Il est important de souligner que les jurisprudences française et brésilienne ont condamné l'abus de droit lors de la rupture du contrat de concession commerciale et de franchise par le recours à l'interprétation extensive de la bonne foi en tant que norme de comportement. L'application du principe de bonne foi permet donc de sanctionner l'auteur fautif de la rupture.

Par ailleurs, les droits français et brésilien ont encore stigmatisé la rupture brutale c'est-à-dire celle où l'insuffisance et l'absence d'un délai de préavis font défaut. A ce propos, les jurisprudences française et brésilienne ont démontré que pour les contrats de concession commerciale et de franchise la vérification du délai raisonnable est réalisée au cas par cas et l'ancienneté de la relation contractuelle ressort comme le critère commun d'appréciation du délai de préavis, à l'exception de la loi spécifique au contrat de concession de véhicules automobiles en droit brésilien, qui prévoit des délais de préavis légaux de rupture pour le contrat à durée déterminée et indéterminée.

Nous pensons que la protection fondée sur les droits communs français et brésilien pourrait être plus efficace et atténuer la situation de précarité du concessionnaire et du franchisé si, à la fin du contrat, ces derniers avaient droit à une indemnité compensatrice, à l'aune de celle perçue par l'agent commercial. La finalité de l'indemnité serait de réparer la perte de la clientèle fidélisée pendant des années d'activité de prospection dans l'intérêt commun de la collaboration entre fournisseur et distributeur.

5. La nature de la responsabilité découlant de la rupture abusive du contrat de distribution : des divergences de qualification en droits français et brésilien. Notre recherche a mis en exergue que l'action en responsabilité résultant de la rupture abusive du contrat de distribution a une nature distincte en droits français et brésilien.

Ainsi, en droit français, l'auteur de la rupture abusive du contrat de distribution engage sa responsabilité de nature délictuelle si le contrat est interne ou international. *A contrario*, en droit brésilien, la responsabilité de celui qui rompt le contrat de forme abusive est contractuelle et objective. Il faut observer que ces différences de qualifications concernant la nature de la responsabilité ne présentent pas de conséquences majeures lorsque le litige est soumis à l'arbitrage, car l'arbitre n'est concerné ni par les qualifications établies par les systèmes juridiques, ni par l'application des règles de conflits de lois.

En outre, il faut également constater qu'en droit français la nature de la responsabilité

engagée lors de la rupture brutale du contrat de distribution peut aussi être contractuelle dans les litiges auxquels les parties ont stipulé une clause d'élection de for. Ici, l'action garde plutôt une connotation contractuelle dès lors que tous les litiges nés du contrat sont couverts par cette clause.

Le problème se posera cependant si le contrat ne prévoit pas la compétence internationale et le droit applicable au futur litige. Dans ce cas, la jurisprudence française a l'air de privilégier la thèse de la responsabilité délictuelle. Nous savons que cette dualité de qualification quant à la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité pour la rupture abusive du contrat de distribution peut avoir des conséquences au plan de la mise en œuvre des instruments de droit international privé européen.

En ce sens, l'importance de la nouvelle jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *La Maison du Whisky* est de préciser que le contrat de concession de vente internationale est une fourniture de services. De ce fait, la règle de compétence internationale applicable pour déterminer la juridiction dans les affaires de rupture abusive est celle en matière contractuelle, spécifique au contrat de prestation de service.

6. La *lex contractus* du contrat international de distribution : L'approche comparatiste du contrat de concession commerciale et de franchise a pu mettre en relief les difficultés auxquelles le juriste international est confronté dans la pratique du commerce international.

Il est intéressant de noter que l'une des préoccupations principales du distributeur au moment d'introduire une action en justice afin de condamner l'auteur de la rupture abusive ou brutale du contrat de distribution est celle de savoir quel droit matériel sera applicable au litige et – de préférence –, qui pourra lui apporter une protection maximale dans ces circonstances.

Nous savons que le fournisseur, fréquemment le promoteur du réseau, propose au distributeur de conclure un contrat d'adhésion de concession commerciale et de franchise dans lequel il est déterminé que la loi de résidence habituelle du fournisseur régira le contrat. Ce choix n'implique pas forcément que le contenu de la loi sera plus avantageux pour le fournisseur, mais il offre l'opportunité d'une part, d'assurer une prévisibilité permettant de connaître en amont la loi qui sera applicable au litige et, d'autre part, de garantir une certaine commodité qui résulte de l'application du droit du for par le juge du for.

En ce sens, les règles de conflits de lois du droit européen reposant sur des critères de rattachements objectifs reflètent la nécessité de donner aux contrats internationaux de distribution plus de sécurité juridique. Ici, l'option retenue repose sur la loi de la résidence habituelle du distributeur et du franchisé. Mais, il faut remarquer que cette solution n'est pas gage d'une protection plus performante, car la loi matérielle appliquée peut être moins protectrice des intérêts du distributeur que celle de la résidence habituelle du fournisseur. En effet, l'avantage d'une telle solution est de permettre au distributeur en cas de litige d'appliquer son propre droit, alors que ce droit pourra être moins protecteur à son égard.

En dernier lieu, nous considérons néanmoins que la détermination de la *lex contractus* du contrat de concession et de franchise à partir des critères fixes doit tenir compte du fait que le contrat a généralement de connexions plus étroites avec la loi du fournisseur.

Pour conclure, cette thèse de droit comparé ne saurait donc être appréhendée comme un produit final mais préférablement comme la restitution de recherches et de réflexions sur le régime juridique du contrat de concession commercial et de franchise dans l'ordre interne et international en droits français et brésilien.

ANNEXE I

LOI N° 6.729 DU 28 NOVEMBRE 1979

Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

La loi dispose sur la concession commerciale entre producteurs et distributeurs de véhicules automobiles terrestres.

<p>Art. 1º</p> <p>A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.</p>	<p>Article 1</p> <p>La distribution de véhicules automobiles terrestres, sera effectuée par concession commerciale entre les producteurs et les distributeurs, régie par la présente loi et, si elle n'est pas réfutée, par les conventions prévues et par les dispositions contractuelles.</p>
<p>Art. 2º</p> <p>Considera-se:</p> <p>I - Produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;</p> <p>II - Distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;</p> <p>III - Veículo automotor, de via terrestre, o automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares;</p> <p>IV - Implemento, a máquina ou petrecho que se acopla a veículo automotor, na interação de suas finalidades;</p> <p>V - Componente, a peça ou conjunto integrante de veículo automotor ou implemento de série;</p> <p>VI - Máquina agrícola, a coineitadeira, a debulhadora, a trilhadeira e demais aparelhos similares destinados à agricultura, automotrizes ou acionados por trator ou</p>	<p>Article 2</p> <p>Est considéré comme :</p> <p>I – Producteur, l’entreprise industrielle qui réalise la fabrication ou l’assemblage de véhicules automobiles ;</p> <p>II – Distributeur, l’entreprise commerciale appartenant à cette catégorie économique, qui réalise la commercialisation de véhicules automobiles, d’accessoires et de pièces neuves, qui fournit une assistance technique pour ces produits et d’autres prestations liées à l’activité ;</p> <p>III – Véhicule automobile terrestre, la voiture, le camion, le bus, le tracteur, la motocyclette et assimilés ;</p> <p>IV – Equipement, tout type de remorque qui s’attache à un véhicule à moteur, pour l’accomplissement de ses fins ;</p> <p>V – Pièce, la pièce de rechange ou l’ensemble des pièces rajoutées en option à un véhicule automobile ou tout accessoire de série ;</p> <p>VI – Machine agricole, moissonneuse-batteuse et autres machines similaires pour l’agriculture, automotrices ou tirées par un tracteur ou une autre source d’énergie</p>

<p>outra fonte externa;</p> <p>VII - Implemento agrícola, o arado, a grade, a roçadeira e demais petrechos destinados à agricultura.</p> <p>§ 1º Para os fins desta Lei:</p> <p>a) intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário;</p> <p>b) entende-se por trator aquele destinado a uso agrícola, capaz também de servir a outros fins, excluídos os tratores de esteira, as motoniveladoras e as máquinas rodoviárias para outras destinações;</p> <p>c) caracterizar-se-ão as diversas classes de veículos automotores pelas categorias econômicas de produtores e distribuidores, e os produtos, diferenciados em cada marca, pelo produtor e sua rede de distribuição, em conjunto.</p> <p>§ 2º Excetuam-se da presente Lei os implementos e máquinas agrícolas caracterizados neste artigo, incisos VI e VII, que não sejam fabricados ou fornecidos por produtor definido no inciso I.</p>	<p>externe ;</p> <p>VII – équipement agricole, la charrue, la niveleuse, la faucheuse et autres accessoires pour l'agriculture.</p> <p>§ 1. Aux fins de la présente loi :</p> <p>a) on désigne également le producteur par le terme de concédant et le distributeur par celui de concessionnaire ;</p> <p>b) le tracteur peut être compris comme celui conçu pour un usage agricole, capable de servir à d'autres fins, à l'exclusion des tracteurs, des niveleuses routières et autres machines employées dans les travaux publics et à d'autres fins ;</p> <p>c) les différentes classes de véhicules à moteur seront caractérisées par les catégories économiques de producteurs et des distributeurs, et les produits seront différenciés dans chaque marque, par le producteur et son réseau de distribution, dans son ensemble ;</p> <p>§ 2. Sont exclus de cette loi les équipements et les machines agricoles caractérisés dans le présent article, paragraphes VI et VII, qui ne sont pas fabriqués ou fournis par le producteur au sens de l'alinéa I.</p>
<p>Art. 3º</p> <p>Constitui objeto de concessão:</p> <p>I - a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;</p> <p>II - a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;</p> <p>III - o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.</p> <p>§ 1º A concessão poderá, em cada caso:</p> <p>a) ser estabelecida para uma ou mais classes de veículos automotores;</p> <p>b) vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor.</p> <p>§ 2º Quanto aos produtos lançados pelo concedente:</p> <p>a) se forem da mesma classe daqueles compreendidos na concessão, ficarão nesta incluídos automaticamente;</p>	<p>Article 3</p> <p>Est considéré comme objet de la concession :</p> <p>I – la commercialisation de véhicules automobiles, des équipements et des pièces fabriqués ou fournis par le producteur ;</p> <p>II – la prestation d'une assistance technique pour ces produits, y compris l'entretien ou la révision ;</p> <p>III – la libre utilisation de la marque du concédant, comme moyen d'identification.</p> <p>§ 1. La concession pourra, dans chaque cas :</p> <p>a) être établie pour une ou plusieurs catégories de véhicules automobiles ;</p> <p>b) exclure la vente de véhicules automobiles neufs fabriqués ou fournis par un autre producteur.</p> <p>§ 2. En relation aux produits lancés par le concédant :</p> <p>a) si ceux-ci appartiennent à la même classe que ceux compris dans la concession, ils y seront automatiquement</p>

<p>b) se forem de classe diversa, o concessionário terá preferência em comercializá-los, se atender às condições prescritas pelo concedente para esse fim.</p> <p>§ 3º É facultado ao concessionário participar das modalidades auxiliares de venda que o concedente promover ou adotar, tais como consórcios, sorteios, arrendamentos mercantis e planos de financiamento.</p>	<p>inclus ;</p> <p>b) s'ils sont de classes différentes, le concessionnaire aura la préférence de la commercialisation, s'il satisfait aux conditions prescrites par le concédant à cet effet.</p> <p>§ 3. Le concessionnaire est autorisé à appliquer des conditions auxiliaires de vente promues ou adoptées par le concédant, telles que les consortiums, les tirages au sort, les crédits-bails et les plans de financement.</p>
<p>Art. 4º Constitui direito do concessionário também a comercialização de:</p> <p>I - implementos e componentes novos produzidos ou fornecidos por terceiros, respeitada, quanto aos componentes, a disposição do art. 8º;</p> <p>II - mercadorias de qualquer natureza que se destinem a veículo automotor, implemento ou à atividade da concessão;</p> <p>III - veículos automotores e implementos usados de qualquer marca.</p> <p>Parágrafo único. Poderá o concessionário ainda comercializar outros bens e prestar outros serviços, compatíveis com a concessão.</p>	<p>Article 4 Le concessionnaire a aussi le droit de commercialiser :</p> <p>I – des équipements et des nouvelles pièces fabriqués ou fournis par des tiers, tout en respectant, en ce qui concerne les pièces, les dispositions prévues à l'article 8 ;</p> <p>II – tous les types de produits destinés à l'automobile, aux équipements ou à l'activité de la concession ;</p> <p>III – les véhicules automobiles et les équipements utilisés pour toutes les marques.</p> <p>Paragraphe Unique. Le concessionnaire pourra commercialiser d'autres biens et d'autres services compatibles avec la concession.</p>
<p>Art. 5º São inerentes à concessão:</p> <p>I - área demarcada para o exercício das atividades do concessionário, que não poderá operar além dos seus limites;</p> <p>II - distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.</p> <p>§ 1º A área demarcada poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.</p> <p>§ 2º Na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área do domicílio do adquirente.</p> <p>§ 3º Por deliberação do concedente e sua rede de distribuição, o concessionário</p>	<p>Article 5 Sont inhérentes à la concession :</p> <p>I – la zone déterminée pour l'exécution des activités du concessionnaire, qui ne pourra pas opérer au-delà des limites de celle-ci ;</p> <p>II – les distances minimales entre les établissements appartenant aux concessionnaires du même réseau, fixées selon les critères de potentiel de marché.</p> <p>§ 1. La zone déterminée pourra contenir plus d'un concessionnaire du même réseau.</p> <p>§ 2. En cas de vente de véhicule automobile ou d'équipements neufs à un acquéreur domicilié dans une autre zone délimitée, le concessionnaire qui a réalisé la vente devra céder une partie de la marge de commercialisation aux concessionnaires appartenant à la région du domicile de l'acheteur ;</p> <p>§ 3. Le concessionnaire pourra effectuer la vente de nouvelles pièces en dehors de sa</p>

<p>poderá efetuar a venda de componentes novos fora de sua área demarcada.</p> <p>§ 4º Poderá o concessionário abrir filiais, agências ou dependências secundárias, circunscritas às distâncias mínimas entre o estabelecimento de concessionários e atendidas as condições objeto de ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição.</p>	<p>zone délimitée, s'il y a eu une délibération au préalable par le concédant et son réseau de distribution.</p> <p>§ 4. Le concessionnaire pourra ouvrir des succursales, agences ou établissements secondaires, limités à la distance minimale entre l'établissement du concessionnaire et en respectant les conditions ayant fait l'objet d'accords entre le producteur et son réseau de distribution.</p>
<p>Art. 6º É assegurada ao concedente a contratação de nova concessão:</p> <p>I - se o mercado de veículos automotores novos da marca, na área demarcada, apresentar as condições justificativas da contratação que tenham sido ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição;</p> <p>II - pela necessidade de prover vaga de concessão extinta.</p> <p>§ 1º Na hipótese de inciso I deste artigo, o concedente dará aos respectivos concessionários da área demarcada direito de preferência quanto à nova concessão, o qual caducará pelo seu não exercício no prazo de cento e oitenta dias, contado da notificação para esse fim.</p> <p>§ 2º A nova contratação não se poderá estabelecer em condições que de algum modo prejudiquem os concessionários da marca.</p>	<p>Article 6 Est assuré au concédant la réalisation d'une nouvelle concession :</p> <p>I – si le marché de nouveaux véhicules automobiles de la marque, dans la zone délimitée, présente des conditions justificatives de l'engagement préétablies entre le producteur et son réseau de distribution ;</p> <p>II – dans la nécessité de reprendre une concession échue.</p> <p>§ 1. Dans l'hypothèse de l'alinéa I du présent article, le concédant donnera à ses concessionnaires respectifs de la zone délimitée le droit de préférence quant à la nouvelle concession. Dans le cas du non exercice de ce droit, celui-ci sera échu dans les cent quatre-vingts jours à compter de la notification à cet effet.</p> <p>§ 2. Le nouvel engagement ne pourra en aucun cas établir des conditions qui nuisent aux concessionnaires de la marque.</p>
<p>Art. 7º Compreende-se na concessão a quota de veículos automotores assim estabelecida:</p> <p>I - o concedente estimará sua produção destinada ao mercado interno para o período anual subsequente, por produto diferenciado e consoante a expectativa de mercado da marca;</p> <p>II - a quota corresponderá a uma parte da produção estimada, compondo-se de produtos diferenciados, e independentes entre si, inclusive quanto às respectivas quantidades;</p> <p>III - o concedente e o concessionário ajustarão a quota que a este caberá, consoante a respectiva capacidade empresarial e desempenho de</p>	<p>Article 7 Est compris dans la concession le quota des véhicules automobiles comme suit :</p> <p>I – le concédant évaluera sa production destinée au marché intérieur pour la période annuelle suivante, par produit différencié et selon les attentes du marché de la marque ;</p> <p>II – le quota correspondra à une partie de la production estimée, constituée de produits différenciés, et indépendants entre eux, y compris les quantités respectives ;</p> <p>III – le concédant et le concessionnaire ajusteront le quota devant être atteint par ce dernier, selon la capacité de l'entreprise et la performance de la commercialisation, et</p>

<p>comercialização e conforme a capacidade do mercado de sua área demarcada.</p> <p>§ 1º O ajuste da quota independe dos estoques mantidos pelo concessionário, nos termos da presente Lei.</p> <p>§ 2º A quota será revista anualmente, podendo reajustar-se conforme os elementos constantes dos incisos deste artigo e a rotatividade dos estoques do concessionário.</p> <p>§ 3º Em seu atendimento, a quota de veículos automotores comportará ajustamentos decorrentes de eventual diferença entre a produção efetiva e a produção estimada.</p> <p>§ 4º É facultado incluir na quota os veículos automotores comercializados através das modalidades auxiliares de venda a que se refere o art. 3º, § 3º.</p>	<p>conformément à la capacité du marché en fonction de sa zone délimitée.</p> <p>§ 1. L'ajustement du quota ne dépend pas des stocks maintenus par le concessionnaire, conformément à la présente loi.</p> <p>§ 2. Le quota sera revu chaque année et peut être réajusté en conformité avec les informations contenues dans les alinéas du présent article et de la rotation des stocks du concessionnaire.</p> <p>§ 3. Dans ses applications, le quota des véhicules automobiles comportera les ajustements résultant d'une éventuelle différence entre la production effective et la production estimée.</p> <p>§ 4. Il est autorisé d'inclure dans le quota les véhicules automobiles commercialisés selon les modalités auxiliaires de vente décrites à l'article 3, § 3.</p>
<p>Art. 8º Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores pelo objeto, facultado ao concessionário haver de outros fornecedores até um quarto do valor dos componentes que adquirir em cada ano.</p> <p>Parágrafo único. Não estão sujeitas ao índice de fidelidade de compra ao concedente as aquisições que o concessionário fizer:</p> <p>a) de acessórios para veículos automotores;</p> <p>b) de implementos de qualquer natureza e máquinas agrícolas.</p>	<p>Article 8 Est prévu dans la concession un indice de fidélité d'achat de pièces de véhicules automobiles qui, autorise le concessionnaire à avoir d'autres fournisseurs jusqu'au quart de la valeur des pièces acquises chaque année.</p> <p>Paragraphe Unique Les acquisitions effectuées par le concessionnaire ne sont pas soumises à l'indice de fidélité d'achat destiné au concédant en ce qui concerne:</p> <p>a) les accessoires pour véhicules automobiles ;</p> <p>b) les équipements de toutes sortes, et les machines agricoles.</p>
<p>Art. 9º Os pedidos do concessionário e os fornecimentos do concedente deverão corresponder à quota de veículos automotores e enquadrar-se no índice de fidelidade de componentes.</p> <p>§ 1º Os fornecimentos do concedente se circunscreverão a pedidos formulados por escrito e respeitarão os limites mencionados no art. 10, §§ 1º e 2º.</p> <p>§ 2º O concedente deverá atender ao pedido no prazo fixado e, se não o fizer, poderá o concessionário cancelá-lo.</p> <p>§ 3º Se o concedente não atender os</p>	<p>Article 9 Les commandes des concessionnaires et les livraisons du concédant doivent correspondre au quota de véhicules automobiles et doivent être ajustées dans l'indice de fidélité des pièces.</p> <p>§ 1. Les approvisionnements du concédant se limiteront aux commandes formulées par écrit et ils respecteront les limites visées à l'article 10, §§ 1 et 2.</p> <p>§ 2. Le concédant devra répondre à la commande dans le délai fixé et, dans le cas contraire, le concessionnaire pourra l'annuler.</p> <p>§ 3. Si le concédant ne satisfait pas aux</p>

<p>pedidos de componentes, o concessionário ficará desobrigado do índice de fidelidade a que se refere o art. 8º, na proporção do desatendimento verificado.</p>	<p>commandes des pièces, le concessionnaire sera désengagé de l'indice de fidélité selon les termes prévus par l'article 8, dans la même proportion que les commandes qui n'auront pas été honorées.</p>
<p>Art. 10. O concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos, objeto da concessão, e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento, respeitados os limites prescritos nos §§ 1º e 2º seguintes.</p> <p>§ 1º É facultado ao concessionário limitar seu estoque:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) de veículos automotores em geral a sessenta e cinco por cento e de caminhões em particular a trinta por cento da atribuição mensal das respectivas quotas anuais por produto diferenciado, ressalvado o disposto na alínea b seguinte; b) de tratores, a quatro por cento da quota anual de cada produto diferenciado; c) de implementos, a cinco por cento do valor das respectivas vendas que houver efetuado nos últimos doze meses; d) de componentes, o valor que não ultrapasse o preço pelo qual adquiriu aqueles que vendeu a varejo nos últimos três meses. <p>§ 2º Para efeito dos limites previstos no parágrafo anterior, em suas alíneas a e b, a cada seis meses será comparada a quota com a realidade do mercado do concessionário, segundo a comercialização por este efetuada, reduzindo-se os referidos limites na proporção de eventual diferença a menor das vendas em relação às atribuições mensais, consoante os critérios estipulados entre produtor e sua rede de distribuição.</p> <p>§ 3º O concedente reparará o concessionário do valor do estoque de componentes que alterar ou deixar de fornecer, mediante sua recompra por preço atualizado à rede de distribuição ou</p>	<p>Article 10 Le concédant pourra exiger du concessionnaire de maintenir le stock en proportion de la rotation de nouveaux produits, objet de la concession, et adapté à la nature de la clientèle de l'établissement, en respectant les limites prescrites dans les §§ 1 et 2 ci-dessous.</p> <p>§ 1. Le concessionnaire est autorisé à limiter son stock :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) de véhicules automobiles en général, à soixante-cinq pour cent, et des camions en particulier à trente pour cent de l'attribution mensuelle de leur quota annuel de produits différenciés, à l'exception prévue à l'alinéa b) ci-dessous ; b) des tracteurs, à quatre pour cent du quota annuel pour chaque produit différencié ; c) d'équipements, à cinq pour cent de la valeur de leurs ventes respectives qu'il aura effectuées au cours des douze derniers mois; d) des pièces, si la valeur acquise de celles-ci ne dépasse pas le prix de vente au détail au cours des trois derniers mois. <p>§ 2. Dans le respect des limites prévues dans le paragraphe précédent, dans ses alinéas a) et b), tous les six mois, le quota sera comparé avec la réalité du marché du concessionnaire, en fonction de la commercialisation effectuée par celui-ci, en réduisant ces limites, dans la proportion d'une éventuelle baisse des ventes par rapport aux objectifs mensuels, selon les critères stipulés entre le producteur et son réseau de distribution.</p> <p>§ 3. Le concédant devra indemniser le concessionnaire de la valeur du stock des pièces qu'il modifie ou cesse de fournir, par rapport au prix de rachat mis à jour par le réseau de distribution ou de substitution</p>

<p>substituição pelo sucedâneo ou por outros indicados pelo concessionário, devendo a reparação dar-se em um ano da ocorrência do fato.</p>	<p>par le succédant ou par d'autres désignés par le concessionnaire. L'indemnisation devra être versée dans un délai d'un an à compter de ce fait.</p>
<p>Art. 11. O pagamento do preço das mercadorias fornecidas pelo concedente não poderá ser exigido, no todo ou em parte, antes do faturamento, salvo ajuste diverso entre o concedente e sua rede de distribuição. Parágrafo único. Se o pagamento da mercadoria preceder a sua saída, esta se dará até o sexto dia subsequente àquele ato.</p>	<p>Article 11 Le paiement du prix des marchandises livrées par le concédant ne peut être réclamé, en totalité ou en partie, avant la facturation, sauf accord différent passé entre le concédant et son réseau de distribution. Paragraphe Unique. Si le paiement de la marchandise précède sa livraison, celle-ci se produira jusqu'au sixième jour suivant cet acte.</p>
<p>Art. 12. O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda. Parágrafo único. Ficam excluídas da disposição deste artigo: a) operações entre concessionários da mesma rede de distribuição que, em relação à respectiva quota, não ultrapassem quinze por cento quanto a caminhões e dez por cento quanto aos demais veículos automotores; b) vendas que o concessionário destinar ao mercado externo.</p>	<p>Article 12 Le concessionnaire pourra seulement procéder à la vente de véhicules automobiles neufs directement aux consommateurs. La vente pour la revente est interdite. Paragraphe Unique. Sont exclues de la disposition du présent article : a) les opérations entre les concessionnaires du même réseau de distribution qui, par rapport à leurs quotas, ne peuvent excéder quinze pour cent des camions et dix pour cent des autres automobiles ; b) les ventes des concessionnaires destinées aux marchés étrangers.</p>
<p>Art. 13. As mercadorias objeto da concessão deverão ser vendidas pelo concessionário ao preço fixado pelo concedente. Parágrafo único. A esses preços poderá ser acrescido o valor do frete, seguro e outros encargos variáveis de remessa da mercadoria ao concessionário e deste para o respectivo adquirente.</p>	<p>Article 13 Les biens objets de la concession devront être vendus par le concessionnaire au prix fixé par le concédant. Paragraphe Unique. A ces prix peuvent être ajoutés la valeur du fret, l'assurance et les autres coûts variables de l'expédition des marchandises au concessionnaire et ensuite à son acquéreur.</p>
<p>Art. 14. A margem de comercialização do concessionário nas mercadorias objeto da concessão terá seu percentual incluído no preço ao consumidor. Parágrafo único. É vedada a redução pelo concedente da margem percentual de comercialização, salvo casos excepcionais objeto de ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição.</p>	<p>Article 14 La marge de commercialisation du concessionnaire dans les marchandises objets de la concession aura son pourcentage inclus dans le prix pour le consommateur. Paragraphe unique. Il est interdit au concédant de réduire le pourcentage de la marge de commercialisation, sauf dans des cas exceptionnels soumis à l'accord entre le producteur et son réseau de distribution.</p>
<p>Art. 15. O concedente poderá efetuar vendas diretas</p>	<p>Article 15 Le concédant pourra effectuer des ventes</p>

<p>de veículos automotores.</p> <p>I - independentemente da atuação ou pedido de concessionário:</p> <p>a) à Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Corpo Diplomático;</p> <p>b) a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição;</p> <p>II - através da rede de distribuição:</p> <p>a) às pessoas indicadas no inciso I, alínea a, incumbindo o encaminhamento do pedido a concessionário que tenha esta atribuição;</p> <p>b) a frotistas de veículos automotores, expressamente caracterizados, cabendo unicamente aos concessionários objetivar vendas desta natureza;</p> <p>c) a outros compradores especiais, facultada a qualquer concessionário a apresentação do pedido.</p> <p>§ 1º Nas vendas diretas, o concessionário fará jus ao valor da contraprestação relativa aos serviços de revisão que prestar, na hipótese do inciso I, ou ao valor da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida, na hipótese do inciso II deste artigo.</p> <p>§ 2º A incidência das vendas diretas através de concessionário, sobre a respectiva quota de veículos automotores, será estipulada entre o concedente e sua rede de distribuição.</p>	<p>directes de véhicules automobiles :</p> <p>I – indépendamment de la participation ou de la commande du concessionnaire :</p> <p>a) à l’Administration Publique, directe ou indirecte, ou au corps diplomatique ;</p> <p>b) aux autres acheteurs spéciaux, dans les limites préalablement définies avec son réseau de distribution ;</p> <p>II – au travers de son réseau de distribution :</p> <p>a) aux personnes indiquées dans le paragraphe I, alinéa a), en laissant la charge de la demande au concessionnaire à qui revient ladite attribution ;</p> <p>b) aux exploitants de parcs de véhicules, expressément définis, en laissant aux concessionnaires la conclusion des ventes de cette nature ;</p> <p>c) aux autres acheteurs spéciaux, en autorisant le traitement de la commande à tout concessionnaire.</p> <p>§ 1. En vente directe, le concessionnaire aura droit à la valeur de la contrepartie sur les services de révision, dans l’hypothèse du paragraphe I, ou de la valeur de la marge de commercialisation correspondant aux produits vendus, dans l’hypothèse du paragraphe II de cet article.</p> <p>§ 2. L’incidence des ventes directes par le biais du concessionnaire, sur son quota respectif de véhicules automobiles, sera fixée entre le concédant et son réseau de distribution.</p>
<p>Art. 16.</p> <p>A concessão compreende ainda o resguardo de integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição, ficando vedadas:</p> <p>I - prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios;</p> <p>II - exigência entre concedente e concessionário de obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas;</p> <p>III - diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a</p>	<p>Article 16</p> <p>La concession comprend également la protection de l’intégrité de la marque et les intérêts collectifs du concédant et de son réseau de distribution. Est interdit :</p> <p>I – la réalisation d’actes par lesquels le concédant lie le concessionnaire à des conditions de subordination économique, juridique ou administrative ou qui constituent une entrave à la gestion de ses affaires ;</p> <p>II – l’exigence, entre le concédant et le concessionnaire, d’obligation qui n’a pas été constituée par écrit ou des garanties supérieures à la valeur et à la durée des obligations contractées ;</p> <p>III – une différenciation de traitement entre le concédant et le concessionnaire</p>

<p>encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar.</p>	<p>concernant les charges financières et les délais d'obligations qui peuvent être assimilés.</p>
<p>Art. 17. As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:</p> <p>I - as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores, cada uma representada pela respectiva entidade civil ou, na falta desta, por outra entidade competente, qualquer delas sempre de âmbito nacional, designadas convenções das categorias econômicas;</p> <p>II - cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.</p> <p>§ 1º Qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no Cartório competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem contra terceiros em todo território nacional.</p> <p>§ 2º Independentemente de convenções, a entidade representativa da categoria econômica ou da rede de distribuição da respectiva marca poderá diligenciar a solução de dúvidas e controvérsias, no que tange às relações entre concedente e concessionário.</p>	<p>Article 17 Les relations qui font l'objet de la présente loi sont également régies par des conventions qui, à la demande du producteur ou de l'une des entités mentionnées ci-dessous, devront être conclues avec force de loi entre :</p> <p>I – les catégories économiques de producteurs et de distributeurs de véhicules automobiles, représentés chacun par leur entité civile ou, à défaut, par une autre entité compétente, peu importe lesquelles à l'échelle nationale, désignées par les conventions des catégories économiques ;</p> <p>II – chaque producteur et son réseau de distribution, ce dernier étant représenté par l'entité civile à l'échelle nationale, désigné par les conventions de la marque.</p> <p>§ 1. Quels que soient les signataires des actes mentionnés dans le présent article, ils peuvent procéder à l'enregistrement auprès du notaire compétent du District Fédéral et de la publication au Journal Officiel afin de produire des effets au tiers dans le territoire national.</p> <p>§ 2. Indépendamment des conventions, l'entité représentative de la catégorie économique ou du réseau de distribution de la marque respective pourra demander la solution des doutes et des conflits, en ce qui concerne les relations entre le concédant et le concessionnaire.</p>
<p>Art. 18. Celebrar-se-ão convenções das categorias econômicas para:</p> <p>I - explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores;</p> <p>II - declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição;</p> <p>III - resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição;</p> <p>IV - disciplinar, por juízo declaratório, assuntos pertinentes às convenções da marca, por solicitação de produtor ou entidade representativa da respectiva rede</p>	<p>Article 18 Les conventions de catégories économiques seront établies pour :</p> <p>I – énoncer les principes et les règles de l'intérêt des producteurs et des distributeurs de véhicules automobiles ;</p> <p>II – déclarer l'entité civile représentative du réseau de distribution ;</p> <p>III – résoudre, par décision arbitrale, les questions soumises par le producteur et par l'entité représentative de son réseau respectif de distribution ;</p> <p>IV – réguler, par les jugements déclaratoires, les questions relatives aux conventions de la marque, à la demande du producteur ou de l'entité représentative de</p>

de distribuição.	leur réseau de distribution.
<p>Art. 19. Celebrar-se-ão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a:</p> <p>I - atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão (art. 3º, inciso II);</p> <p>II - uso gratuito da marca do concedente (art. 3º, inciso III);</p> <p>III - inclusão na concessão de produtos lançados na sua vigência e modalidades auxiliares de venda (art. 3º § 2º, alínea a ; § 3º);</p> <p>IV - comercialização de outros bens e prestação de outros serviços (art. 4º, parágrafo único);</p> <p>V - fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos (art. 5º, incisos I e II; § 4º);</p> <p>VI - venda de componentes em área demarcada diversa (art. 5º, § 3º);</p> <p>VII - novas concessões e condições de mercado para sua contratação ou extinção de concessão existente (art. 6º, incisos I e II);</p> <p>VIII - quota de veículos automotores, reajustes anuais, ajustamentos cabíveis, abrangência quanto a modalidades auxiliares de venda (art. 7º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º) e incidência de vendas diretas (art. 15, § 2º);</p> <p>IX - pedidos e fornecimentos de mercadoria (art. 9º);</p> <p>X - estoques do concessionário (art. 10 e §§ 1º e 2º);</p> <p>XI - alteração de época de pagamento (art. 11);</p> <p>XII - cobrança de encargos sobre o preço da mercadoria (art. 13, parágrafo único);</p> <p>XIII - margem de comercialização, inclusive quanto a sua alteração em casos excepcionais (art. 14 e parágrafo único), seu percentual atribuído a concessionário de domicílio do comprador (art. 5º § 2º);</p> <p>XIV - vendas diretas, com especificação de compradores especiais, limites das vendas pelo concedente sem mediação de</p>	<p>Article 19 Les conventions de la marque seront réalisées pour établir des normes et des procédures relatives :</p> <p>I – à l'accueil de véhicules automobiles en garantie ou en révision (article 3, II) ;</p> <p>II – à l'utilisation gratuite de la marque du concédant (article 3, III) ;</p> <p>III – à l'inclusion dans la concession des produits lancés dans sa durée et des modalités auxiliares à la vente (article. 3, § 2, alinéa a, § 3) ;</p> <p>IV – à la commercialisation d'autres produits et à la prestation d'autres services (article 4, paragraphe unique) ;</p> <p>V – à la définition de la zone délimitée et des distances minimales, de l'ouverture de succursales et d'autres établissements (article 5, paragraphes I et II; §4) ;</p> <p>VI – à la vente de pièces en différentes zones délimitées (article 5, §3) ;</p> <p>VII – à de nouvelles concessions et conditions de marché dans leurs contrats ou à la résiliation de concession existante (article 6, paragraphes I et II) ;</p> <p>VIII – au quota de véhicules automobiles, aux ajustements annuels, aux aménagements raisonnables, à l'inclusion de modalités auxiliares de vente (article 7, paragraphes 1, 2, 3 et 4) et à l'incidence des ventes directes (article 15, § 2) ;</p> <p>IX – aux commandes et aux livraisons de biens (article 9) ;</p> <p>X – aux stocks du concessionnaire (article 10 et § 1 et 2) ;</p> <p>XI – au changement de la date de paiement (article 11) ;</p> <p>XII – au recouvrement de charges sur le prix des marchandises (article 13, paragraphe unique) ;</p> <p>XIII – à la marge de commercialisation, y compris sa modification en cas exceptionnels (article 14 et paragraphe unique), à son pourcentage attribué au concessionnaire situé dans la zone de résidence de l'acheteur (article 5 § 2) ;</p> <p>XIV – aux ventes directes, avec la spécification des acheteurs spéciaux, aux limites des ventes par le concédant sans la</p>

<p>concessionário, atribuição de faculdade a concessionários para venda à Administração Pública e ao Corpo Diplomático, caracterização de frotistas de veículos automotores, valor de margem de comercialização e de contraprestação de revisões, demais regras de procedimento (art. 15, § 1º);</p> <p>XV - regime de penalidades gradativas (art. 22, § 1º);</p> <p>XVI - especificação de outras reparações (art. 24, inciso IV);</p> <p>XVII - contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (art. 28);</p> <p>XVIII - outras matérias previstas nesta Lei e as que as partes julgarem de interesse comum.</p>	<p>participation du concessionnaire, à l'attribution d'autorisation aux concessionnaires pour la vente à l'Administration Publique et au corps diplomatique, à la caractérisation des exploitants de parcs de véhicules, à la valeur de la marge de commercialisation et de contreparties de révisions et aux autres règles de procédure (article 15, § 1) ;</p> <p>XV – au système de pénalités progressives (article 22, § 1) ;</p> <p>XVI – à la spécification d'autres réparations (article 24, paragraphe IV) ;</p> <p>XVII – à la réalisation de contrats de prestation d'assistance technique et à la commercialisation de pièces (article 28) ;</p> <p>XVIII – à d'autres questions prévues par la présente loi et à celles que les parties jugent d'intérêt commun.</p>
<p>Art. 20. A concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores será ajustada em contrato que obedecerá forma escrita padronizada para cada marca e especificará produtos, área demarcada, distância mínima e quota de veículos automotores, bem como as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário.</p>	<p>Article 20 La concession commerciale entre producteurs et distributeurs de véhicules automobiles sera réglée par le contrat qui respectera la forme écrite standardisée pour chaque marque et qui spécifiera les produits, la zone délimitée, la distance minimale et le quota de véhicules automobiles, ainsi que les conditions relatives aux exigences financières, à l'organisation administrative et comptable, à la capacité technique, aux installations, aux équipements et à la main-d'œuvre qualifiée du concessionnaire.</p>
<p>Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado e somente cessará nos termos desta Lei.</p> <p>Parágrafo único. O contrato poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.</p>	<p>Article 21 La concession commerciale entre le producteur et le distributeur de véhicules automobiles sera de durée indéterminée et ne cessera qu'en vertu de la présente loi.</p> <p>Paragraphe unique. Le contrat sera initialement établi pour une durée déterminée, d'au moins cinq ans, et deviendra automatiquement de durée indéterminée si aucune des parties n'exprime son intention de ne pas prolonger le contrat en respectant un préavis de cent quatre-vingts jours avant expiration et par le biais d'une notification par écrit, avec accusé de réception.</p>
<p>Art. 22. Dar-se-á a resolução do contrato: I - por acordo das partes ou força maior;</p>	<p>Article 22 La résiliation du contrat se produira : I – par accord mutuel des parties ou par</p>

<p>II - pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão, salvo se prorrogado nos termos do artigo 21, parágrafo único;</p> <p>III - por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo desta Lei, das convenções ou do próprio contrato, considerada infração também a cessação das atividades do contraente.</p> <p>§ 1º A resolução prevista neste artigo, inciso III, deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas.</p> <p>§ 2º Em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução.</p>	<p>force majeure ;</p> <p>II – à l’expiration du délai déterminé établi au début de la concession, sauf prolongation indiquée dans l'article 21, paragraphe unique ;</p> <p>III – à l'initiative de la partie innocente, en raison de la violation d'une disposition de la présente loi, des conventions ou du contrat lui-même. La cessation des activités du contractant est également considérée comme une infraction.</p> <p>§ 1 La résiliation prévue dans le présent article, paragraphe III, devra être précédée par l'application de sanctions graduées.</p> <p>§ 2 Dans tous les cas de résiliation du contrat, les parties auront droit au délai nécessaire à la cessation de leurs relations et des opérations du concessionnaire, qui ne peut être inférieur à cent vingt jours à compter de la date de résiliation.</p>
<p>Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a:</p> <p>I - readquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição:</p> <p>II - comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário.</p> <p>Parágrafo único. Cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.</p>	<p>Article 23 Le concédant, qui ne prolongera pas le contrat selon les termes de l’article 21, paragraphe unique, sera obligé auprès du concessionnaire de :</p> <p>I – lui racheter le stock de voitures automobiles et les nouvelles pièces, celles-ci étant dans leur emballage d'origine, au prix de vente du réseau de distribution, à compter de la date de rachat :</p> <p>II – lui racheter les équipements, les machines, les outillages et les installations à la concession, au prix du marché correspondant à l’état dans lequel ils se trouvent et dont l’acquisition a été déterminée par le concédant ou dont il a eu préalablement connaissance, par écrit et sans opposition immédiate et documentée, à l’exclusion de tous les immeubles du concessionnaire.</p> <p>Paragraphe unique. Le concessionnaire prenant l’initiative de ne pas prolonger le contrat, sera exonéré de toute indemnité due au concédant.</p>
<p>Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário:</p>	<p>Article 24 Si le concédant donne lieu à la résiliation du contrat à durée indéterminée, il devra indemniser le concessionnaire :</p>

<p>I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;</p> <p>II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II;</p> <p>III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;</p> <p>IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.</p>	<p>I – en rachetant le stock de véhicules automobiles, les équipements et les pièces neuves, au prix de vente au consommateur en vigueur à la date de résiliation du contrat ;</p> <p>II – en effectuant l'achat prévu dans l'article 23, paragraphe II ;</p> <p>III – en lui versant des dommages et intérêts au taux de quatre pour cent des recettes prévues pour une période égale à la somme d'une partie fixe de dix-huit mois et d'une partie variable de trois mois, par période de cinq ans de validité d'exploitation de la concession ; la projection s'appuyant sur le bénéfice consolidé relatif à la concession que le concessionnaire a obtenu dans les deux ans avant la résiliation ;</p> <p>IV – en lui concédant toute autre réparation éventuellement définie entre le producteur et son réseau de distribution.</p>
<p>Art. 25. Se a infração do concedente motivar a rescisão do contrato de prazo determinado, previsto no art. 21, parágrafo único, o concessionário fará jus às mesmas reparações estabelecidas no artigo anterior, sendo que:</p> <p>I - quanto ao inciso III, será a indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado;</p> <p>II - quanto ao inciso IV, serão satisfeitas as obrigações vicendas até o termo final do contrato rescindido.</p>	<p>Article 25 Dans le cas où l'infraction du concédant motiverait la résiliation du contrat prévue à l'article 21, paragraphe unique, le concessionnaire aurait droit aux mêmes indemnités établies dans l'article précédent. Il serait ainsi établi que dans :</p> <p>I – le paragraphe III, l'indemnisation serait calculée sur les recettes prévues d'ici la fin du contrat et, si la concession n'atteignait pas deux années, la projection serait fondée sur la facturation accomplie jusqu'ici ;</p> <p>II – le paragraphe IV, les obligations émises avant leur date d'échéance seraient respectées jusqu'au terme final du contrat résilié.</p>
<p>Art. 26. Se o concessionário der causa à rescisão do contrato, pagará ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento do valor total das mercadorias que dele tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato.</p>	<p>Article 26 Si le concessionnaire donne lieu à la résiliation du contrat, il devra payer au concédant une indemnité équivalente à cinq pour cent de la valeur totale des biens qu'il a acquis au cours des quatre derniers mois de contrat.</p>
<p>Art . 27. Os valores devidos nas hipóteses dos artigos 23, 24, 25 e 26 deverão ser pagos dentro de sessenta dias da data da extinção da concessão e, no caso de mora, ficarão</p>	<p>Article 27 Les montants dus dans l'hypothèse des articles 23, 24, 25 et 26 devront être payés dans les soixante jours à compter de la date de résiliation de la concession et dans le cas</p>

<p>sujeitos a correção monetária e juros legais, a partir do vencimento do débito.</p>	<p>de retard de paiement, ils devront être soumis à l'actualisation et aux intérêts légaux à partir de l'échéance de la dette.</p>
<p>Art. 28. As contratações do concedente que tenham por objeto exclusivamente a prestação de assistência técnica ou a comercialização de componentes dependerão de ajuste com a rede de distribuição de veículos automotores e deverão, em qualquer caso, respeitar os direitos e interesses desta. Parágrafo único. As contratações a que se refere este artigo serão aplicados, no que couber, os dispositivos desta Lei.</p>	<p>Article 28 Les contrats réalisés par le concédant qui ont pour objet exclusivement la prestation d'une assistance technique ou la commercialisation de pièces dépendront d'accords avec le réseau de distribution de véhicules automobiles et devront, dans tous les cas, respecter les droits et les intérêts de celui-ci. Paragraphe unique. Les contrats visés dans le présent article sont soumis, en ce qui les concerne, aux dispositions de la présente loi.</p>
<p>Art. 29. As disposições do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, com a redação dada pelo Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, não se aplicam às operações de compra de mercadorias pelo concessionário, para fins de comercialização.</p>	<p>Article 29 Les dispositions de l'article 66 de la loi n. 4728, du 14 juillet 1965, avec la rédaction modifiée par le décret-loi n. 911, du 1^{er} octobre 1969, ne s'appliquent pas aux achats de marchandises par le concessionnaire, à des fins de commercialisation.</p>
<p>Art. 30. A presente Lei aplica-se às situações existentes entre concedentes e concessionários, sendo consideradas nulas as cláusulas dos contratos em vigor que a contrariem. § 1º As redes de distribuição e os concessionários individualmente continuarão a manter os direitos e garantias que lhes estejam assegurados perante os respectivos produtores por ajustes de qualquer natureza, especialmente no que se refere a áreas demarcadas e quotas de veículos automotores, ressalvada a competência da convenção da marca para modificação de tais ajustes. § 2º As entidades civis a que se refere o art. 17, inciso II, existentes à data em que esta Lei entrar em vigor, representarão a respectiva rede de distribuição.</p>	<p>Article 30 La présente loi s'applique aux situations entre les concédants et les concessionnaires, en considérant comme nulles les clauses des contrats en vigueur qui les réfutent. § 1. Les réseaux de distribution et les concessionnaires continueront individuellement à maintenir les droits et les garanties qu'ils leurs sont assurés auprès de leurs producteurs respectifs par des accords de toute nature, notamment en ce qui concerne les zones délimitées et les quotas de véhicules automobiles, sous réserve de la compétence de la convention de la marque de modifier ces accords. § 2. Les entités civiles visées à l'article 17, paragraphe II, existantes à la date à laquelle la présente loi entre en vigueur, représenteront son réseau respectif de distribution.</p>
<p>Art. 31. Tornar-se-ão de prazo indeterminado, nos termos do art. 21, as relações contratuais entre produtores e distribuidores de veículos automotores que já tiverem somado três anos de vigência à data em que a presente Lei</p>	<p>Article 31 Conformément à l'article 21, la validité des relations contractuelles entre producteurs et distributeurs de véhicules automobiles dépassant une durée effective de trois années à compter de la date à laquelle la présente loi</p>

<p>entrar em vigor.</p>	<p>entre en vigueur, se verra conférer une durée indéterminée.</p>
<p>Art. 32. Se não estiver completo o lapso de três anos a que se refere o artigo anterior, o distribuidor poderá optar:</p> <p>I - pela prorrogação do prazo do contrato vigente por mais cinco anos, contados na data em que esta Lei entrar em vigor;</p> <p>II - pela conservação do prazo contratual vigente.</p> <p>§ 1º A opção a que se refere este artigo deverá ser feita em noventa dias, contados da data em que esta Lei entrar em vigor, ou até o término do contrato, se menor prazo lhe restar.</p> <p>§ 2º Se a opção não se realizar, prevalecerá o prazo contratual vigente.</p> <p>§ 3º Tornar-se-á de prazo indeterminado, nos termos do art. 21, o contrato que for prorrogado até cento e oitenta dias antes do vencimento dos cinco anos, na hipótese do inciso I, ou até a data do seu vencimento, na hipótese do inciso II ou do § 2º, deste artigo.</p> <p>§ 4º Aplicar-se-á o disposto no art. 23, se o contrato não for prorrogado nos prazos mencionados no parágrafo anterior.</p>	<p>Article 32 Si la période de trois ans visée à l'article précédent n'était pas atteinte, le distributeur pourra opter :</p> <p>I – pour la prolongation du contrat existant pour cinq ans de plus, à compter de la date à laquelle la présente loi entrera en vigueur ;</p> <p>II – pour la conservation de la durée contractuelle en cours.</p> <p>§ 1. L'option à laquelle se réfère cet article doit être retenue dans les quatre-vingt-dix jours à compter de la date à laquelle la présente loi entrera en vigueur, ou jusqu'à l'expiration du contrat, s'il lui reste moins de temps.</p> <p>§ 2. Si ladite option n'était pas retenue, la durée contractuelle en cours prévaudra.</p> <p>§ 3. Serait considéré à durée indéterminée, conformément à l'article 21, le contrat qui aura été prolongé de cent quatre-vingts jours avant l'expiration du terme de cinq ans, dans l'hypothèse du paragraphe I, ou jusqu'à la date d'expiration, dans l'hypothèse du paragraphe II ou du § 2 du présent article.</p> <p>§ 4. La disposition de l'article 23 sera appliquée, si le contrat n'a pas été prolongé dans les délais mentionnés dans le paragraphe précédent.</p>
<p>Art. 33. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.</p> <p>Brasília, em 28 de novembro de 1979; 158º da Independência e 91º da República.</p> <p>JOÃO FIGUEIREDO <i>João Camilo Penna</i></p>	<p>Article 33 Cette loi entrera en vigueur à la date de sa publication et les dispositions contraires seront dérogées.</p> <p>Brasilia, le 28 novembre 1979 ; 158^{eme} de l'Indépendance et 91^{eme} de la République.</p> <p>JOÃO FIGUEIREDO <i>João Camilo Penna</i></p>

Loi n° 8.132 du 26 décembre 1990 portant modification des articles 2, 5, 6, 8, 13 et 28 et abrogeant l'article 14 de la Loi n° 6.729 du 28 novembre 1979.

Art. 2°

Consideram-se:

I - Produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II - Distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

III - Veículo automotor, de via terrestre, o automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares;

IV - Implemento, a máquina ou petrecho que se acopla o veículo automotor, na interação de suas finalidades;

V - Componente, a peça ou conjunto integrante do veículo automotor ou implemento de série;

VI - Máquina agrícola, a colheitadeira, a debulhadora, a trilhadeira e demais aparelhos similares destinados à agricultura, automotrizes ou acionados por trator ou outra fonte externa;

VII - Implemento agrícola, o arado, a grade, a roçadeira e demais petrechos destinados à agricultura;

VIII - Serviço autorizado, a empresa comercial que presta serviços de assistência a proprietários de veículos automotores, assim como a empresa que comercializa peças e componentes.

§ 1° Para os fins desta lei:

a) intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário;

b) entende-se por trator aquele destinado a uso agrícola, capaz também de servir a outros fins, excluídos os tratores de esteira, as motoniveladoras e as máquinas rodoviárias para outras destinações;

Article 2

Est considéré comme :

I – Producteur, l'entreprise industrielle qui réalise la fabrication ou l'assemblage de véhicules automobiles ;

II – Distributeur, l'entreprise commerciale appartenant à cette catégorie économique, qui réalise la commercialisation de véhicules automobiles, d'accessoires et de pièces neuves, qui fournit une assistance technique pour ces produits et d'autres prestations liées à l'activité ;

III – Véhicule automobile terrestre, la voiture, le camion, le bus, le tracteur, la motocyclette et assimilés ;

IV – Equipement, tout type de remorque qui s'attache à un véhicule à moteur, pour l'accomplissement de ses fins ;

V – Pièce, la pièce de rechange ou l'ensemble des pièces rajoutées en option à un véhicule automobile ou tout accessoire de série ;

VI – Machine agricole, moissonneuse-batteuse et autres machines similaires pour l'agriculture, automotrices ou tirées par un tracteur ou une autre source d'énergie externe ;

VII – Equipement agricole, la charrue, la niveleuse, la faucheuse et autres accessoires pour l'agriculture ;

VIII – Service autorisé, l'entreprise commerciale soustrayant des services techniques aux propriétaires de véhicules automobiles, ainsi qu'à des entreprises qui commercialisent des pièces et équipements.

§ 1. Aux fins de la présente loi :

a) on désigne également le producteur par le terme de concédant et le distributeur par celui de concessionnaire ;

b) le tracteur peut être compris comme celui conçu pour un usage agricole, capable de servir à d'autres fins, à l'exclusion des tracteurs, des niveleuses routières et autres machines employées

<p>c) caracterizar-se-ão as diversas classes de veículos automotores pelas categorias econômicas de produtores e distribuidores, e os produtos, diferenciados em cada marca, pelo produtor e sua rede de distribuição, em conjunto.</p> <p>§ 2º Excetuam-se da presente lei os implementos e máquinas agrícolas caracterizados neste artigo, incisos VI e VII, que não sejam fabricados por produtor definido no inciso I.</p>	<p>dans les travaux publics et à d'autres fins ;</p> <p>c) les différentes classes de véhicules à moteur seront caractérisées par catégories économiques de producteurs et des distributeurs, et les produits seront différenciés dans chaque marque, par le producteur et son réseau de distribution, dans son ensemble ;</p> <p>§ 2. Sont exclus de cette loi les équipements et les machines agricoles caractérisés dans le présent article, paragraphes VI et VII, qui ne sont pas fabriqués ou fournis par le producteur au sens de l'alinéa I.</p>
<p>Art. 5º São inerentes à concessão:</p> <p>I - área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades;</p> <p>II - distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.</p> <p>§ 1º A área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.</p> <p>§ 2º O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.</p> <p>§ 3º O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta lei em qualquer concessionário.</p> <p>§ 4º Em convenção de marca serão fixados os critérios e as condições para ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante, vedada qualquer disposição de limite à faculdade prevista no parágrafo anterior.</p>	<p>Article 5 Sont inhérentes à la concession :</p> <p>I – une zone opérationnelle pour l'exécution des activités du concessionnaire et sous sa responsabilité ;</p> <p>II – les distances minimales entre les établissements appartenant aux concessionnaires du même réseau, fixées selon les critères de potentiel de marché.</p> <p>§ 1. La zone opérationnelle pourra contenir plus d'un concessionnaire du même réseau.</p> <p>§ 2. Le concessionnaire est obligé à commercialiser des véhicules automobiles, d'équipements, des pièces et des machines agricoles de voie terrestre et, de mettre à disposition des services concernant ses ventes, selon les conditions stipulées dans le contrat de concession commerciale. Cependant, Il est défendu au concessionnaire de développer ses activités en dehors de la zone opérationnelle directement ou par les biais de préposés.</p> <p>§ 3. Le consommateur peut choisir librement le concessionnaire chez qui il pourra acquérir des biens et services qui font l'objet de cette loi.</p> <p>§ 4. Dans les accords entre le producteur et son réseau de distribution, seront fixés les critères et les conditions de remboursement du concessionnaire ou du prestataire de service autorisé qui fournit des services d'entretien obligatoires conformément à la garantie accordée par</p>

	le constructeur. Il est cependant interdit de limiter les prérogatives mentionnées dans le paragraphe précédent.
<p>Art 6º É assegurada ao concedente a contratação de nova concessão:</p> <p>I - se o mercado de veículos automotores novos da marca, na área delimitada, apresentar as condições justificadoras da contratação que tenham sido ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição;</p> <p>II - pela necessidade de prover vaga de concessão extinta.</p> <p>§ 1º Na hipótese do inciso I deste artigo, o concessionário instalado na área concorrerá com os demais interessados, em igualdade de condições.</p> <p>§ 2º A nova contratação não se poderá estabelecer em condições que de algum modo prejudiquem os concessionários da marca.</p>	<p>Article 6 Est assurée au concédant la réalisation d'une nouvelle concession :</p> <p>I – si le marché de nouveaux véhicules automobiles de la marque, dans la zone opérationnelle, présente des conditions justificatives de l'engagement préétablies entre le producteur et son réseau de distribution ;</p> <p>II – dans la nécessité de reprendre une concession échue.</p> <p>§ 1. Dans l'hypothèse de l'alinéa I du présent article, le concessionnaire installé dans une zone opérationnelle sera en concurrence avec d'autres dans l'égalité des conditions.</p> <p>§ 2. Le nouvel engagement ne pourra en aucun cas établir des conditions qui nuisent aux concessionnaires de la marque.</p>
<p>Art. 8º Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores que dela faz parte, podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.</p> <p>Parágrafo único. Não estão sujeitas ao índice de fidelidade de compra ao concedente as aquisições que o concessionário fizer:</p> <p>a) de acessórios para veículos automotores;</p> <p>b) de implementos de qualquer natureza e máquinas agrícolas.</p>	<p>Article 8 Est prévu dans la concession un quota d'achat minimum de pièces de véhicules automobiles à la charge des concessionnaires qui peut être établi par l'accord de concession de marque.</p> <p>Paragraphe unique. Les acquisitions effectuées par le concessionnaire ne sont pas soumises à l'indice de fidélité d'achat destiné au concédant en ce qui concerne :</p> <p>a) les accessoires pour véhicules automobiles ;</p> <p>b) les équipements de toutes sortes, et les machines agricoles.</p>
<p>Art. 13. É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes.</p> <p>§ 1º Os valores do frete, seguro e outros encargos variáveis de remessa da mercadoria ao concessionário e deste ao respectivo adquirente deverão ser discriminados, individualmente, nos documentos fiscais pertinentes.</p> <p>§ 2º Cabe ao concedente fixar o preço de</p>	<p>Article 13 Le concessionnaire peut établir librement le prix de vente aux consommateurs des biens objets de la concession.</p> <p>§ 1. Les prix du fret, de l'assurance et d'autres coûts variables de l'expédition des marchandises au concessionnaire et ensuite à son acquéreur devront être discriminés, individuellement dans les documents fiscaux.</p> <p>§ 2. Le concédant fixe le prix de vente aux</p>

<p>venda aos concessionários, preservando sua uniformidade e condições de pagamento para toda a rede de distribuição.</p>	<p>concessionnaires et les conditions de paiement à tout le réseau de distribution de façon uniforme.</p>
<p>Art. 28. O concedente poderá contratar, com empresa reparadora de veículos ou vendedora de componentes, a prestação de serviços de assistência ou a comercialização daqueles, exceto a distribuição de veículos novos, dando-lhe a denominação de serviço autorizado. Parágrafo único. Às contratações a que se refere este artigo serão aplicados, no que couber, os dispositivos desta lei".</p> <p>Brasília, 26 de dezembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.</p> <p>FERNANDO COLLOR Zélia Cardoso de Mello</p>	<p>Article 28 Le concédant pourra soustraire le service d'entreprise prestataire d'assistance technique qui répare des véhicules ou commercialise des équipements, sauf la distribution de véhicules neufs, en octroyant la dénomination de service autorisé.</p> <p>Paragraphe unique. Les contrats visés dans le présent article sont soumis, en ce qui les concerne, aux dispositions de la présente loi.</p> <p>Brasilia, le 26 décembre 1990; 169^{eme} de l'Indépendance et 102^{eme} de la République.</p> <p>FERNANDO COLLOR Zélia Cardoso de Mello</p>

ANNEXE II

LOI N° 8.955 DE 15 DECEMBRE 1994

Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

La (présente) loi dispose sur le contrat de franchise (franchising) et fournit d'autres dispositions.

<p>Art. 1º Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei.</p>	<p>Article 1. Les contrats de franchise sont régis par la présente loi.</p>
<p>Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.</p>	<p>Article 2. La franchise constitue le système par lequel un franchiseur concède au franchisé le droit d'utiliser une marque ou un brevet associés au droit exclusif ou semi-exclusif de distribuer des produits ou des services, et, éventuellement aussi, elle concède le droit d'utilisation de technologie, dans l'installation et l'administration d'une affaire ou d'un système d'exploitation, développés ou détenus par le franchiseur, au travers d'une rémunération directe ou indirecte, sans toutefois caractériser une relation de travail.</p>
<p>Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:</p> <p>I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;</p> <p>II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;</p> <p>III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e</p>	<p>Article 3. Le franchiseur, ayant un intérêt dans l'implantation du système de franchise, devra toujours fournir à celui qui voudra devenir un franchisé le document d'information précontractuel par écrit dans un langage clair et accessible, contenant les mentions obligatoires suivantes :</p> <p>I – l'historique résumé, la forme juridique et le nom commercial ou la dénomination sociale du franchisé et de toutes les entreprises directement liées, ainsi que leurs enseignes et adresses ;</p> <p>II - les bilans et les états financiers du franchiseur pour les deux derniers exercices ;</p> <p>III – l'indication précise de tous les litiges en cours dans lesquels sont en cause le franchiseur, les sociétés mères et propriétaires de marques, brevets et droits d'auteur liés à l'opération, et leurs sous-</p>

<p>seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;</p> <p>IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;</p> <p>V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;</p> <p>VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;</p> <p>VII - especificações quanto ao:</p> <p>a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;</p> <p>b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e</p> <p>c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;</p> <p>VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:</p> <p>a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);</p> <p>b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;</p> <p>c) taxa de publicidade ou semelhante;</p> <p>d) seguro mínimo; e</p> <p>e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;</p> <p>IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;</p>	<p>franchisés, qui sont interrogés spécifiquement sur le système de franchise ou qui peuvent directement empêcher l'opération de franchise ;</p> <p>IV – la description détaillée de la franchise, la description générale de l’affaire et des activités qui seront exécutés par le franchisé ;</p> <p>V – le profil idéal du franchisé en ce qui concerne les expériences antérieures, le niveau de scolarité et autres caractéristiques, obligatoires ou de préférence, qu’il (le franchisé) doit avoir ;</p> <p>VI – les exigences relatives à la participation directe du franchisé dans l’opération et l’administration de l’affaire ;</p> <p>VII – les spécifications concernant :</p> <p>a) le total des investissements initiaux estimé nécessaire pour l’acquisition, l’installation et la mise en exploitation de la franchise ;</p> <p>b) la valeur de la cotisation initiale de filiation ou de frais de franchise et de caution, et</p> <p>c) la valeur estimée des installations, des équipements, du stock initial et leurs conditions de paiement ;</p> <p>VIII - les informations claires concernant les taux périodiques et les autres montants à payer par le franchisé au franchiseur ou à un tiers désignés par lui, détaillant les bases respectives de calcul et l’objet de rémunération ou le but visé, en indiquant précisément comme suit :</p> <p>a) la rémunération périodique pour l’utilisation du système, de la marque ou en contrepartie de services effectivement rendus par le franchiseur au franchisé (royalties) ;</p> <p>b) la location d’équipements ou du point de vente;</p> <p>c) les frais de publicité ou similaires ;</p> <p>d) l’assurance minimale, et</p> <p>e) les autres sommes dues au franchiseur ou de tiers qui sont liés à celles-ci ;</p> <p>IX – la liste complète de tous les franchisés, sous-franchisés et sous-franchiseurs appartenant au réseau, ainsi que la liste de ceux qui ont démissionné au cours des douze derniers mois, en indiquant le nom,</p>
---	--

<p>X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações; <p>XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;</p> <p>XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado; <p>XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;</p> <p>XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; <p>XV - modelo do contrato-padrão e, se for o</p>	<p>l'adresse et le numéro de téléphone ;</p> <p>X – concernant le territoire, il doit être spécifié :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) si est garantie au franchisé l'exclusivité ou la préférence sur un domaine d'action particulier et, si oui, à quelles conditions, et b) la possibilité pour le franchisé de vendre ou d'apporter un service en dehors de son territoire ou d'exporter ; <p>XI – les informations claires et détaillées sur l'obligation du franchisé d'acheter des marchandises, des services ou des biens intermédiaires de production nécessaires à la formation, à l'exploitation ou à la gestion de sa franchise, seuls les fournisseurs inscrits et approuvés par le franchiseur, en offrant au franchisé la liste complète de ces fournisseurs ;</p> <p>XII – l'indication de ce qui est réellement offert au franchisé par le franchiseur, en ce qui concerne :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) la surveillance du réseau ; b) les services d'orientation et autres services fournis au franchisé ; c) la formation du franchisé, en précisant la durée, le contenu et les coûts ; d) la formation des employés du franchisé ; e) les manuels de franchise ; f) l'aide dans l'analyse et dans le choix de l'endroit où la franchise sera installée, et g) la mise en page et les normes d'architecture dans les locaux du franchisé ; <p>XIII – la situation devant l'Institut National de la Propriété Industrielle – (INPI) de marques ou de brevets dont l'utilisation est autorisée par le franchiseur ;</p> <p>XIV – la situation du franchisé après l'expiration du contrat de franchise, en ce qui concerne :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) le savoir-faire ou les secrets commerciaux de l'industrie dont il aura accès en fonction de la franchise, et b) la formation de l'activité concurrentielle dans l'activité du franchiseur ; <p>XV – le modèle de contrat type et, si</p>
---	--

<p>caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.</p>	<p>nécessaire aussi, le précontrat type de franchise adopté par le franchiseur, avec son texte intégral, y compris ses annexes et le délai d'expiration.</p>
<p>Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.</p>	<p>Article 4. Le document d'information précontractuel devra être livré au candidat à franchisé au moins 10 (dix) jours avant la signature du contrat ou l'accord préalable de franchise, ou encore le paiement de toute taxe par le franchisé au franchiseur ou de la société ou personne liée à celle-ci.</p> <p>Paragraphe unique. En cas de non-respect du disposé dans cet article, le franchisé pourra demander l'annulation du contrat et exiger la restitution de toutes les sommes déjà versées au franchiseur ou à un tiers désigné par lui, à titre de frais d'adhésion et royalties, correctement actualisées, en faisant varier la rémunération de base des dépôts d'épargne au cours des dommages et intérêts</p>
<p>Art. 5º (VETADO).</p>	<p>Article 5. (soumis au veto).</p>
<p>Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.</p>	<p>Article 6. Le contrat de franchise doit toujours être écrit et signé en présence de 2 (deux) témoins et il sera valable indépendamment de son enregistrement par un notaire ou un organe public.</p>
<p>Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.</p>	<p>Article 7. La sanction prévue dans le paragraphe unique de l'article 4 de la présente loi s'applique également au franchiseur qui transmet de fausses informations dans le document d'information précontractuel, sans omettre les sanctions pénales applicables.</p>
<p>Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional.</p>	<p>Article 8. La présente loi s'applique aux franchises installées et exploitées sur le territoire national.</p>
<p>Art. 9º Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.</p>	<p>Article 9. Aux fins de la présente loi, le terme franchiseur sert aussi, lorsqu'il est utilisé dans l'un de leurs articles, à désigner la sous-franchise, de la même manière que les dispositions qui traitent de la franchise s'appliquent à la sous-franchise.</p>
<p>Art. 10. Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.</p>	<p>Article 10. Cette loi entrera en vigueur 60 (soixante) jours après sa publication.</p>
<p>Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.</p>	<p>Article 11. Cette loi déroge toutes les dispositions contraires.</p>

Brasília, 15 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.	Brasilia, 15 Décembre, 1994, 173 ^{ème} de l'Indépendance et 106 ^{ème} de la République.
ITAMAR FRANCO Ciro Ferreira Gomes	ITAMAR FRANCO Ciro Ferreira Gomes

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages et thèses

A – Ouvrages, thèses et mémoires en langue française

- **ABELLO, A.**
 - *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008
- **ABDELGAWAD, W.**
 - *Arbitrage et droit de la concurrence, contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001
- **SURAYHI, Y.AL**
 - *La fin du contrat de franchise*, [thèse], Université de Poitiers, 2008
- **ALBARIC C.**
 - *La franchise principale*, [thèse], Université de Montpellier, 1998
- **ALLAIN, M.-L. et CHAMBOLLE, C.**
 - *Economie de la distribution*, La Découverte, 2003
- **ALBORNOZ, M.-M.**
 - *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, [thèse], Paris II, Université Panthéon-Assas, 2006
- **AMARAL, P. E.**
 - *Le contrat de franchise au Brésil*, [thèse], Montpellier I, 2010
- **AMIEL-COSME, L.**
 - *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995
- **ANCEL, B. et LEQUETTE, Y.**
 - *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2001
- **ANCEL, M.-E.**
 - *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002
- **ANDRE, M.-E. ; DESTOURS, S. ; RAYNARD J. et VERTUT, J.-M.**
 - *Trente ans de Droit de la distribution à travers la Lettre de la Distribution*, sous la direction de Jacques Raynard, Lexis Nexis, 2007
- **ANDRE, M.-E.**
 - *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1991
- **AUDIT, B.**
 - *Droit International Privé*, 3e éd., Economica, 2000
 - *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 1990

- **AUDIT, B. et d'AVOUT, L.**
- *Droit international privé*, 6e éd., Economica, 2010
- **AZEMA, M.**
- *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969
- **BACACHE-GIBEILI M.**
- *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDI, 1996
- **BALDI, R.**
- *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe Communautaires*, Bruxelles, Bruylant, 1988
- **BATIFFOL, H.**
- *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international comparé*, Paris, 1938
- *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e éd., LGDI, 1955
- *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, McGill University, Institut de droit comparé, 1981
- **BATIFFOL, H. et LAGARDE, P.**
- *Traité de droit international privé*, 8e éd., t. I, LGDJ, 1993
- **BEAUCHARD, J.**
- *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996
- **BEHAR-TOUCHAIS, M. et VIRASSAMY, G.**
- *Le contrat de la distribution. Traité des contrats* sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 1999
- **BENABENT, A.**
- *Droit civil, Les obligations*, 7e éd., Montchrestien, 1999
- *Les contrats civils et commerciaux*, 8e éd., Montchrestien, 2008
- **BENSOUSSAN, H.**
- *Le droit de la franchise*, [thèse], Rennes, 1997
- **BESSIS, Ph.**
- *Le contrat de franchise – notions actuelles et apport au droit européen*, Montchrestien, 1986
- **BLANCHIN, C.**
- *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LGDJ, 1995
- **BORCHARDT, K.-D.**
- *L'ABC du droit de la l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications, 2010.
- **BRICMONT, G. et GYSELS, R.**
- *Le contrat de concession de vente exclusive*, Bruxelles, Larcier, 1962
- **BRICMONT, G. et PHILIPS, G.**
- *Commentaires de disposition de droit belge et communautaire applicables aux concessions de vente en Belgique*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1977

- **BRUN, A.**
- *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., Lexisnexis, 2014
- **BUCHER, A. et BONOMI, A.**
- *Droit international privé*, 2e éd, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004
- **BUREAU, D. et MUIR WATT, H.**
- *Le droit international privé*, Collection Que sais-je?, PUF, 2009
- *Droit international privé*, 2e éd., t. I – partie générale et t. II – partie spéciale, PUF, 2010
- **CABRILLAC, R.**
- *Droit des obligations*, 8e éd., Dalloz, 2008
- **CACHARD, O.**
- *Droit du commerce international*, LGDJ, 2011
- **CALMES, S.**
- *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001
- **CARBONNIER, J.**
- *Droit civil, Les obligations*, t. IV, PUF, 1994
- **CATHIARD, A.**
- *L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, PUAM, 2006
- **CERQUEIRA, F. V. da C.**
- *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, [thèse en cotutelle], Université de Strasbourg et Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010
- **CHAGNY, M.**
- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004
- **CLAY, T.**
- *L'arbitre*, t. 2, Coll. nouv. bibl. th., Dalloz, 2001
- **COIPEL-CORDONNIER, N.**
- *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999
- **COLIN, A. et CAPITANT, H.**
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 4e éd., Dalloz, 1924
- **COMBE, E.**
- *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2002
- **CONSTANTINESCO, L. J.**
- *Traité de droit comparé*, Economica, 1983

- **CORNU, G.**
- *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 8e éd., P.U.F, 2007
- **COURBE, P.**
- *Droit International Privé*, Dalloz/Amand Colin, 2000
- **CRAHAY, P.**
- *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Paris, 1991
- **DAVID, R.**
- *Le droit du commerce international: réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Economica, 1987
- *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, LGDJ, 1950
- *L'arbitrage dans le commerce international*, Econômica, 1982
- **DAVID, R. et JAUFFRET-SPINOSI, C.**
- *Les grandes systèmes de droit contemporain*, 9e éd., Dalloz, 1988
- **DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.**
- *Droit commerciale*, 6e éd., Montchrestien, 1999
- **DEMOGUE, R.**
- *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau, 1931
- **DILOY, C.**
- *Le contrat d'agence commerciale en droit international de la distribution*, [thèse], Université de Toulouse, Toulouse, 1998
- **DISSAUX, N.**
- *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Coll. bibl. dr. privé, LGDJ, 2007
- **DONY, M.**
- *Droit de l'Union européenne*, 4^e éd., Ed. de l'Université de Bruxelles, 2012
- **DUGUIT, L.**
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2e éd. réimpression de l'édition de 1912, F. Alcan, réédition 1999
- **ERESEO, N.**
- *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008
- **FABRE-MAGNAN, M.**
- *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992
- **FAURE-ABBAD, M.**
- *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003
- **FAUVARQUE-COSSON, B.**
- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDI, 1996
- **FAUVARQUE-COSSON, B. et MAZEAUD, D. (dir.)**
- *La bonne foi*, SLC, 2008

- **FAUVARQUE-COSSON, B. et WALD, A. (dir.)**
- *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe siècle, Aspects de droit comparé*, Institut brésilien de droit comparé et Société de Législation Comparée, Paris, 2008
- **FERRAND, F.**
- *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997
- **FERRARI, F.**
- *Contrat de vente internationale, applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 1999
- **FERRIER, D.**
- *Droit de la distribution*, 4e éd., Litec, 2006
- **FISCHER, J.**
- *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004
- **FOUCHARD, K., GAILLARD, E. et GOLDMAN, B.**
- *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996
- **FOURNIER, F.**
- *L'agence commerciale*, Litec, 1998
- **FRANCQ, S.**
- *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005
- **FRUTOS-PETERSON, C.**
- *L'émergence de l'arbitrage de l'arbitrage international en Amérique Latine : l'efficacité de son droit*, L'Harmattan, 2003
- **GASTI, J.**
- *Le contrat-cadre*, LGDI, 1996
- **GAUDEMET-TALLON, H.**
- *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e éd., LGDJ, 2010
- **GAVALDA, C.**
- *La responsabilité des fabricants et distributeurs*, Économisias, 1975
- **GHESTIN, J. ; JAMIN, Chr. et BILLIAU, M.**
- *La formation du contrat*, Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 2001
- *Les effets du contrat*, 3e éd., Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 2001
- **GHESTIN, J.**
- *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987
- **GILLIERON, P. et LING, P. (dir.)**
- *Les accords de distribution*. Travaux de la journée d'étude du 27 avril 2004, 2005

- **GORPHE, F.**
- *Le principe de la bonne foi*, [thèse], Paris, 1928
- **GOUNOT, E.**
- *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, [thèse], Dijon, 1912
- **GRIGNON, Ph.**
- *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000
- **GRIMALDI, C.; MERESSE, S. et ZAKHAROVA-RENAUD, O.**
- *Droit de la franchise*, Litec, 2011
- **GUEZ, Ph.**
- *L'élection de for en droit international privé*, [thèse dactyl.], Paris X, 2000
- **GUTMANN, D.**
- *Droit international privé*, 3e éd., Dalloz, 2002
- **GUYENOT, J.**
- *Les contrats de concession commerciale en droit français et communautaire*, Sirey, 1968
- *Concessionnaires et distribution des marques : la distribution intégrée*, Librairie du Journal des Notaires et Avocats, 1975
- **HEUZÉ, V.**
- *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990
- *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000
- **HOUIN, R.**
- *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit français*, [Thèse], Bordeaux, 1939
- **HUET, J.**
- *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, [Thèse], Paris II, 1978
- *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001
- **JACQUET, J.-M.**
- *Le contrat international*, 2e éd., Dalloz, 1999
- *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983
- **JACQUET, J.-M. et DELEBECQUE, Ph.**
- *Droit du commerce international*, Série droit privé, Cours Dalloz, 1997
- **JALUZOT, B.**
- *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droits français, allemand et japonais*, Dalloz, 2012
- **JARDIN, L. du et alii (coord.)**
- *L'arbitrage et la distribution commerciale*, in *Actes du colloque du CEPANI le 17 novembre 2005*, Bruylant, Bruxelles, 2005

- **JITTA, D. J.**
 - *La Substance des obligations dans le droit international privé*, La Haye, Belinfante, 1906
- **JOSSERAND, L.**
 - *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Éd. Arthur Rousseau, 1897
 - *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927
- **KASSIS, A.**
 - *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, « Lex mercatoria »)*, LGDJ, 1984
 - *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2005
- **KENFACK, H.**
 - *La franchise internationale*, [thèse], Montpellier, 1996
- **LAMBERTERIE, I., ROUHETTE, G. et TALLON, D.,**
 - *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, La Documentation française, 1997
- **LARROUMET, C.**
 - *Les obligations, Le contrat*, 2e partie : Effets, t. III, 6e éd., Economica, 2007
- **LEBRETON, S.**
 - *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, étude particulière aux contrats de distribution*, t. 7, Litec, 2002
- **LECLERC, F.**
 - *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, [thèse], Strasbourg, 1991
- **LELOUP, J.-M.**
 - *La franchise. Droit et pratique*, 3e éd., Delmas, 2000
- **LEPAGE, H.**
 - *La "nouvelle économie" industrielle*, Hachette, 1989
- **LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.**
 - *Droit international privé*, Précis Dalloz, 1962
- **LEVASSEUR, A.**
 - *Droit des États Unis*, 2e éd., Précis Dalloz, 1994
- **LICARI, F.-X.**
 - *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2003
- **LOQUIN, E.**
 - *L'amiable composition en droit comparé et en droit international*, Litec, 1980
- **LOUSSOUARN, Y. ; BOUREL, P. et VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de**
 - *Droit international privé*, Dalloz, 9e éd., 2007
- **LUCAS, F.-X.**
 - *Droit commercial*, Montchrestien, 1998

- **MALAURIE, Ph. ; AYNÈS, L. et STOFFEL-MUNCK, Ph.**
 - *Contrats spéciaux*, 14e éd., Editions Cujas, 2001/2002
 - *Les obligations*, 2e éd., Defrénois, 2005
- **MALAURIE-VIGNAL, M.**
 - *Droit de la concurrence interne et européen*, 5e éd., Dalloz Sirey, 2011
- **MAINGUY, D.**
 - *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2008
- **MAINGUY, D. et RESPAUD, J.-L.**
 - *Droit de la concurrence*, Litec, 2008
- **MARSON, J.**
 - *L'abus de droit en matière de contrat*, [thèse], Paris, 1935
- **MARTIN, J.-M.**
 - *Industrialisation et développement énergétique du Brésil*, [mémoire], Coll. Travaux et mémoires de l'Institut des hautes études de l'Amérique Latine, Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine, Paris, 1966
- **MAYER, P. et HEUZE, V.**
 - *Droit international privé*, 9e éd., Montchrestein, 2007
- **MAZEAUD, H. ; MAZEAUD, L. et MAZEAUD, J.**
 - *Leçons de droit civil*, Ed. Montchrestien, 1956
- **MIRABILE, B.**
 - *Etude comparative des Conventions de Rome et de Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux*, [mémoire], Université Paris II (Panthéon Assas), Paris, 2002-2003
- **MOATI, P.**
 - *L'avenir de la grande distribution*, Odile Jacob, 2001
- **MOTULSKY, H.**
 - *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, t. II, Dalloz, 1974
- **MONTEIRO, A. P.**
 - *Dénúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998
- **MONTMARI, M.**
 - *Diritto Commerciale, Contratti commerciali*, vol. primo, Milano, Giuffrè Editore, 2001
- **MOUSSERON, J.-M.**
 - *Producteurs, distributeurs, quelle concurrence?*, Litec, 1986
- **MOUSSERON, J.-M. et alii,**
 - *Droit de la distribution*, Litec, 1975
- **NIBOYET, J.-P.**
 - *Traité de droit international privé français*, 2e éd., t. V, Sirey, 1948
- **NIBOYET, M.-L. et PRADELLE, G. de G. de La**
 - *Droit international privé*, 2e éd., LGDJ, 2009

- **NICO BIANCHINI, M.**
 - *La loi applicable au contrat : étude comparée des Conventions de Rome et Mexico et du règlement Rome I*, [mémoire], Nancy, 2007-2008
- **NUYTS, A.**
 - *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- **PAIVA DE ALMEIDA, D. (dir.)**
 - *Introduction au droit brésilien*, L'Harmattan, 2006
- **PEDAMON, M**
 - *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993
- **PICOD, Y.**
 - *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, LGDJ, 1989
- **PIGNATTA, F.-A.**
 - *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises et des droits français et brésilien*, [thèse en cotutelle], Université Robert Schuman et Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008
- **PILLET, A.**
 - *Traité de droit international privé*, t. 1, Sirey, 1923
- **PIMONT, S.**
 - *L'économie du contrat*, PUAM, 2004
- **PLANIOL, M.**
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 1926
- **PLANIOL, M. et RIPERT, G.**
 - *Traité pratique de droit civil français, les obligations*, t. IV, 1re partie par Esmein, 2e éd., LGDJ, 1952
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Pichon, 1930
- **PRADO, M. A.**
 - *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, 2004
- **RACINE, J.-B.**
 - *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999
- **RIEBEN, L.**
 - *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Genève, Librairie Doz, 2000
- **RIGAUX, F.**
 - *Droit international privé*, 2e éd., t. I, Lacier, 1993
- **RIGAUX, F. et FALLON, M.**
 - *Traité de droit international privé, obligations et droits réels*, t. II, 3e éd., Lacier, 1993

- **RIPERT, G.**
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, réimpression 2000
- **ROMAIN, J-F.**
- *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 2000
- **ROUBIER, P.**
- *Droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952
- **ROUHETTE, G., LAMBERTERIE, I. de, TALLON, D. et WITZ, Cl.**
- *Principes du droit européen du contrat*, Coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 2, SLC, 2003
- **SACCO, R.**
- *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991
- **SALEILLES, R.**
- *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Éd. Arthur Rousseau, 1898
- *De la déclaration de volonté*, F. Pchon-Successeur, 1901
- **SAYAG, A. (dir.)**
- *Le contrat-cadre, 1- Exploration comparative*, Litec, 1994
- *Le contrat-cadre, 2- La distribution*, Litec, 1995
- *La détermination du prix dans les contrats, Etude de droit comparé*, Litec, 1994
- **SAVATIER, R.**
- *Traité de la responsabilité civile*, LGDJ, 1951
- **SCHMIDT-SZALEWSKI, J. et PIERRE, J.-L.**
- *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2003
- **SERAGLINI, Chr.**
- *Traité de Droit du Commerce International*, Litec, 2005
- *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001
- **SEYSEN-GUERIN, D.**
- *Le contrat de distribution international*, [thèse], Université de Paris Sud XI, Paris, 2001
- **SIMON, P**
- *La rupture du contrat international, contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Defrénois, 2007
- **SIMON, F.-L.**
- *Théorie et pratique de la franchise*, Joly, 1^{re} éd., 2008
- **STARCK B. ; ROLAND, H. et BOYER L.**
- *Les obligations, responsabilité délictuelle*, 5e éd., Litec, 1996
- *Droit civil, les obligations, 2, Le Contrat*, 6e éd., Litec, 1998
- **STEINMETZ, B.**
- *De la présomption de bonne foi. Essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*, [thèse], Strasbourg, 2002, p. 54

- **STOFFEL-MUNCK, Ph.**
- *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000
- **TERRÉ, F. ; SIMLER, Ph. et LEQUETTE, Y.**
- *Droit civil, Les obligations*, 7e éd., Précis Dalloz, 1999
- **TERRÉ, F.**
- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDI, 1957
- *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009
- **TESTU, F.-X.**
- *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010
- **TEYSSIE, B.**
- *Les groupes de contrats*, LGDI, 1975
- **THIBIERGE, L.**
- *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011
- **TINARD, Y. et SERNA, J.-C.**
- *La grande distribution française: bouc émissaire ou prédateur ?*, Litec, 2003
- **TOURNEAU, Ph. Le**
- *La concession commerciale exclusive*, Economica, 1994
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2010
- *Les contrats de franchise*, Litec, 2003
- **TRUONG, C. Q. C.**
- *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, 2002
- **TUNC, A.**
- *La responsabilité délictuelle*, 2e éd., Economica, 1990
- **VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de**
- *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé et en droit international privé*, LGDJ, 1997
- **VANDER ELST, R. et WESER, M.,**
- *Droit international privé belge et droit conventionnel international, conflits de lois*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1983
- **VENTURA, D.**
- *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne. Les enjeux d'une association interrégionale*, L'Harmattan, 2003
- **VIDAL, D.**
- *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, Lextenso éditions, 2012
- **VIEIRA, I. de A.**
- *L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, Ed. PUS, 2010

- **VIGOUR, C.**
- *La comparaison dans les sciences sociales*, Éditions La Découverte, 2005
- **VIGNAL, M.**
- *Droit de la distribution*, Sirey, 2012
- **VINEY, G.**
- *L'introduction au droit de la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2008
- **VIRASSAMY, G.**
- *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986
- **VOGEL, L. (dir.)**
- *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats, États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, Droit Global Law*, Ed. Panthéon-Assas, 2011
- **USINIER, L.**
- *La compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008
- **WALD, A. (dir.)**
- *Code civil brésilien*, SLC, 2009
- **WALD, A. et JAUFFRET-SPINOSI, C. (dir.)**
- *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2005
- **WEBER, M.**
- *Economie et société. 1. Les catégories de la sociologie*, Plon, 1971
- **WEILL, A.**
- *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, [thèse], Strasbourg, 1938
- **WITZ, Cl.**
- *Le Droit Allemand*, Dalloz, 2001
- *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, 1995

B – Ouvrages et thèses en langue étrangère

- **ADAMO, G. et CAPUTO, A.**
- *Contrato di Franchising*, Edizione CieRre, Roma, 2006
- **AGUIAR DIAS, J. de**
- « *Da responsabilidade civil* », t. I, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1950
- **AGUIAR JR., R. R.**
- *A Extinção do Contrato por Incumprimento do Devedor*, 2e éd., São Paulo, Aide, 2002
- **ALMEIDA, R. R.**
- *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005

- **ALPA, G.**
 - *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, 2004
 - *Tradition and Europeanization in Italian Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2005

- **ALVIM, A.**
 - *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5e éd., São Paulo, Saraiva, 1980

- **ANDRADE, M.-C.**
 - *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei no 8.884/94*, São Paulo, Singular, 2002

- **ARAUJO, N. de**
 - *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*, 3e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2004
 - *Direito Internacional Internacional, Teoria e Prática Brasileira*, 5e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2011

- **ASSAFIM, J. M. de L.**
 - *A transferência de tecnologia no Brasil*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005

- **AZEVEDO, A. V. de**
 - *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, 2e éd., São Paulo, Atlas, 2004

- **AZEVEDO, M. A. V.**
 - *Contrato de Concessão*, [thèse], Universidade São Paulo, 2005

- **BALDASSARI, A.**
 - *I Contratti di Distribuzione : Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*, Padova, CEDAM, 1989

- **BALDI, R.**
 - *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 6e éd., Milano, 1997

- **BAPTISTA, L.-O. ; MERCADANTE, A. A. et CASELLA, P. B.**
 - *MERCOSUL : Das negociações à implantação*, São Paulo, LTr, 1994

- **BASSO, M.-E.**
 - *Contratos Internacionais do Comércio*, 3e éd., São Paulo, Livraria do Advogado, 2002

- **BASSO, M. et CARVALHO, P. L. de (coord.)**
 - *Lições de Direito Internacional, Estudos e Pareceres de Luiz Olavo Baptista*, Curitiba, Juruá, 2009

- **BATALHA, W. C.**
 - *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. I, 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977

- **BATALHA W. C. et RODRIGUES NETTO, S. M.**
 - *O Direito Internacional Privado na Organização dos Estados Americanos*, São Paulo, LTr, 1997

- **BAPTISTA, L. O. et RIOS, A. S.**
- *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, 2e éd., São Paulo, IRIDI, 1993
- **BAPTISTA, L. O.**
- *Dos contratos internacionais*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993
- *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1998
- *Contratos Internacionais*, São Paulo, Lex Magister, 2011
- **BAR, C. von ; CLIVE, E. et SCHULTE-NÖLKE, H.**
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline édition, Munich, Sellier, 2009
- **BAUERREIS, J.**
- *Das französische Rechtsinstitut der action directe und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001
- **BEVILAQUA, C.**
- *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4e éd., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944
- *Theoria Geral do Direito Civil*, Livraria Francisco Alves, 1951
- *Código civil comentado*, 11e éd., vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1999
- **BITTAR, C. A.**
- *Contratos Civis*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990
- *Contratos Comerciais*, 3e éd., São Paulo, Editora Forense Universitária, 2003
- **BITTAR FILHO, C. A.**
- *Teoria da imprevisão: Dos poderes do juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994
- **BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, C. A. et HUNTER, M.**
- *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5e éd, Oxford University Press, 2009
- **BOGGIANO, A.**
- *Contratos Internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, De Palma, 1995
- **BOITEAUX, F. N.**
- *Contratos mercantís*, São Paulo, Dialética, 2001
- **BRITO, M.-H.**
- *O contrato de concessão comercial – descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Coimbra, Almedina, 1990
- **BUCHAIN, L.-C.**
- *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*, Porto Alegre, Ed. Nova Prova, 2006
- **BULGARELLI, W.**
- *Contratos mercantís*, Atlas, 2000
- **CASELLA, P. B. (coord.)**
- *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL: após o término do período de transação*, São Paulo, LTr, 1996

- *MERCOSUL: exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico*, São Paulo, LTr, 1996
- *Arbitragem : lei brasileira e prática internacional*, 2e éd., São Paulo, LTr, 1999
- **CASELLA, P. B.**
 - *Direito internacional dos espaços*, São Paulo, Atlas, 2009
 - *BRIC Uma perspectiva de cooperação internacional*, 1e éd., São Paulo, Atlas, 2011
- **CASELLA, P. B. et ARAUJO, N. de**
 - *Integração Jurídica Interamericana*, São Paulo, LTr, 1998
- **CASTRO, A. de**
 - *Direito Internacional Privado*, 6e éd., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005
- **CARIOTA-FERRARA, L.**
 - *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano Editore, 1961
- **CARNEIRO, A. G.**
 - *Jurisdição e Competência*, 14e éd., São Paulo, Saraiva, 2005
- **CAVALIERI FILHO, S.**
 - *Programa de responsabilidade civil*, 9e éd., São Paulo, Atlas, 2010
- **CANARIS, C.-W.**
 - *Direito Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2006
- **CARMONA, C.-A.**
 - *Arbitragem e Processo, um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 3e éd., São Paulo, Atlas, 2009
- **CASSANO, G. (coord.)**
 - *I contratti di distribuzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2006
- **CASTRO, A. de**
 - *Direito Internacional Privado*, 5e éd., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002
- **CAVALIERI FILHO, S.**
 - *Programa de responsabilidade civil*, 9e éd., São Paulo, Atlas, 2010
- **CAVERS, D.**
 - *A critique of the choice of law problem*, Harvard Law Review, 1934
- **CHIRONI, G. P.**
 - *La colpa nei diritto civile odierno*, 2º ed., Torino, Fratelli Bocca Editori, 1897
- **COLTMAN, M.**
 - *Franchising in the U.S.* Self- Counsel Press, 2e éd., Canada, Vancouver, 1988
- **CRETELLA NETO, J.**
 - *Comentários à Lei Antitruste (Lei nº 8.884, de 11.06.1994)*, 2e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1997
 - *Do Contrato Internacional de Franchising*, 2e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2002
 - *Comentários à lei de arbitragem brasileira*, Rio de Janeiro, Forense, 2004
 - *Manual Jurídico do Franchising*, São Paulo, Atlas, 2003

- **D. JOSEPH, Q. C.**
 - *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*, London, Sweet & Maxwell, 2005
- **DIAS, J. de A.**
 - *O dolo e a culpa*, t.1, Ed. Revista Forense, 1950
- **DIAZ, O. B.**
 - *Franchising in European Contract Law*, Sellier, 2007
- **DOLINGER, J.**
 - *Direito internacional privado*, Parte Geral, 7e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2003
 - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007
- **DOLINGER, J. et TIBURCIO, C.**
 - *Direito Internacional Privado, Arbitragem comercial internacional*, Parte Especial, Rio de Janeiro, Renovar, 2003
- **DINIZ, M.H.**
 - *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 6e éd, São Paulo, Editora Saraiva, 2000
- **ESPÍNOLA, E. et ESPINOLA FILHO**
 - *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1944
- **FAUSTO, B.**
 - *História do Brasil*, São Paulo, Ed. da USP, 1994
- **FIUZA, R.**
 - *Código Civil Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002
- **FONSECA, A. M.**
 - *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958
- **FORGIONI, P.-A.**
 - *Contrato de Distribuição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005
 - *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007
 - *Os fundamentos do antitruste*, 6e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013
- **FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. et GOLDMAN, B.**
 - *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999
- **FRANCESCHELLI, R.**
 - *Dal Vecchio al Nuovo Diritto Commerciale (XXV, Natura Giuridica Della Compravendita con Exclusiva)*, Giuffrè Editore, Milano, 1970
- **GAMA e SOUSA Jr., L. da**
 - *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 : Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006

- **GOMES, O.**
 - *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972
 - *Contratos*, 26e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2007
- **GONÇALVES, P. B.**
 - *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição*, São Paulo, Ed. Singular, 2002
- **GRANDINO RODAS, J.**
 - *Contratos Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002
- **GRAU, E.-R.**
 - *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 3e éd., São Paulo, Malheiros Editores, 1997
- **JORGE, F. de Sandy L. P.**
 - *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995
- **KONDER, C. N.**
 - *Contratos conexos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006
- **MACHADO VILLELA, A. da C.**
 - *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921
- **MARQUES, C. L.**
 - *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005
- **MARTINEZ SANZ, F.**
 - *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2e éd., Madrid, 1998
- **MARTINEK, M.**
 - *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, 3 Auflage, Köln, 1992
- **MARTINEK, M. ; SEMLER, F.-J et HABERMEIER, S.**
 - *Handbuch des Vertriebsrechts*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003
- **MARTINS, F.**
 - *Contratos e Obrigações Comerciais*, 14e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1997
 - *Contratos comerciais*, Rio de Janeiro, Forense, 1996
- **MARTINS-COSTA, J.**
 - *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999
- **MAXIMILIANO, C.**
 - *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18e éd., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1998
- **MENEZES CORDEIRO, A.**
 - *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3e éd., Coimbra, Almedina, 1997
- **MIRANDA, P. de**
 - *Tratado de Direito Internacional*, vol. 1, Rio de Janeiro, José Olympio, 1935

- **MONTEIRO, A. P.**
 - *Contratos de distribuição comercial*, 2e éd., Coimbra, Almedina, 2004
 - *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998
 - *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 4e éd., Coimbra, Almedina, 2000
- **MONTMARI, M.**
 - *Diritto Commerciale, Contratti commerciali*, vol. primo, Giuffrè Editore, Milano, 2001
- **MORRIS, J. H. C. ; MAC CLEAN, J. D. et alli**
 - *The Conflict of Laws*, 7e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2009
- **MUNOZ, T. P.**
 - *El Contrato de Concésion Mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1976
- **NARDI, M. de**
 - *Eleição de foro em contratos internacionais, uma visão brasileira*, mémoire présenté à l'UFGRS, 1999
- **NAZZINI, R.**
 - *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford, 2004
- **NEGREIROS, T.**
 - *Fundamentos para uma interpretação constitucional do principio de boa fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998
- **NERO, P. Del**
 - *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011
- **NORONHA, F.**
 - *Direito das obrigações*, 2e éd., São Paulo, Saraiva, 2002
 - *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*, São Paulo, Saraiva, 1994
- **NORRIS, R.**
 - *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996
- **PESSOA JORGE, F. de S. L.**
 - *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995
- **REALE, M.**
 - *Temas de Direito Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992
 - *Historia do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005
- **RECHSTEINER, B. W.**
 - *Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987
- **REITHMANN, Cris. et MARTINY, D.**
 - *Internationales Vertragsrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2004

- **REQUIAO, R.**
 - *Contratos e obrigações comerciais*, 14e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1997
 - *Do representante comercial*, Rio de Janeiro, Forense, 2004
- **REZEK, F.**
 - *Direito Internacional Público*, 5e éd. São Paulo, Saraiva, 1995
- **RIZZARDO, A.**
 - *Contratos*, 9e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2009
 - *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005
- **RODRIGUES, S.**
 - *Direito Civil, Parte Geral*, vol. 1, 14e éd., São Paulo, Saraiva, 1995
 - *Direito civil – Responsabilidade civil*, vol. 4, 14e éd., São Paulo, Saraiva, 1995
- **ROMERO DEL PRADO, V. N.**
 - *Manual de Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1944
- **RUBINO-SAMMARTANO, M.**
 - *L'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 171
- **RUGGIERO, R. de**
 - *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1972
- **SALOMAO FILHO, C.**
 - *Direito Concorrencial, as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003
 - *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 2007
- **SANTOS, A. J.**
 - *Função social lesão e onerosidade excessiva nos contratos*, São Paulo, Editora Melhoramentos, 2002
 - *Função social do contrato*, 2e éd., São Paulo, Editora Método, 2004
- **SANTOS, A. M. dos**
 - *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado, esboço de uma teoria geral*, [thèse], Coimbra, Livraria Almedina, 1991
- **SCHLOSSER, P.**
 - « The Separability of Arbitration Agreements – A Model for Jurisdiction and Venue Agreements? », in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2004
- **SERPA LOPES, M. M. de**
 - *Comentários Teóricos e Práticos da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944
- **SILVA PEREIRA, C. M. da**
 - *Responsabilidade civil*, 9e éd. Rio de Janeiro, Forense, 1998
 - *Instituições de Direito Civil. Contratos*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2004
- **SIMAO FILHO, A.**
 - *Franchising – aspectos jurídicos e contratuais*, São Paulo, 3e éd., São Paulo, Atlas, 1998

- **STOCO, R.**
 - *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007
- **STRENGER, I.**
 - *Contratos internacionais do comércio*, 2e éd., São Paulo, LTr, 1992
 - *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996
 - *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTr, 1996
 - *Reparação do Dano em Direito Internacional Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973
 - *Direito Internacional Privado*, 3e éd., São Paulo, LTr, 1996
 - *Da autonomia da vontade, direito interno e internacional*, 2e éd., São Paulo, LTr, 2000
- **TENORIO, O.**
 - *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2e éd., Rio de Janeiro, Ed. Borsari, 1955
 - *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 8e éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1965
- **TEPEDINO, G.**
 - *Comentários ao Novo Código Civil. Das várias espécies de contrato. Do Mandato. Da Comissão. Da Agência e Distribuição. Da corretagem. Do Transporte. Arts. 653 a 756*, vol. X, Rio de Janeiro, Forense, 2008
- **THEODORO JUNIOR, H.**
 - *Código de Processo Civil Anotado*, Rio de Janeiro, Forense, 2008
 - *Comentários ao novo Código Civil, Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 2008
- **THEODORO NETO, H.**
 - *Efeitos Externos do Contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 2007
- **ULHOA COELHO, F.**
 - *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2002
- **VALLADÃO, H.**
 - *Estudos de Direito Internacional Privado*, 2e éd., Rio de Janeiro, Ed. Livraria José Olympio, 1994
- **VARELA, A.**
 - *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984
- **VASCONCELOS, P. P. de**
 - *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995
- **VENOSA, S. de S.**
 - *Direito Civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. 2, 4e éd., São Paulo, Atlas, 2004
 - *Direito Civil – Contratos em espécie*, vol. 3, 3e éd., São Paulo, Atlas, 2003
- **WALD, A.**
 - *Direito das Obrigações*, 15e éd., São Paulo, Malheiros Editores, 2001

- **WIEACKER, F.**

- História do Direito Privado Moderno, 3e éd., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980

- **ZAITZ, D.**

- *Direito e Know-how*, Curitiba, Juruá, 2005

II – Articles et chapitres en ouvrages collectifs

A – Articles et chapitres en ouvrages collectifs en langue française

- Actes du colloque « La nouvelle crise du contrat » du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- Actes du colloque « Le nouveau droit allemand des obligations » du 31 mai 2002, organisé par le Centre juridique franco-allemand et le Centre de droit civil européen de l'Université de la Sarre, *RIDC*, 4-2002.
- **ALEXANDRE, D. et HEUZE, A.**
 - « Compétence, reconnaissance et exécution - matières civile et commerciale », *Rép. dr. commun.*, juillet, 2010.
- **ALBORNOZ, M. M.**
 - « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *JDI* 2012, p. 1-28.
- **ALPA, G.**
 - « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 1-18.
- **AMIEL-COSME, L.**
 - « La théorie institutionnelle du réseau », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1-40.
- **ANCEL, B.**
 - « Loi applicable à défaut de choix », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Andrea Bonomi et Eleanor Cashin Ritane (org.), Schulthess, 2008, p. 77-93.
- **ANCEL, M.-E.**
 - « L'internationalité à la lumière d'*electio fori* », in *Le monde du droit, Ecris rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 21-47.
 - « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP*, 2008, p. 561.
 - « L'article L. 442-6-I-5^o du Code de commerce en droit international privé », *RJ com.* 2009, p. 200.
- **ANCEL, P.**
 - « Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 1024, 1986.
 - « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E*, 1998, p. 30.
 - « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *TCFDIP*, années 1991-1992 et 1992-1993, p. 82.
- **ANCEL, B. et MUIR-WATT, H.**
 - « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, n^o 42.

- ANSELME-MARTIN, O.

« Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 21-38.

- ASSIS de ALMEIDA, J. G.

- « Le cadre normatif du Mercosur », *Droit et société*, 2005, p. 39-55.

- ATIAS, C.

- « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, Chr. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, p. 3-19.

- AUDIT, B.

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*, 1984, t. 186, p. 223-367.

- « Qualifications et droit international privé », *RFTJ*, n. 18, 1993, p. 55-65.

- « Le droit international privé à la fin du XXème siècle : progrès ou recul », *RIDC*, 2-1998, p. 421-448.

- « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15-29.

- « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2003, t. 305, p. 23-487.

- « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 171.

- « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'art. 15 du Code civil », *D.* 2006, p. 1846.

- « Difficultés d'application de la Convention de Rome et de l'art. 5-1° de la Convention de Bruxelles en matière de contrats de distribution », *D.* 2002, p. 1397.

- AUGAGNEUR, L.-M.

- « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », *JCP E* 2009, p. 1969.

- d'AVOUT, L.

- « La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012) », *D.* 2013, p. 1014 et s.

- « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G*, 2008, n° 47, II, p. 10187.

- « Le sort des règles impératives dans le règlement « Rome I » », *D.* 2008, p. 2165.

- AYNÈS, L.

- « La détermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, p. 25.

- « La question de la détermination du prix », in *Actes du colloque le contrat-cadre de distribution : enjeux et perspective* organisée par le CREDA le 11 et 12 décembre 1996, p. 37.

- AZZI, T.

- « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169.

- BAPTISTA, L.-O.

- « Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux - Brésil », *DPCI*, 1982, t. 8, n. 1, p. 109-117.

- BATIFFOL, H.

- « La loi approprié au contrat », in *Études offerts à Berthold Goldman*, Litec, p. 1-13.
- « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, t. 120, 1967, p. 165-190.
- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t.1, Dalloz, 1960, p. 39-58.
- « L'arbitrage et conflits de lois », *Rev. Arb.*, 1957, p. 111.

- BAUERREIS, J.

- « Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », *RCDIP* 2000, p. 331-355.

- BEAUCHARD, J.

- « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 40.
- « Stabilisation de relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 05 janvier 1998, n° 2.

- BECQUE, P.

- « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », *Cah. dr. entr.*, 1985/1986, p. 24 et s.

- BÉGUIN, J. ; ORTSCHIEDT, J. et SERAGLINI, Chr.

- « Droit de l'arbitrage », *JCP*, n. 18-19, 2005, p. 754-760.
- « Un second souffle pour l'arbitrage - Arbitrage international - A propos du décret du 13 janvier 2011 », *JCP*, 2011, n° 16, p. 467.

- BEHAR-TOUCHAIS, M.

- « Les obstacles à la sortie du franchisé », *RLDA*, supplément n° 73, 2012, p. 32-44.
- « Obligation de motivation et droit des contrats », *RDCO* 2004/2, p. 555.
- « Du juste dosage de l'exigence de motivation dans les contrats de distribution », *RDCO* 2005/4, p. 1130.
- « Motivation et agrément », *RDCO* 2003/1, p. 152.
- « Existe-il un principe de proportionnalité en droit français? », *LPA*, 30 sept. 1998, p. 3 et s.
- « De la difficile appréciation du délai raisonnable du préavis pour rompre une relation commerciale établie », *RDCO* 2006/2, p. 431.
- « La rupture d'une relation contractuelle établie », *LPA*, 09 octobre 2003, p. 9.
- « L'art. L. 442-6, I, 5° du Code de commerce s'applique-t-il au contrat de distribution automobile qui bénéficie du règlement d'exemption automobile? », *RDCO* 2013/1, p. 179.
- « Arbitrage et ordre public européen », Colloque de Nice de janvier 2004, *Revue des affaires européennes*, 2005, t. 2, p. 177.
- « Abus de puissance économique et droit international privé », *RIDE*, 2010, p. 37-59.
- « Les contrats de distribution », *Dictionnaire Joly, Pratique des contrats internationaux*, livre XVI, n° 92.
- « L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce aux rapports internationaux », *RDCO* 2009, p. 197.

- **BENABENT, A.**
 - « L'indemnisation du franchisé », *RLDA*, 2012, supplément n° 73, p. 47-49.
 - « La fourniture de services devient une qualification juridique », *RDCO* 2008/3, p. 785.

- **BERAUDO, J.-P.**
 - « Le règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, p. 1046.

- **BERG, J. van den**
 - « L'arbitrage commercial en Amérique Latine », *Rev. Arb.*, 1979, p. 123.

- **BERGE, J. S.**
 - « Le droit d'une « Communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthode. Mélanges en l'honneur de Pierre Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113.

- **BERGMAN, E. T.**
 - « Un marco juridico al servicio de la integración. Las regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional », in (coord.) P.-B. Casella, *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, LTr, 1996, p. 48-74.

- **BERAUDO, J.-P.**
 - « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international » *JCP*, I-1995, p. 3842.

- **BERG, A. J. van den**
 - « L'arbitrage commercial en Amérique Latine », *Rev. Arb.*, 1979, p. 123.

- **BERGER, M.**
 - « Préjudice indemnisable et droit international des contrats », *RDAI*, n. 4, 2004, p. 427-443.

- **BERLIN, D.**
 - « Droit international et distribution internationale », *DPCI*, t. 19, n. 1, 1993, p. 6-61.

- **BLOUD-REY, C.**
 - « Regards sur le Titre III du Livre III du Code de commerce : « Des clauses d'exclusivité », in *Quel Code de Commerce pour demain? Bicentenaire du Code de commerce 1807 – 2007*, Litec, 2007.

- **BOGGIANO, A.**
 - « Estudio sobre los contratos internacionales », *OEA/Ser. K/XXI. 5* ; CIDIP-V/doc. 9/93, p. 20.
 - « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *Rev. dr. unif.*, 1996-1, p. 220.

- **BOLARD, G.**
 - « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.*, 2004, p. 511.

- **BOLÉE, S.**
 - « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, p. 2161.

- **BORE, J.**
 - « Morte au champ d'honneur : la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », in *Mélanges Claude Champeaux*, Dalloz, p.101-121.
- **BORTOLOTTI, F.**
 - « Le contrat de distribution en Italie », in *Actes du colloque le contrat-cadre de de distribution: enjeux et perspective* organisée par le CREDA le 11 et 12 décembre 1996, p. 56, disponible sur le site internet : <http://www.creda.ccip.fr>
- **BOSCO LEE, J.**
 - « La reconnaissance de la clause compromissoire en droit brésilien », note sur Tribunal Supérieur de Justice du Brésil, 24 avril 1990, *Rev. Arb.*, 1995, p. 137.
 - « La constitutionnalité et l'efficacité de la clause compromissoire en droit brésilien », *Rev. arb.*, 2003, p. 529.
 - « L'arbitrage commercial international dans le Mercosur : l'Accord de Buenos Aires de 1998 », *Rev. arb.*, 2004, p. 565.
- **BOSCO LEE, J. et WENDRAP, E.**
 - « La confirmation du critère territorial pour déterminer la nationalité d'une sentence arbitrale au Brésil, sur l'arrêt récent du 3 février 2011 », *Cah. d'arb.*, 2012/4, p. 973-982.
 - « Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil », *Rev. arb.*, 1997, p. 199-228.
- **BROSSES, A. des**
 - « La rupture fautive de relations commerciales établies », in *Contrats de distribution, l'équilibre enfin trouvé?*, *Dr. et patr.*, juin 2003, n° 116, p. 50.
- **BRUN, Ph.**
 - « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 117-127.
- **BRUNET, A.**
 - « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Mélanges Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 8.
- **BRUNET, A. et GHOZI, A.**
 - « La fonction du prix en droit de la concurrence », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 27-48.
- **BUCHER, A.**
 - « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, t. 239, 1993, p. 9-116.
 - « La convention de La Haye sur les accords d'élection de for », *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, 2006, n° 1, p. 29.
- **BUREAU, D. et MUIR-WATT, H.**
 - « Compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence en présence d'un loi d'ordre public régissant le fond du litige », *RCDIP*, 2010, p. 743.
- **BURST, J.-J.**
 - « Droit de la propriété industrielle et franchise », in *Mélanges Chavanne*, Litec, 1997, p. 157.

- **CABRILLAC, R.**
 - « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G*, 2008, I, p. 199.
- **CACHARD, O.**
 - « L'exclusivité », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 215-22.
- **CADIET, L. et Le TOURNEAU, Ph.**
 - « Abus de droit », *Rép. civ. Dalloz*, 2008
- **CAYOL, A.**
 - « La fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I : de nouvelles précisions », *JCP A*, n° 47, 25 nov. 2010, p. 4-26.
- **CAPITANT, H.**
 - « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365.
- **CARTER, P. B.**
 - « Choice of law : methodology or mythology », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle-Francfort-sur-le Main : Ed. Helbing & Lichtenhan, p. 11-19.
- **CASELLA, P. B.**
 - « Mercosur : Intégration économique et harmonisation juridique », *RFDUSP*, 1995, v. 90, p. 327-337.
- **CHALAS, C.**
 - « Champs d'application territorial de la Convention de Bruxelles », *RCDIP* 2005, p. 698.
- **CHAMPAUD, Cl.**
 - « La concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 451.
- **CHANTEOUP, H.**
 - « La prise en considération du droit national par le droit communautaire. Contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé », *RCDIP* 2007, p. 539-572.
- **CHATRIOT, A. et CHESSEL, M.-E.**
 - « L'histoire de la distribution : un chantier inachevé », in *Histoire, économie et société*, n°1, 2006, p. 67-82.
- **CHAUVEL, P.**
 - « Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques », *RFTJ*, n. 12, 1990, p. 93-106.
- **CLEMENT, J.-P.**
 - « A propos de la date d'applicabilité de l'art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 », *JCP*, 14-15 février 1992, p. 9.
- **COHEN, D.**
 - « Justice publique et justice privée », *Archives de philosophie du droit*, 1997, p. 149.
 - « Arbitrage et groupe de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471.

- « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.* 2010, p. 975.
- **CONSTANTINESCO, V.**
 - « Brève note sur l'utilisation de la méthode comparative en droit européen », in F. R. van der Mensbrugge, *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, n. 25, 2003, p. 174.
- **CORBION, L. et POILLOT-PERUZZETTO, S.**
 - « Les modifications apportées par la proposition de règlement Rome I », *RLDA*, 2006, p. 76.
- **CORNELOUP, S.**
 - « Transformation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le futur règlement communautaire « Rome I » », *JCP G* 2008, act. 320.
- **COSNARD, D.**
 - « La compétence territoriale en matière contractuelle », in *Mélanges P. Hebraud*, 1981, p. 207.
- **COSTA CERQUEIRA, G. V. da et AGUILAR VIEIRA, I. de**
 - « L'influence du Code de commerce français au Brésil - (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807) », *RIDC*, 1-2007, p. 27-77.
- **COUCHEZ, G.**
 - « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP* 1977-1979, p. 129.
- **COURBE, P. et CHANTELOUP, H.**
 - « Droit international privé », *D.* 2005, n. 18, p. 1192-1199.
- **COURDIER-CUISINER, A.-S.**
 - « La rupture brutale d'une relation commerciale établie caractérisée par une succession de contrats ponctuels » *RLDA*, 2009, n° 2629, p. 40.
- **COURVIOUR, K. Le**
 - « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD com.*, 2008, p. 1-24.
- **CRAHAY, P.**
 - « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale de concessions de vente », *RDCB*, 1985, p. 661.
- **CUNIBERTI, G.**
 - « L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat – La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *JCP*, n. 30, 2003, p. 1401-1404.
- **DELORT, S.**
 - « La qualification aléatoire de l'abus de puissance dá chat de vente ou de relations de dépendance », *JCP A*, n. 12, 2005, p. 512-519.

- **DESERABLE, F. H.**
 - « Compétence juridictionnelle en matière de distribution internationale », *RLDA*, 2011, p. 62-63.
- **DEUMIER, P.**
 - « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica*, 2008, p. 305-329.
- **DEUMIER, P. et RACINE, J.-B.**
 - « Règlement Rome I mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDCO* 2008, p. 1309.
- **DERAINS, Y.**
 - « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Études offerts à Berthold Goldman*, *Litec*, p. 29-46.
 - « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993, p. 829.
- **DILOY, C.**
 - « Compétence judiciaire internationale et contrats de distribution », *D.* 2002, p. 198.
- **DISSAUX, N.**
 - « Le document d'information précontractuel », *RLDA*, supplément n° 73, 2012, p. 19-22.
 - « Distribution – généralités », *J.-Cl. comm.*, fasc. 303.
- **DROZ, G.**
 - « L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat », *D.* 1977, chron. p. 287.
- **DUMINY, È. et BRETZNER, J.-D.**
 - « Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes) », *RDCO* 2011/1, p. 321.
- **ELHOUEISS, J.-L.**
 - « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 281-313.
 - « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39-85.
- **ERESEO, N.**
 - « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'art. 442-6, I, 5° C. com. », *CCC*, 2010/2, p. 57-63.
- **FABRE-MAGNAN, M.**
 - « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD. civ.* 1996, p. 85.
- **FAGES, B.**
 - « L'abus dans les contrats de distribution », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 11.
- **FAGES, B. et MESTRE, J.**
 - « L'empire du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD civ.* 1998, p. 71.
- **FALLON, M.**
 - « *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne* », *RCDIP* 1995, p. 9.

- « Les projets européens en matière de conflits de lois : une mise en contexte », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006/4, p. 503-547.
- **FASQUELLE, D.**
 - « Droit américain et droit communautaire des ententes », in *Etude de la règle de raison*, GLN Joly, 1993
- **FAUVARQUE-COSSON, B.**
 - « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA*, 29 juillet 2004, n° 151, p. 6.
 - « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDCO* 2006/1, p. 147.
 - « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence », *RDCO* 2009, p. 781.
- **FERNANDEZ ARROYO, D. P.**
 - « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome », *RCDIP* 1995-1, p. 178-186.
- **FERNANDEZ ROZAS, J. C.**
 - « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, t. 209, 2001, p. 9-224.
- **FERRARI, F.**
 - « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *TCFDIP* 2006-2008, p. 115-149.
 - « Forum shopping et droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 385-408.
 - « Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle », *JDI* 2003, p. 791-809.
 - « La place de la régionalisation dans l'unification du droit de la vente », *RDAI*, n. 4, 2004, p. 445-459.
 - « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties, art. 4 du règlement Rome I », *RCDIP* 2009, p. 459.
- **FERRÉ, D.**
 - « Bilan 2005-2006 des décisions rendues en matière de pratiques restrictives : quels enseignements tirer des rapports présentés à la CEPC ? », *CCC*. 2007, étude 6, spéc. p. 10, n° 14 et 15.
- **FERRIER, D.**
 - « La considération juridique du réseau », in *Mélanges C. Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 65-99.
 - « La franchise internationale », *JDI* 1988, p. 625-662.
 - « La politique d'harmonisation du droit des contrats de distribution en Europe », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 83-95.
 - « La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement », *D.* 1991, p. 237-240.
 - « L'intérêt commun dans le contrat de concession », *Cah. dr. de l'entreprise*, 1979/6, p. 12 et s.
 - « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.* 1989, n° 41, p. 117 et s.
 - « Accords de distribution », *Rep. dr. com. Dalloz*, 2005, p. 20.

- « Franchise et savoir-faire », in *Mélanges en l'honneur de J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 157.
- « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 45.
- **FERRY, Cl.**
 - « Contrat international d'agence commerciale et lois de police », *JDI* 1993, p. 299-307.
- **FLECHEUX, G.**
 - « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 341.
- **FLOCH, P. Le**
 - « Propriété commerciale et distribution intégrée », in *Mélanges Claude Champaux*, Dalloz, p. 405-416.
- **FONTAINE, M.**
 - « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à R. Houin*, Dalloz, 1985, p. 263-274.
 - « Vingt-cinq ans de recherches sur la pratique des contrats internationaux », *RDAI*, 2002, n° 3/4, p. 251-256.
- **FOUCHARD, Ph.**
 - « Le nouveau droit français de l'arbitrage », *RIDC*, 1982, p. 29.
 - « La réforme de l'arbitrage international en France – Introduction: spécificité de l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1981, p. 449.
- **FOYER, J.**
 - « Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169-179.
 - « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI* 1991, p. 601.
- **FRADERA, V. M. J. de**
 - « La responsabilité, Aspects nouveaux », Rapport brésilien, in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Panaméennes*, t. L, LGDJ, 1999, p. 217.
 - « La partie générale du Code civil brésilien », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2005, p. 219.
 - « L'influence de la doctrine française dans l'actuel Code civil brésilien, in *Mélanges offertes à Camille Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 659 et ss.
- **FRADERA, V. M. J. de, TEPEDINO, G. et SCHREIBER, A.**
 - « La rupture du contrat », Rapport brésilien, in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes*, t. LV, SLC, 2005, p. 695-712.
- **FRANESCAKIS, Ph.**
 - « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, p. 1-18.
- **FRANCK, S.**
 - « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles, quelques changements », *JDI* 2009, p. 41 et s.

- FRISON-ROCHE, M.-A.

- « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

- GAC-PECH, S. Le

- « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005, p. 223.

- GAILLARD, E.

- « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, n° 3, p. 175-192.

- « Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI* 2007, p. 8.

- « Trente ans de *Lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995, p. 5.

- GAST, O.

- « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *RTD com.* 1982, p. 225.

- GAUDEMET-TALLON, H.

- « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 181-192.

- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, t. 312, 2005, p. 13-488.

- « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in K. Boele-Woelki *et alli.*, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010.

- GAUDEMET-TALLON, H. et KESSEDJIAN, C.

- « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTD eur.* p. 435-454.

- GHESTIN, J.

- « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'attachent », *JCP E* 1997, n° 3, p. 7.

- « La notion de contrat », *RFTJ*, n. 12, 1990, p. 7-24.

- « Le mandat d'intérêt commun », in *Mélanges Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 105.

- « L'abus de droit en matière de contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 379.

- GIARDINA, A.

- « Les principes Unidroit sur les contrats internationaux », *JDI* 1995, p. 54.

- « Les contrats liés en droit international privé », *TCFDIP*, 1995-1996, p. 97-109.

- GOLDMAN, B.

- « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, p. 469.

- « La *Lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979, p. 475.

- GONZALEZ, F.

- « La responsabilité délictuelle dans les sentences arbitrales de la Chambre de Commerce Internationale », *Bull. CCI*, 2002, vol.13, n° 2, p. 41.

- **GRAZIANO, T. K.**
 - « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle : règlement Rome II », *RCDIP* 2008, p. 445.
- **GRIGNON, Ph.**
 - « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 127-150.
- **GRIVART DE KERSTRAT, F.**
 - « Une méthode pour le droit comparé », *Revue de la recherche juridique*, 1982-2, p. 205-216.
- **GRYNBAUM, L.**
 - « Responsabilité et contrat : l'union libre, variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrats », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Litec, 2008, p. 409.
- **GUYENOT, J.**
 - « Les contrats de concession commerciale », *RTD com.* 1963, p. 514.
 - « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 242.
- **HAFTEL, B.**
 - « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, p. 10.
- **HAHN, C.**
 - « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II, l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187-204.
- **HANOTIAU, B.**
 - « L'arbitrabilité », *RCADI*, t. 296, 2002, p. 39-253.
 - « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994, p. 899.
- **HASCHER, D.**
 - « Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence », in *Competition and Arbitration Law*, dossier de l'Institut de la CCI, 1992, p. 151.
- **HASSLER, H.**
 - « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 58.
- **HEUZE, V.**
 - « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968 », *RCDIP* 2000, p. 595-639.
 - « La notion de contrat en droit international privé », *TDFDIP*, 1997-1998, p. 319-344.
- **HOLLANDER, P.**
 - « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Actes du colloque du CEPANI du 17 novembre 2005, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 25.

- HUET, J.

- « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelles lex mercatoria », *LPA*, 10 novembre 1995, p. 8.

- IDOT, L.

- « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321.
- « L'impêtement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDCO*, 2004/3, p. 861.
- « Adoption des nouveaux règlements d'exemption en matière de relations verticales », *RDCO* 2010/4, p. 1269.
- « Arbitrage et droit communautaire », *RDAI*, n° 5, 1996, p. 561.
- « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in *Le droit international privé : esprit et méthode. Mélanges en l'honneur de Pierre Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 431 et s.
- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, 2002, p. 27.
- « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, chron. 2681.
- « Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution », *DPCI* 1993, p. 214.

- JACQUES, J.-M.

- « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP*, 1993-1994, p. 23-47.
- « Contrats », *Rép. intern. Dalloz*, 1998.

- JAMIN, Chr.

- « Une restauration de l'effet relatif des contrats », *D.*, 1991, p. 257.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 444-472.
- « Typologie des théories juridiques de l'abus », *CCC*, 1996, n° 92, p. 207.
- « Un brève historique politique des interprétations de l'art. 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901-911.

- JARROSSON, Ch.

- « Arbitrage et juridiction », *RFTJ*, 1989, n° 9, p. 107-117.
- « Réflexion sur l'imperium », in *Etudes offertes à P. Bellet*, 1991, p. 249.
- « La notion d'arbitrabilité », *RBAr*, ano 1, Ed. spéciale, 2003, p. 173-180.

- JAUFFRET-SPINOSI, C.

- « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 2.
- « La structure du droit français », *RIDC*, 2002-2, p. 265-275.
- « Rapport de synthèse », in *Le contrat*, Journées brésiliennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, SLC, 2005, p. 2-22.
- « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans d'autres systèmes juridiques romanistes », in S. Grundmann et D. Mazeaud (org.), *General Clauses and standarts in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 23-39.

- JORDA, H.

- « Les recompositions de l'artisanat : des corporations à la « première entreprise de France », *Marché et organisation*, n° 1, 2006, p. 39-53.

- JOURDAIN, Ph.

- « La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », *D.* 1992, p. 149.
- « Responsabilité précontractuelle », *J.-Cl. Contrats-distribution*, fasc. 35, 1996

- JUNQUEIRA de AZEVEDO, A.

- « La bonne foi dans la formation du contrat », Rapport brésilien, in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1992, p. 77-84.

- KARIMI, A.

- « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », in *Mélanges à l'honneur de Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 587.

- KENFACK, H.

- « L'article 4 de la Convention de Rome et les contrats de distribution », *D.* 2004, p. 495.
- « Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs », *D.* 2006, p. 127.
- « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », *D.* 2008, p. 1729.
- « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009, p. 3 et s.
- « Précisions sur le droit international des contrats de concession exclusive », *D.* 2007, p. 1575

- KESSEDJIAN, C.

- « Codification du droit commercial international et droit international privé: de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *RCADI*, t. 300, 2002, p. 79-308.
- « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.*, 2011, p. 117-130.
- « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813 et s.
- « Les normes nationales et le futur règlement Rome I - Une occasion manquée jusqu'à nouvel ordre ? », *RDCO* 2007, p. 1470 et s.
- « Les contrats de distribution, Livre XVI », in *Pratique des contrats internationaux*, 1994, n° 23, p. 8.
- « Le principe de proximité vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 507-521.

- KESSEDJIAN, C. et ELBAZ, S.

- « Contrats de distribution », *J.- cl.*, fasc. 571-20, 01, 2011.

- KOVAR, R.

- « Le droit communautaire et la règle de raison », *RTD eur.* 1987, p. 237.
- « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 110.

- KUYVEN, F.

- « Les limitations à l'autonomie de la volonté contractuelle en droit international privé comparé franco-brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, Etudes de droit comparé, L'Harmattan, 2010.

- **LACHIEZE, C.**
 - « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP E* 2004, n° 50, p. 1996.

- **LAGARDE, P.**
 - « Convention de Rome (Obligations contractuelles) », *Rép. comm. Dalloz*, 1992, p. 3 et s.
 - « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 11 Juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 288-340.
 - « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, t. 196, 1986, p. 9 et s.
 - « Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire rapports avec les autres conventions) », *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, n.1, gennaio-marzo 1993, p. 33-42.
 - « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift*, v. 68, 2004, p. 225-243.
 - « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RCDIP* 2006, p. 331-359.
 - « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Etudes Berthold Goldman*, 1984, p. 125, spéc. p. 134.

- **LAGARDE P. et TENENBAUM, A.**
 - « De la convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP* 2008, p. 727 et s.

- **LALIVE, P.**
 - « Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, v. 4, 1994, p. 3-29.

- **LANGROD, G.**
 - « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *Revue de la recherche juridique*, 1957-2, p. 353-369.

- **LARROUMET, C.**
 - « Pour la responsabilité contractuelle », in *Mélanges à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543-554.

- **LASSALAS, C.**
 - « Les critères de l'abus de droit dans la rupture des relations contractuelles », *Dr. et patr.* 1997, n° 51, p. 61.

- **LAUER, S.**
 - « Galeries Lafayette. Dans les coulisses d'une machine à vendre », *Le Monde Magazine*, 19 déc. 2009, p. 28-35.

- **LAURANT, Ph.**
 - « La bonne foi et l'abus de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA*, 08 mars 2000, n° 48, p. 20.

- **LAVABRE, C.**
 - « Eléments de la problématique du contrat-cadre », *RJDA*, n. 7, 2002, p. 603-608.

- **LECLERC, F.**
 - « Les chaînes de contrats en droit international privé », *JDI* 1995, p. 267-320.
 - « Le contrat cadre en droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 4.

- **LEDUC, F.**
 - « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle », *JCP* 1992, I, 3631.
- **LÉGIER, G.**
 - « Responsabilité contractuelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, p. 3.
- **LEIN, E.**
 - « La nouvelle synergie Rome I/ Rome II/ Bruxelles I », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Andrea Bonomi et Eleanor Cashin Ritane (org.), Schulthess, 2008, p. 27-47.
- **LEMAIRE, S.**
 - « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.
- **LEMOALLE, E.**
 - « Le droit civil », in D. Paiva de Almeida (dir.), *Introduction au droit brésilien*, L'Harmattan, 2006, p. 271.
- **LEMOS, S. M.**
 - « Les arbitres internationaux », issu du Colloque organisé le 4 février 2005 par le Centre français de droit comparé, vol. 8, SLC, 2005
- **LEGEAIS, D.**
 - « La franchise », *J.-Cl. comm.*, fasc. 312.
- **LELOUP, J.-M.**
 - « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accord de franchise », *JCP E*, 1989, II, p. 15455.
 - « 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-I, p. 105.
 - « La directive européenne sur les agents commerciaux », *JCP E* 1987-II, n° 15024.
- **LEVEL, P.**
 - « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213.
- **LEVENEUR, L.**
 - « L'indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC*. 1996, p. 1-4.
- **LEWALD, H.**
 - « Règles générales des conflits de lois : contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, t. 69, 1939, p. 1-147.
- **LICARI, F.-X.**
 - « La notion d'agent commercial et l'indemnité de fin de contrat dans la jurisprudence récente de la CJCE », *RLDC*, 2006, p. 5-10.
 - « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale », *RLDA*, 2007, p. 93-105.
- **LOQUIN, E.**
 - « L'exécution des sentences arbitrales internationales au début du troisième millénaire », *RDAl*, 2003, n. 7, p. 747-760.
 - « Arbitrage », *J.-Cl. proc. civ.*, Fasc. 1024, n° 16.

- **LOUSSOAURN, Y.**
 - « La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *RCDIP* 1986, p. 271-296.
- **LYON-CAEN, G.**
 - « De l'évolution de la bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 et s.
- **MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A.**
 - « L'entrée en vigueur du règlement Rome I », *RTD com.* 2008, p. 892.
- **MAINGUY, D.**
 - « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6, p. 25.
 - « Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies », *JCP A*, n° 51, 18 déc. 2003, 1792.
 - « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur », *JCP*, 2005, n. 17, p. 698-703.
 - « Premier regard sur l'abus de droit dans les contrats », *JCP E*, 1998, n° 6, p. 1.
 - « Le « raisonnable » en droit d'affaires », in Erik Le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Colletion Droit et Economie, LGDJ, 2010, p. 307-336.
 - « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Litec*, 2005, p. 449.
- **MAINGUY, D. ; RESPAUD, J.-L. et DESTOURS, S.**
 - « Chronique du Droit de la distribution », *JCP E* 2005, p. 1324.
- **MALAURIE, M.**
 - « La cessation des contrats de distribution automobile », in *Doc. prat. com. international*, Colloque sur la distribution automobile, Le Mans, 19 décembre 1992, p. 560.
- **MALAURIE-VIGNAL, M.**
 - « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E* 1998, p. 260.
- **MALAURIE, Ph.**
 - « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, Dalloz/Litec, 1999, p. 187-203.
 - « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP*, 1965, p. 83-109.
- **MANTILLA SERRANO, F.**
 - « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récentes) », *Rev. arb.*, 2005, p. 561-602.
- **MARCILIO, M.-L.**
 - « Industrialisation et mouvement ouvrier à Sao Paulo au début du XX^e siècle », *Le Mouvement social*, n° 53, p. 111-129.
- **MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A.**
 - « L'entrée en vigueur du règlement Rome I », *RTD com.* 2008, p. 892.

- **MARTINET, L. et CARTIER-MARRAUD, M.-L.**
 - « Les beaux jours de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. », *Gaz. Pal.*, 18 au 20 nov. 2007, p. 2.
- **MAURY, J.**
 - « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, t. 57, 1936, p. 325-570.
- **MATHEY, N.**
 - « La rupture de relations commerciales établies en période de crise », *CCC*. 2010/3, étude 3.
- **MAYER, P.**
 - « Les lois de police étrangères », *JDI* 1881-II, p. 277-345.
 - « L'Etat et le droit international privé », *RFTJ*, 1992, n. 16, p. 33-44.
 - « Faut-il distinguer arbitrage interne et international? », *Rev. Arb.*, 2005, p. 361.
 - « La « circulation » des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005-II, p. 253-262.
 - « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1998, p. 359 et s.
 - « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADIP*, t. 217, (1989-V), p. 323 et s.
 - « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 206.
 - « Le mythe de l'ordre juridique de base », in *Etudes offerts à B. Goldman*, Litec, 1982, p. 215.
 - « Le phénomène de coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, t. 327, 2007, p. 137.
- **MAZAUD, D.**
 - « Loyauté, solidarité et fraternité: la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603-634.
 - « Contrat, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon) », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 745.
 - « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178.
 - « La révision du contrat », in *Le contrat*, Journées brésiliennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, SLC, 2005, p. 553-589, spéc. p. 558.
 - « Durées et ruptures », *RDCO*, 2004/1, p. 129.
 - « Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs – Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen », *RTD eur.* 2009, p. 723.
 - « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », *European Review of Contract Law*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 1-24.
 - « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 1364.
 - « La réforme du droit des contrats: trois projets en concurrence », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 329 et s.
- **MERGELIN, F.**
 - « La médiation en matière de commerce international : aspects pratiques de droit international privé », *LPA*, août 2002, p. 69-73.
- **MENSBRUGGHE, Fr. R. van der**
 - « La bonne foi dans le commerce international », *RIDC* 2000, n° 77, p. 301-328.

- **MESTRE, J.**
 - « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 41.
 - « Rupture abusive et maintien du contrat », in *Execution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDCO* 2005/1, p. 99.
 - « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13.
 - « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 100.

- **MIGNON, Ph.**
 - « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 127.

- **MIRANDA, P. de**
 - « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », *RCADI*, t. 39, 1932, p. 551-678.

- **MITTMANN, A.**
 - « Compétence internationale en matière contractuelle, quelques éclaircissements récents dans l'obscurité de l'article 5, 1, du règlement Bruxelles I », *D.* 2011, p. 834.

- **MOREAU, B.**
 - « Arbitrage en droit interne », *Rép. proc. civ. Dalloz*, avril 2004, p. 1-53.
 - « Arbitrage international », *Rép. proc. civ. Dalloz*, avril 2004, p. 1-33.

- **MORIN, G.**
 - « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1980, p. 9.

- **MOURRE, A.**
 - « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage? », *Bull. ASA*, 2005, p. 408.
 - « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de justice des communautés européennes », *Cah. de l'arb.*, vol. 1, 2000/2001, p. 77.
 - « L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le règlement (CE) n° 1/2003 », in *Arbitrage et le droit de la concurrence*, Actes du colloque du CEPANI du 9 décembre 2010, p. 67-84.

- **MOURRE, A. et LAHLOU, Y.**
 - « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires (2004) », *RDAI*, n° 2, 2004, p. 223-238.

- **MOUSSERON, J.-M. et SEUBE, A.**
 - « A propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.* 1973, p. 197.

- **NEAU-LEDUC, P.**
 - « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. dr. entr.* 1998, n° 2, p. 29.

- **NEHRING NETTO, C.**
 - « L'arbitrage au Brésil - le passé, le présent et l'avenir », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 4, 1993, n° 2.

- **NIBOYET, J.-P.**
 - « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, t. 16, 1927, p. 1-116.

- **NIBOYET, M.-L.**
 - « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 » *Gaz. Pal.* 2001, p. 943.
- **NICOLAS-VULLIERME, L.**
 - « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », *LPA*, 2005, n° 1, p. 4.
- **NOURISSAT, C.**
 - « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action ! », *RLDA*, 2007, n° 1193, p. 67.
 - « Lois de police étrangères devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la Convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement « Rome I » », *RLDA*, 2010, n° 51, p. 63-66.
- **NOURISSAT, C. et TREPPOZ, E.**
 - Quelques observations sur l'avant projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome II », *JDI* 2003, p. 7-38.
- **NUYTS, A. et WATTE, N.**
 - « Le champs d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003, p. 365-400.
- **NUYTS, A.**
 - « L'application des lois de police dans l'espace réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *RCDIP* 1999, p. 31.
- **OERTEL, R. R.**
 - « Les clauses d'exclusivité dans le contrat de concession commerciale », in Th. M. da Costa, M. Storck, G. V. da C. Cerqueira (coord.), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et brésilien*, l'Harmattan, 2010, p. 307-320.
- **OPPETIT, B.**
 - « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause hardship », *JDI* 1984, p. 794.
- **PANCRAZI TIAN, M.-E.**
 - « Résolution et résiliation judiciaire », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 65.
- **PATAUT, E.**
 - « Lois de police et l'ordre juridique communautaire », *D. th. et comm.*, 2004, p. 117-143.
- **PETIT, S.**
 - « La rupture abusive des relations commerciales », *LPA*, 18 septembre 2008, n° 188, p. 33-56.
- **PICOD, Y.**
 - « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318, n° 1.
 - « Droit de la distribution et droit des contrats », *LPA*, 1 juillet 2005, p. 19-28.

- **PIGASSOU, P.**
 - « La distribution intégrée », *RTD com.* 1980, p. 473.
- **PITTON, M.-C.**
 - « L'article 5, 1, b dans la jurisprudence franco-britannique, ou le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement [CEE] no 44/2001 », *JDI*, 2009, p. 853.
- **POILLOT-PERUZZETTO, S.**
 - « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 65-116.
- **POLLAUD-DULIAN, F. et RONZANO, A.**
 - « Le contrat-cadre, par delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179.
- **POUDRET, J.-J.**
 - « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *RIDC*, 1-2004, p. 133-149.
- **PRUJINER, A.**
 - « Le droit international privé : en droit du rattachement », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Ed. Helbing & Lichtenhan, Bâle-Francfort-sur-le Main, 1993, p. 161-172.
- **QUENAUDON, R. de**
 - « Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales », *J.-Cl.*, fasc. 565-A 10, 1997.
- **RACINE, J.-B.**
 - « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 2005, p. 305.
 - « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006, p. 813.
 - « Convention d'arbitrage », *J.-Cl.*, fasc. 191, n° 11.
 - « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010, p. 61-79.
 - « Arbitrabilité et lois de police », *RBAr*, 2009, n° 23, p. 79.
- **RADICATI di BROSOLO, L. G.**
 - « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCDIP* 2003, p. 1.
 - « Arbitrage commercial international et lois de police - Considérations sur les conflits de juridiction dans le commerce international », *RCADI*, t. 315, 2005, p. 265-502.
- **RANIERI, F.**
 - « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, 1998, p. 1055.
- **REMY, Ph.**
 - « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.
 - « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et culture*, 1996, p. 31.

- **REMY-CORLAY, P.**
 - « Contrats à distance et conflits de lois », *REDC*, 2004, n. 1-2, p. 11-34.
 - « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 37.
- **RENAULT, S.**
 - « Guide de la rupture des relations commerciales établies », *Dr. et patr.* 2007, n° 163, p. 48-59.
- **RESPAUD, J.-L.**
 - « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cah. dr. entr.* 2002, p. 20.
- **RIGAUX, F.**
 - « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 341-354.
- **RIZZO, F.**
 - « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.*, 2000, n° 78, p. 60.
- **ROBERT, J.**
 - « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi/Soler », *Rev. arb.*, 1988, p. 174.
- **RONZANO, A.**
 - « Le contrat-cadre en droit international », in *Le contrat-cadre. 1- Exploration comparative*, A. Sayag (dir.), Litec, 1994, p. 247.
- **ROUHETTE, G.**
 - « La définition du contrat et la méthode juridique française », *RFTJ*, n. 12, 1990, p. 59-66.
- **RUY, B.**
 - « Regroupement du contentieux de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP A.*, n° 50, 10 déc. 2009, act. 591.
- **SAINT-ALARY, R.**
 - « Franchising (contrat de franchise) », *Rép. dr. com. Dalloz*, t. IV, n°7, p. 1.
- **SAVATIER, R.**
 - « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *RTD civ.* 1934, p. 525
- **SAVAUX, E.**
 - « La fin de la responsabilité contractuelle ? » *RTD civ.* 1999, p. 1.
- **SCHMIDT, D.**
 - « Accord de concert », *Rép. sociétés Dalloz*, septembre 2006, p. 5.
- **SCHNITZER, A.**
 - « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI*, t. 123, 1968, p. 541-636.

- **SERGENT, F.**
 - « L'obligation d'assistance du franchiseur », *LPA* 2009, n° 218, p. 5 et s.
- **SIMLER, Ph.**
 - « L'art. 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP G* 1971, I, p. 2413.
- **SIMON, F.-L.**
 - « L'identification du contrat de franchise », *LPA* 2008, n° 243.
 - « Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi », *LPA*, 2009, n° 145, p. 8-11.
- **SINDRES, D.**
 - « De la qualification d'un contrat-cadre de distribution au regard des règles communautaires de compétence », *RCDIP* 2008, p. 863.
- **STERN, B.**
 - « *Lex mercatoria* et arbitrage international (à propos des Mélanges B. Goldman) », *Rev. arb.*, 1983, p. 456.
- **STRENGER, I.**
 - « La notion de *lex mercatoria* en droit de commerce international », *RCADI*, t. 227, 1991-II, p. 209-335.
- **TALLON, D.**
 - « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, p. 67.
 - « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.
 - « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, P.U.F., 1995, p. 429.
- **THIBIERGE-GUELFUCCI, C.**
 - « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 382.
- **TOURNEAU, Ph. Le**
 - « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges Pierre Raynard*, Dalloz, 1985, p. 349-380.
 - « Concession exclusive », *J.-Cl. comm.*, fasc. 1035, p. 29.
 - « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, 2012.
 - « Les diverses concessions », *J.- Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 1010, n° 38
- **THIEFFRY, P.**
 - « La distribution automobile sur l'Internet », *CCC.* 2003, p. 3-5.
- **TROCHU, M.**
 - « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 377-389.
- **VALLADÃO, H.**
 - « Le droit uniforme et le droit international privé », *JDI* 1932, p. 1111-1130.
 - « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, t. 81, 1952, p. 1-106.

- **VAN EECKHOUT, A.**
 - « La durée du préavis de rupture d'une relation contractuelle », *RDCO* 2/2005, p. 491.

- **VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de**
 - « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-1999, p. 49-82.
 - « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207.
 - « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe : sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 401.

- **VERGUCHT, P.**
 - « La rupture d'une relation commerciale établie », *RJ com.* 1997, p. 129.

- **VEROUGSTRAETE, I**
 - « Quelques aspects du contrat de concession exclusive de vente et du franchisage », in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, *J.B.*, 1990, n° 47, p. 183.

- **VIEIRA, I. de A.**
 - « La faute contractuelle », Rapport brésilien, in *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, p. 672.

- **VILMART, C.**
 - « Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats des parfumeurs franchisés », *JCP E*, 2004, p. 1282-1286.
 - « La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP E* 2010, I, p. 1556.

- **VINEY, G.**
 - « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 359.
 - « La responsabilité contractuelle en question », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.
 - « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Etudes Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 555.
 - « Projet de réforme du droit des obligations : éléments clés en matière de droit de la responsabilité », *RLDC*, 2005, n° 22, p. 13.

- **VIRASSAMY, G.**
 - « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1er) », *JCP E*, II, 15809, 1990, p. 7.
 - « Les relations entre professionnels en droit français », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDI, 1996, p. 938.

- **VOGEL, L.**
 - « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, p. 155.

- VOGEL, L. et VOGEL, J.

- « Les rapports producteurs/distributeurs: Un nouvel équilibre? (Réforme du droit français de la concurrence par la loi du 1^{er} juillet 1996) », *D.* 1996, p. 398.

- WALD, A.

- « Le droit brésilien de l'arbitrage », in Wald, A. et Jauffret-Spinosi, C. (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2007, p. 409.

- « L'évolution du contrat et le nouveau code civil », in Wald, A. et Jauffret-Spinosi, C. (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2007, p. 221-248.

- « La responsabilité civile et de le Code civil brésilien de 2002, l'influence du droit français », in Wald, A. et Jauffret-Spinosi, C. (dir.), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, SLC, 2007, p. 275.

- « Le droit brésilien et le code civil de 2002 », in *Code civil brésilien*, traduit sous la direc. de A. Wald, SLC, 2009, p. 22.

- « Le contrat et l'économie au XXI^e siècle », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 475-495.

- WALD, A. et SCHELLENBERG, P.

- « L'efficacité de la clause compromissoire au Brésil », *Rev. Arb.*, 2000, p. 429-446.

- WILDERSPIN, M. et LEWIS, X.

- « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, p. 1-38 et p. 289-314.

- WILLMANN, C.

- « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, p. 900, n° 13.

- WITZ, Cl.

- « Le glas de l'action directe dans les chaînes internationales de contrats de vente relevant de la Convention de Vienne », *D.* 1999, jurisprudence p. 383.

- « Regards d'un juriste européen sur le nouveau code civil brésilien », in A. Wald (dir.), *Code civil brésilien*, SLC, 2009, p. 29-45.

- « Faute contractuelle » in *Droit français et droit brésilien – Perspectives nationales et comparées*, Bruylant, 2012, p. 659-670.

- « L'internationalité et le contrat », in *Internationalité, bilan et perspectives*, *Supplém. de la RLDA*, fev. 2002, n° 46, étude n° 2979, p. 59-66.

- ZIGNAGO, S. et CASTILHO, M.

- « Commerce et IDE dans un cadre de régionalisation. Le cas du Mercosur », *Rev. écon.* 2000, vol. 51, n. 3, p. 761-774.

- ZWEIGERT, K.

- « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960-I, Paris, Dalloz, p. 579-596.

B – Articles et chapitres en ouvrages collectifs en langue étrangère

- ABRAO, N.

- « A lei de franquia empresarial », *RT/722*, vol. 84, 1995, p. 25-39.

- **ACHILI, V.; CARACCILOLO, M.-T et alli**,
- « Il contratto di agenzia », in *I contratti di distribuzione*, Giuseppe Cassano (coord.), Milano, Giuffrè Editore, 2006, p.137-397.
- **ALEXANDRE, D.**
- «O regime jurídico dos contratos internacionais no direito francês: um exemplo a seguir? », in I. de A. VIEIRA (org.), *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado*, Curitiba, Jurua, 2011, p. 53-76.
- **d’AZEVEDO, A. R.**
- « Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor », in Cláudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, RT, 2007, p. 285-300.
- **AGUIAR, R. R. de**
- « A boa fé nas relações de consumo », *RDC*, 1993, n° 4, p. 20-25.
- « O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais : limites e responsabilidade, » *RFDUFRGS*, v. 18, 2000, p. 5.
- « Cláusula geral de boa-fé objetiva », in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.
- « Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional », in *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 2, n. 21, p. 15-31, 2000.
- **ALEXANDRE, D.**
- « O regime jurídico dos contratos internacionais no direito francês: um exemplo a seguir? », in I. de Aguillar Vieira (org.), *Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado*, Curitiba, Jurua, 2011, p. 53-76.
- **ALVIM, A.**
- « Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro », *RDM*, 2003, n° 20, p. 25-70.
- « A função social dos contratos no novo Código Civil », *RT*, 2003, vol. 815, p. 29-30.
- **AMARAL, P. E.**
- « Savoir-faire e franquia sob a ótica do direito francês », *RTDC*, 2007, vol. 32, p. 195-207.
- **ANCEL, B.**
- « O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “Competência-Competência” », *RBar*, 2005, n° 6, p. 52-64.
- **ANCEL, M.-E.**
- « The Rome I Regulation and distribution contracts », *Yearbook PIL*, vol. 10, 2008, p. 226.
- **ARAUJO, N. de ; da GAMA SOUZA JR, L. et VARGAS, D.**
- « Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil », *RBar*, 2011, n° 28, p. 147-157.

- **ARROYO, D. P. F.**
 - «La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V (hecha en Mexico, D.F., el 17 de marzo de 1994)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, n. 2, vol. XLVI, p. 929-934.
- **ASCARELLI, T.**
 - «Negozio único o pluralità di negozi – Contratti misti e innominati», in *Saggi Giuridici*, Milano, 1949, p. 158.
- **ATRILL, S.**
 - «Choice of law in contract: the missing pieces of the article 4 jigsaw?», in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, July 2004, p. 549-577.
- **AZEVEDO, A. V. de**
 - «Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório», *RT/86*, 1997, vol. 737, p. 97-111.
- **AZEVEDO, A. J. de**
 - «Contrato de Distribuição – Causa Final dos contratos de trato sucessivo – Resiliação unilateral e seu momento de eficácia – interpretação Contratual – Negócio *Per Relationem* e preço determinável – Conceito de “compra” de contrato e abuso de direito», *RT/93*, 2004, vol. 826, p. 119-136.
 - «Qualificação Jurídica de “acordo operacional” (contrato atípico e complexo, com fortes elementos dos contratos de know how e de mandato com administração). Contratos de duração e não-denunciabilidade dos contratos de duração determinada. Denúncia ilícita», *RF*, 2005, vol. 380, p. 45.
- **AZEVEDO, A. R. d’**
 - «Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor», in Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, RT, 2007, p. 285-300.
- **BAHIA, T. C. S.**
 - A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais, *RT/91*, v. 804, 2002, p. 60-71.
- **BAPTISTA, L.-O.**
 - «Boa fé nos contratos internacionais», *RDBMCA* 2003, n° 20, p. 24-46.
 - «Impacto do MERCOSUL sobre o sistema legislativo brasileiro», in L.-O. Baptista, A. de A. Mercadante et P. B. Casella (org.), *MERCOSUL, Das negociações à implantação*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1998, spéc. chapitre I, p. 17-30.
 - «Contratos internacionais», *RF*, 1980, vol. 270, p. 87-100.
 - «Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro», *RIL*, Brasília, a. 36, n. 142, 1999, p. 267-277.
 - «Lições de Direito Internacional», *Estudos e Pareceres de Luiz Olavo Baptista*, in M. BASSO et P.-L. de CARVALHO (coord.), 1ª ed., Curitiba, Juruá, 2009, p. 184.
- **BARBOSA MOREIRA, J. C.**
 - «Garantia Constitucional do Direito à jurisdição – Competência Internacional da justiça brasileira, Prova do Direito Estrangeiro», *RF*, vol. 343, p. 279.

- BASEDOW, J.

- « The Communitarization of Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 2000, p. 687.
- « EC Conflict of laws – a matter of coordination », in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, L. de L. Pinheiro (org.), Coimbra, Almedina, 2005, p. 17-30.
- « La progresiva europeización del derecho contractual », *Revista española de derecho internacional*, 2004, p. 15-31.

- BASSO, M.-E.

- « Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses », *RT/85*, v. 733, 1996, p. 11-23.

- BASSO, M.-E. et POLIDO, F. B. P.

- « Os artigos 7º a 19 da Lei de Introdução do Código Civil de 1942 », in R. Lotufo et G. Ettore Nanni. (org.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 114-185.

- BATISTA MARTINS, P. A.

- « Observações sobre o Texto do Accordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul », *RBAr*, nº 9, 2006, p. 7-29.

- BELTRAN, A. P.

- « Contratos de agência e de distribuição no novo código e a representação commercial », *Revista do Advogado*, v. 23, n. 70, julho 2003, p. 11-17.

- BERG, A. J. van den

- « ICCA Yearbook Commercial Arbitration », v. 28, 2003, Kluwer Law International, p. 615.

- BERGMAN, E. T.

- « Un marco jurídico al servicio de la integración. Las regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional », in P. B. Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, Sao Paulo, LTr, 1996, p. 48-74.

- BOSCO LEE, J.

- « Arbitragem comercial internacional no Mercosul: o Acordo de Buenos Aires de 1998 », *Anuário Brasil Europa 2002 – Solução de Controvérsias, Arbitragem Comercial e Propriedade Intelectual*, W. Hofmeister and F. Trein eds., Fundação Konrad Adenauer, 2003.
- « O conceito de arbitralidade nos países do MERCOSUL », *RDBMCA*, nº 8, 2000, p. 346.

- BRITO, M.-H.

- « Direito Aplicável ao contrato internacional de concessão comercial », in *Estudos em homenagem à Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Almedina, Lisboa, 2003, p. 103-157.

- CALCINI, F. P.

- « Abuso do direito e o novo Código Civil », *RT/93*, v. 830, 2004, p. 27-45.

- CARBONE, S. M.

- « Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Revista Jurídica De Castilha-La Mancha*, nº 34, abril 2003, p. 45-60.

- CARPENA, H.

- « Abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional », in G. Tepedino (dir.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 367.

- CARVALHO, N. T. P.

- « Os contratos de franquía e o direito antitruste », *RABPI*, 1995, nº 14, p. 36-40.

- CASELLA, P. B.

- « Soberania, Integração Econômica e Supranacionalidade » *Anuário Direito e Globalização – Soberania I*, 1999, p. 71-97.

- « Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul », *Rev. Inf. Leg.* 1994, ano 31, n. 121, p. 117-143.

- « O fenômeno da franquía, da regulamentação comunitária à prática brasileira », *Rev. inf. leg.*, ano 26, nº 103, p. 341-356.

- « Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes », *RT/668*, 1991, vol. 80, p. 239-241.

- « Utilização no Brasil dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, in P. B. Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, LTr, 1996, p. 104.

- « Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro », in *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Carmen Tiburcio (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 737.

- « Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e Relações entre Direito Internacional e Direito Interno », in A. Wald et S. F. Lemes (coord.), *Arbitragem Comercial Internacional, a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 19-51.

- « Negociação e formação dos contratos internacionais : em direito francês e inglês », *RFDUSP*, 1989/1990, vol. 84/85, p. 124-171.

- « Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no MERCOSUL e o direito brasileiro », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2ª ed, São Paulo, LTr, 1999, p. 497-514.

- CASTRO, L. P.

- « Introducción a la Concención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n. 4, 1994, p. 765-776.

- CAVALIERI FILHO, S.

- « Responsabilidade civil no novo Código Civil », *RDCO* 2003, nº48, p. 69-84.

- COMPARATO, F. K.

- « Franquia e concessão de venda no Brasil : da consagração ao repúdio ? », *RDM*, 1975, nº 18, p. 53-65.

- « A responsabilidade do produtor em recente anteprojeto de lei no Brasil - comparação com o direito alemão », *RDM*, 1986, nº 63, p. 112-114.
- **COUTO E SILVA, C. do**
 - « O Princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português », in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada luso-brasileira de Direito Civil), Revista dos Tribunais, 1980, p. 34.
- **CRUZ E CRUZ, L.R. et OLIVEIRA, B. B. da C. de**
 - « Indenização no sistema de franquias empresariais », *RT/95*, 2006, vol. 852, p. 69.
- **D'ALTE, S. T.**
 - « O contrato de concessão comercial », *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. XLII, n. 2, 2001, p.1393-1433.
- **DOLINGER, J. et TIBURCIO, C.**
 - « O DIP no Brasil no Século XXI », in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial 2000, p. 79-95.
- **DOLINGER, J.**
 - « A Ordem pública internacional em seus diversos patamares », *RT/93*, nº 828, 2004, p. 33-42.
 - « Aplicação, prova, e interpretação do direito estrangeiro: um estudo comparado em direito internacional privado », *Revista de Direito Renovar*, n. 5, maio-agosto 1996, p. 15-68.
 - « Convenção Interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 3, 1995, p. 19-46.
 - « As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um exercício de ecletismo », *RF*, vol. 334, 1996, p. 71-107.
- **DUARTE, R. P.**
 - « Boa fé, abuso do direito e o novo Código Civil Brasileiro », *RT/92*, v. 817, 2003, p. 50-78.
- **DREYZIN DE KLOR, A. S. et CORNET, T. N. S.**
 - « Análisis de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales – CIDIP V », *Revista de la Facultad, México*, 1994, vol. 3, n. 1, año 1995, p.131-159.
- **FACCHINI NETO, E.**
 - « Da responsabilidade civil no novo Código », in *O Novo Código Civil e a Constituição*, Ingo Wolfgang SARLET (coord.), Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2003, p. 151-198.
- **FARO, F. K. de**
 - « Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato », *RTDC*, 2009, vol. 38, p. 3-41.
- **FERNANDEZ ARROYO, D. P.**
 - « Proyecto de convenio sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el ámbito de la CIDIP », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, p. 630.

- **FERRIER, D.**
 - « Il contratto di distribuzione selettiva nel diritto francese », *Contratto e Imprensa/Europa*, anno primo, 1996, p. 227-244.
- **IORELLI, G. I.**
 - « Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile e di giurisdizione », *Rivista di diritto internazionale privato e processual*, 2007, p. 633.
- **FONSECA, R. G. da**
 - « O Princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira », *RMA*, 2006, ano 3, n° 9, p. 282.
- **FORGIONI, P.-A.**
 - « A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro », *RDM/130*, 2003, vol. 42, p. 7-37.
 - « Tullio Ascarelli, a teoria geral do direito e os contratos de distribuição », *Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v. 2, 2005, p. 11-35.
 - « Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formação jurídica do mercado brasileiro », in J.-A. Fontoura Costa (org.), *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*, São Paulo, Malheiros, 2013, v. I, p. 764-783.
- **FORTIER, Y.**
 - « Arbitrability of Disputes », in *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, 2005, p. 269.
- **FRADERA, V. M. J. de**
 - « Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, comentários à Lei de Arbitragem », in C. L. Marques et N. de Araújo (coord.), *O Novo Direito Internacional, Estudos em homenagem à Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 403-422.
- **FRANCESCHINI, J.-I. G.**
 - « A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais », in J. G. Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 91-145.
- **GAMA SOUZA JR., L. da**
 - « Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1999, p. 406-425.
 - « Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil », *Rev. dr. unif.*, vol. XVI, 2011-3, p. 613.
- **GARRO, A. M.,**
 - « Unification and Harmonization of Private Law in Latin America », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, p. 587-616.
 - « Armonización y unificación del derecho privado en América Latina : esfuerzos, tendencias y realidades », in *Direito e Comércio Internacional, Tendências e Perspectivas, Estudos em Homenagem à Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, p. 507-559.

- **GOMES, O.**
 - « Traços do perfil jurídico de um shopping Center », in *Shopping Centers, Aspectos Jurídicos*, Ed. RT, São Paulo, 1984, p. 94-96.
- **GOUVEA, E.**
 - « Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações », *RF*, vol. 369, p. 73-88.
- **GRANDINO RODAS, J.**
 - « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais » in J. Grandino Rodas (dir.), *Contratos Internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.
- **GRAU, E.-R.**
 - « Um novo paradigma dos contratos? », *RFDUSP* 2001, vol. 96, p. 423-433.
- **GRAU, E.-R. et FORGIONI, P. A.**
 - « Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729 (Lei Ferrari) », *RDM*, 1999, n° 114, p. 258-272, spéc. p. 271.
- **GRAZIANO, T. K.**
 - « Solving the riddle of conflicting choice of law clauses in battle of forms situations: the Hague solution », *Yearbook PIL* 2012/2013, vol. 14, p. 71.
- **GUERREIRO, J. A. T.**
 - « Aplicação analógica da Lei dos Revendedores », *RDM*, 1983, n° 49, p. 35-49.
- **HILL, J.**
 - « Choice of law in contract under the Rome Convention: the approach of the UK courts », *ICLQ*, vol. 53, 2004, p. 325-350.
- **JARVIN, S.**
 - « Arbitrability of Anti-Trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case », *Journal of International Arbitration*, vol. 2, n° 3, 1985, p. 69.
- **JAYME, E.**
 - « Choice of clauses in international contracts: thoughts on the reform of art. 3 of the Rome Convention », in *International Seminar on the Communitarization of Private International Law*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 53-61.
- **ITURRASPE, J. M.**
 - *Las Clausulas Abusivas em la Contratacion (Informe del derecho argentino)*, *RDC*, n° 44, ano 11, 2002.
- **JUENGER, F. K.**
 - « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *American Journal of Comparative Law*, n° 42, 1994, p. 381.
- **JUNQUEIRA de AZEVEDO, A.**
 - « Contrato de distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – rescisão unilateral e seu momento de eficácia – interpretação contratual – negócio per relationem e preço determinável – conceito de « compra » de contrato e abuso de direito », *RT/93*, v. 826, 2004, p. 119-136.

- KONDER, C. N.

- « A redução gradativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil », *RTDC*, 2007, vol. 29, p. 3-34.

- LEAES, L. G. P. de B.

- « O conceito de área demarcada na concessão comercial de veículos », *RDM*, 1998, nº 110, p. 16-21.

- « Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado », *RT/86*, vol. 719, 1995, p. 49.

- LEMES, S. M. F.

- « A arbitragem doméstica e arbitragem internacional », *Jornal Valor Econômico – Caderno Legislação e Tributos*, agosto 2003, p. E-2.

- « A arbitragem e a vigência no Brasil da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras », in *Carta internacional*, n.7, novembro 2002.

- « Arbitro: o padrão de conduta ideal », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional*, 2ª ed, São Paulo, LTr, 1999, p. 233-268.

- « Arbitragem e a Jurisprudência Paulista », *RAM*, 2006, n. 9, p. 306.

- LILLA, P.-E.

- « O abuso de direito na denúncia nos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros no novo código civil », *RDM*, 2002, nº 127, 2002, p. 229-247.

- LISBOA, R. S.

- « Miguel Reale, o Código Civil e a redução das desigualdades sociais », *RT/96*, 2007, v. 861, p. 30-34.

- « Comentários ao Código Civil, artigo por artigo », (coord.) Luiz Antônio Sacavone Jr. et alii, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 805 et s.

- LORENZETTI, R.

- « Redes Contratuais: Conceituação Jurídica, relações internas de colaboração, efectos frente à terceiros », *RDC*, nº28, 1998, p. 134.

- MANN, F. C.

- « The doctrine of jurisdiction in international Law », *RCADI*, t. 111, 1964, p. 1-162.

- « The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years », *RCDAL*, t. 186, 1984, p. 9-115.

- MARCON, F. et COSTA, K. da

- « A competência internacional no Brasil e no MERCOSUL », in H. W. Rodrigues (coord.), *Solução de controvérsias no MERCOSUL*, Ed. Livraria do Advogado, 1997, p. 61-80.

- MARQUES, C. L.

- « A Nova crise do Contrato », in C.L. Marques (org.), *Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

- MARTINS-COSTA, J.

- « Os fundamentos da responsabilidade civil », *RTJE*, 1991, v. 93, p. 50.

- « A boa fé objetiva e o adimplemento das obrigações », *JB* 2000, p. 11.

- « Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos », *RDGV*, 2005, vol. 1, p. 41.
- « O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura », in G. Nanni (coord.), *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 476-505.
- **MARVEL, H.**
 - « Exclusive dealing », *Journal of Law and Economics*, 25, p. 1-35
- **MELLO, A. M. Th. de**
 - « A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro », *RF*, 2002, vol 369, p. 67.
- **MESQUITA, J.-I. B.**
 - « Da Competência Internacional e dos princípios que a informam », *Rev. de Proc.*, nº50, p. 55.
- **MIGUEL, A.**
 - « A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações », *RT/92*, v. 809, 2003, p. 15.
- **MONTEIRO, H.**
 - « Contrato misto », *RFDUSP*, 1937, p. 535.
- **MONTEIRO, A. P.**
 - « Contratos de agência, de concessão e de franquia ("franchising") », in *Estudos em Homenagem a Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial 1984, p. 303-327.
 - « Do regime jurídico dos contratos de distribuição comercial », *RBDC*, 2002, nº 22, p. 33-49.
 - « Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções », *RTDC*, 2001, vol. 7, p. 3-31.
- **MORAES, M. C. B. de,**
 - « Risco Solidariedade e Responsabilidade Objetiva », *RT/95*, 2006, vol. 854, p. 11-37.
- **MOROSINI, F.**
 - « A Arbitragem Comercial como fator de renovação do Direito Internacional Privado Brasileiro dos Contratos », *RT/95*, 2006, v. 851, p. 63-85.
- **MOURRE, A.**
 - « Arbitraje y Derecho de la Competencia: un Panorama desde la Perspectiva Europea », *RBAr*, nº 10, 2006, p. 63-83.
- **NANNI, G. E.**
 - « O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade », in *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, Homenagem ao Professor Renan Lotufo, São Paulo, Atlas, 2008, p. 283-321.
 - « Abuso do direito », in Lotufo e Nanni (coord.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 751.

- NALIN, P.

- « Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade », in Lotufo e Nanni (coord.), *Teoria Geral dos Contratos*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 97.

- NARDI, M. de

- « A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: uma visão Brasileira », in J. G. Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 122-194.

- NERILO, L. F. L.

- « A Responsabilidade Civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos », *RT/96*, 2007, vol. 866.

- NÊTO LÔBO, P.-L.

- « Princípios sociais dos contratos no CDC e novo Código Civil », *RDC*, 2002, nº 42, p. 187-195.

- « Deveres gerais de conduta nas obrigações civis », in *Novo Código Civil, Questões Controvertidas*, vol. 4, São Paulo, Ed. Método, 2005, p. 75.

- « Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil Brasileiro », *RTDC*, 2006, vol. 27, p. 54-67.

- NICHOLAS, C.

- « The New Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations : Relationships with International Conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT », E. C. Ritaine et A. Bonomi (éds.), in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 49-59.

- NORONHA, F.

- « Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil », *RT/88*, 1999, vol.761, p. 31-44.

- « Contratos do consumo, padronizados e de adesão », *RDC*, nº 20, 1996, p. 45-63.

- NOVAIS, A. A. L.

- « Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente », in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 18.

- OLIVEIRA, F. A. R. de

- « A Concessão de veículos automotores », *RF/99*, vol. 368, 2003, p. 63-79.

- OLIVEIRA, U. M. de

- « Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva », *RDC*, 2002, vol. 23/24, p. 41-78.

- OLIVEIRA GOUVEA, E. de

- « Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações », *RF*, vol. 369, p. 73-88.

- PENTEADO JR., C. M. C.

- « O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos », *RDBMCA*, ano 6, 2003, p. 211-224.

- **PEREIRA, C. M. da S.**
 - « Idéia de Bôa Fé », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 67-81.
- **PERUGINI, A. M.**
 - « Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdiccion internacional en matéria contractual », *Jurisp. Argentina*, 1997-III, p. 893-899.
- **PINSOLLE, Ph.**
 - « Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators », *Int. Arb. Law Rev.* 2004, p. 14.
- **PUÑAL, A. M.**
 - « La solución de controversias en el mercado común del sur: ante un modelo abierto y dinámico », in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación argentina de derecho internacional, 2000-X, Córdoba, Argentina, p. 53-83.
- **RADICATI di BROZOLO, L. G.**
 - « Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali », *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 665.
- **RAGAZZO, C.-E. J.**
 - « Agência e Distribuição », *RTDC*, 2004, vol. 19, p. 3-28.
- **REALE, M.**
 - « Estrutura normativa da Lei nº 6.729 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veiculos automotivos terrestres », *RFDUSP*, 1996, vol. 91, p. 63-102.
 - « O sentido inovador do projeto do novo Código Civil (exposição e debate) », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 735-766.
 - « Visão Geral do Novo Código Civil », *RT/92*, 2003, v. 808, p. 11-19.
- **REQUIÃO, R.**
 - « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *RDM*, 1972, nº 11, p.16-45.
 - « Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas », *RT/513*, p. 41.
- **RODRIGUES, S.**
 - « A Projetada Reforma do Código Civil », *RF comemorativa - 100 anos*, t. III, 2007, p. 637-644.
- **RONALD, H.**
 - « La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, n. 1, 1994, p. 53.
- **RUBIO, J. J. A.**
 - « Pautas básicas par aun analise de compatibilidad entre los convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales », in *Iberoamérica ante los procesos de integración*, Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 2002, p. 217-227.

- **RUBINSTEIN, F.**
 - « *A bona fides* como origem da boa fé objetiva do direito brasileiro », *RFDUSP*, 2004, vol. 99, p. 573-658.
- **SADDI, J.**
 - « Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil », *RDM* 2003, v. 62, n° 129, p. 35-45.
- **SALGADO, L. et MORAES, R.**
 - « The New Brazilian Antitrust Law : beyond the basis », in *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, abril 2012, n° 31, p. 60.
- **SALOMÃO FILHO, C.**
 - « Função social do contrato: primeiras anotações », *RT/93*, 2004, v. 823, p. 67-86.
- **SAMTLEBEN, J.**
 - « Questões atuais da arbitragem comercial internacional no Brasil », *RT*, 1995, vol. 712, p. 51-65.
 - « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *RIL* 1985, n° 22, p. 257-276, spéc. p. 275.
 - « Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convencion Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales », in D. P. Fernandez Arroyo et N. Gonçalez Martin (coord.), *Tendências y relaciones. Derecho internacional privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México, UNAM, ASADIP, 2010, p. 26-27.
- **SPERB de PAOLA, L.**
 - « Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia », *RF*, n° 94, vol. 343. p.120 et 121.
- **SCHLOSSER, P.**
 - « The Separability of Arbitration Agreements – A Model for Jurisdiction and Venue Agreements? », in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2004, p. 305.
- **SCHULTZ, A.**
 - « The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements », *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005, p. 1-16.
- **SCHWAB, D.**
 - « Validade e controle das « condições gerais dos negócios », *Ajuris*, Porto Alegre, nov. 1987, n° 41, p. 8.
- **SCORZA, G.**
 - « La concessione di vendita », in G. Cassanp (dir.), *Il contratti di distribuzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 499.
- **SILVA SOARES, G.-F.**
 - « A Arbitragem comercial internacional no Brasil no direito brasileiro, nos termos da Lei n° 9.307 de 23/09/1996: alguns aspectos », *RFDUSP*, 2001, v. 96, p. 475-499.
- **SILVEIRA, N.**
 - « O contrato de franchise e a transferência de tecnologia », *RDM*, 1989, n° 74, p. 23-29.

- **SHIGUEMATSU, P. J. L.**
 - « A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão », in P. B. Casella (coord.), *Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1999, p. 438-449.
- **SOARES, G. F. S.**
 - « A arbitragem comercial internacional no direito brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23/09/1996: alguns aspectos », *RFDUSP*, v. 96, 2001, p. 475-499.
- **SPERCEL, T.**
 - « A teoria da empresa no novo Código Civil – o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais », *RDM*, n. 130, 2003, p. 125-134.
- **STRENGER, I.**
 - « Aspectos da contratação internacional », *RFDUSP*, v.96, 2001, p. 455-474.
 - « Lacunas da lei em Direito Internacional Privado », *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*, I, 1989, p. 129-143.
 - « Verdadeira projeção da arbitragem – Convenção de New York de 1958 », *RDM*, v. 42, n. 129, 2003, p. 40-63.
- **TEPEDINO, G.**
 - « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 », *RF*, 2002, vol. 364, p. 113-123.
 - « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 1-22.
- **TERNEIRO, M.**
 - « O espaço europeu de justiça civil », in L. de L. Pinheiro (org.), *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 31-43.
- **TERRA, N.**
 - « Contrato de concessão comercial – margem de comercialização », *RDM*, nº 71, 1998, p. 95-100.
- **TIBURCIO, C.**
 - « A eleição de foro estrangeiro e o Judiciário Brasileiro », *RAM*, v. 21, 2009, p. 84-113.
 - « Nota doutrinária sobre três temas de direito internacional privado no Projeto de novo Código de Processo Civil », *RBar*, 2011, nº28, p. 139-145.
 - « Lei aplicável às arbitragens internacionais », in *Reflexões sobre arbitragem*, P. B. Martins et J.-M. R. Garcez (coord.), *Memoriam ao Desembargador Claudio Vieira de Lima*, São Paulo, LTr, 2002, p.100.
 - « A arbitragem no direito brasileiro », *RF/351*, 2000, v. 351, p. 49-64.
- **THEODORO JUNIOR, H.**
 - « Do contrato de comissão no novo Código Civil », *RT/92*, 2003, v. 814, p. 26-43.
- **THEODORO JUNIOR, H. et THEODORO de MELLO A. M.**
 - « Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial », *RDM*, 2001, nº 122, p. 7-37.

- « O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual », *RT/93*, 2004, v. 825, p. 35-74.
- **THEODORO de MELLO, A. M.**
 - « A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro », *RT/91*, 2002, vol. 801, p. 11-29.
- **VALLADÃO, H.**
 - « O contrato internacional », *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 37, nº 156, out/dez 1980, p. 118 et s.
- **VASCONCELOS, C.-E. de**
 - « Cláusula compromissória, Contratos de adesão e Relações de Consumo no Brasil », *RBAr*, nº 4, 2004, p. 7-31
- **VERCOSA, H. M. D.**
 - « Os contratos inominados e o novo Código Civil », *RDM*, nº 126, 2002, p. 31 et s.
- **VIEIRA, I. de A.**
 - « Deveres de proteção e contrato », *RT/88*, 1999, v. 761, p. 68-93.
 - « O conceito de direito uniforme: um ambiente jurídico em movimento », *RDBMCA*, 2003, nº 16, p. 317-357.
- **WALD, A.**
 - « O novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos », *RDM* 2003, vol. 42, p. 39-55.
 - « O novo Código Civil e o solidarismo contratual », *RDBMCA*, 2003, vol. 21, p. 14-47.
 - « A dupla função econômica e social do contrato », *RTDC*, 2004, vol.17, p. 32.
 - « O princípio da confiança », *RF/102*, 2006, v. 386, p. 15-116.
 - « Do regime jurídico do contrato de representação comercial », *RT*, 1993, vol. 696, p. 17-27.
 - « A Evolução do Direito e a Arbitragem », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in Memoriam*, Atlas, 2007, p. 454-473.
 - « A Convenção de Nova Iorque », *RDBMCA*, 2002, nº 16, p. 325-332.
 - « A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro », *RMA*, 2008, nº 18, p. 15.
- **ZULIANI, E. S.**
 - « Responsabilidade Civil e Reparação de Danos, Raízes Históricas, Função e Objetivo », *RDM*, 2005, nº 9, p. 12-32.

III- Sites web consultés

- Fédération française de la franchise, référence du 10 avril 2013, disponible sur le site internet : www.franchise-fff.com

- Centre d'études internationales de la franchise, référence du 10 avril 2013, disponible sur le site internet : www.ceipi.edu

- Association de franchisés, référence du 10 avril 2013, disponible sur le site internet : www.lecidef.com

- Fédération européenne du franchisage, référence du 10 avril 2013, disponible sur le site internet: www.eff-franchise.com

- *O novo Codigo Civil*, référence du 12 novembre 2009, disponible sur le site internet : www.miguelreale.com.br

- Association brésilienne de la franchise, référence du 10 avril 2013, disponible sur le site internet: www.portaldofranchising.com.br

- Loi antitrust n° 12.529 du 30 novembre 2011, référence du 4 janvier 2012, disponible en langue portugaise sur site www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm et langue anglaise sur le site <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

- Loi n° 8.884, du 11 juin 1994, référence du 10 juin 2010, disponible sur le site internet en langue anglaise : http://unctad.org/fr/Docs/c2clpd64_fr.pdf

- Accord de coopération technique entre le *Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência* CADE et l'Autorité de la concurrence en France le 15 décembre 2011, afin d'aider le CADE, en tant que seule autorité de la concurrence au Brésil, à mettre en place le système de contrôle préalable de notifications de concentrations et pratiques anticoncurrentielles, référence 17 mars 2013, disponible sur le site internet : http://www.cade.gov.br/upload/Accord_de_cooperation_entre_CADE_et_Autorite_de_la_concurrence.pdf

- *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, avril 2012, n° 31, référence du 04 mai 2013, disponible sur le site internet : <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

- Archives diplomatiques des traités et accords signés par la France, référence du 27 avril 2013, disponible sur site internet : http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/Traites/Accords_Traites.php

- *Protocole d'Ouro Preto* le 17 décembre 1994 (entré en vigueur le 15 décembre 1995), référence du 05 avril 2013, disponible sur internet à l'adresse : www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/1994_protocolo_pt_ouopreto.tif.

- *Traité d'Asuncion*, référence du 06 avril 2013, disponible sur le site internet à l'adresse : www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/tratado_de_asuncion_pt.pdf.

- Décision n° 1/94, Buenos Aires, 5 août 1994, référence du 06 avril 2013, disponible sur le site internet : www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria

- *Actes du colloque le contrat-cadre de de distribution : enjeux et perspective* organisée par le CREDA le 11 et 12 décembre 1996, référence du 08 mars 2008, disponible sur le site internet : <http://www.creda.ccip.fr>

- TARTERET, O. et HANNE, H., « Grande distribution et croissance économique en France », in *Etude soutenue par le Service du soutien au réseau*, Sous-direction de la communication, programmation et veille économique, Bureau de la veille économique et des prix, déc. 2012, n° 11, référence du 23 janvier 2013, disponible sur le site internet à l'adresse : www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/dgccrf_eco/dgccrf_eco11.pdf

- UNIDROIT, référence du 08 juin 2008, disponible sur le site internet à l'adresse : www.unidroit.org

- FRADERA, V. M. J. de, « A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato », référence du 4 juin 2010, disponible sur le site internet à l'adresse :

www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI63650,101048A+boa+fe+objetiva+uma+nocao+presente+no+conceito+alemao+brasileiro+e

- Assemblée nationale, référence du 23 avril 2013, référence du 11 mai 2013, disponible sur le site internet à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1156/AN/870.asp>

- Le premier bilan des décisions judiciaires réalisé par l'Université de Montpellier pendant la période du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2006 démontre que l'art. L 442-6, I-5° C. com., référence du 7 mars 2009, disponible sur le site internet à l'adresse :

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/bilan_faculte_droit2004_2006.pdf

- GUEZ, Ph., *L'élection de for en droit international privé*, [thèse dactyl.], Paris X, 2000, référence du 12 mars 2008, disponible sur le site internet : www.glose.org

- Rapport général sur l'application du règlement Bruxelles I des professeurs B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation, 44/2001, Application and the enforcement in the EU*, C. H. Beck, Munich, 2008, disponible (en anglais uniquement) sur le site internet à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.-

- Réponse des autorités françaises au Livre vert relatif à la révision du règlement n° 44/2001, disponible sur le site du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale justifiant la révision du règlement, référence du 15 octobre 2012, disponible sur le site internet à l'adresse: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/france_fr.pdf.

- Relatorio de pesquisas n° 43/2001 », EAESP/FGV/NPP, Nucleo de pesquisas e publicações, sous la direction de P.-A. FORGIONI, référence du 5 novembre 2008, disponible à l'adresse internet suivante: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/Rel%2043-2001.pdf>.

- Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par Mario Giuliano, professeur à l'université de Milan, et Paul Lagarde, professeur à l'université de Paris I, Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050. Disponible sur le site internet à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):FR:HTML).

- Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, Etude sur la faisabilité du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, aperçu et analyse des instruments existants, note établie par Thalia Kruger, Conférence de la Haye sur le droit international privé, mars 2007. Référence du 14 février 2008, disponible sur le site internet : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf

- La Conférence de La Haye a publié le 1^{er} octobre 2012, la version consolidée des travaux préparatoires menant au projet de principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, référence du 3 juillet 2013, disponible sur le site internet : www.hcch.org.

III – JURISPRUDENCE

1 – JURISPRUDENCE DE LANGUE FRANÇAISE

(notes, chroniques, observations)

- Cass. civ. 17 mai 1927, *Pélessier du Besset*, arrêt dit « Matter », *D.* 1928, I, p. 25.
- Cass. civ. 19 février 1930 et 27 janvier 1931, Mardelé et Dambricourt, S., 1933, p. 141, n. J.-P. Niboyet, *RCDIP* 1931, p. 514-517.
- Cass. civ. 31 janvier 2001, *D.* 2001, p. 3520, obs. L. Rozes.
- Cass. civ. 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17.665, inédit.
- Cass. civ. 17 déc. 1985, *Cie des signaux et d'entreprises électriques c. Soc. Sorelec*, *RCDIP* 1986, p. 537, n. Gaudemet Tallon ; *Grands arrêts*, n° 69.
- Cass. civ. 6 avr. 1842, *S.* 1842, 1, p. 569.
- Cass. civ. 5 déc. 1910, *American Trading Co. c/ Québec Steamship Co.*, GA, *D.* 5e éd., 2006, n° 11, p. 94 et s.
- Cass. 1er civ. 4 juillet 1972, arrêt *Hecht*, *RCDIP* 1974, p. 82, n. P. Level, *JDI* 1972, p. 843, n. B. Oppetit, *RTD com.* 1973, p. 419, obs. Y. Loussouarn.
- Cass. 1er civ. 7 oct. 1980, arrêt *Tardieu*, *RCDIP* 1981, p. 313, n. de J. Mestre.
- Cass. 1er civ., 7 oct. 1980, arrêt *Tardieu*, *JCP G.* 1981, II, p.13462, n. Gulphe, *Rev. arb.*, mars 1982, p. 36, n. P. Level ; *RCDIP* 1981, p. 313, n. J. Mestre.
- Cass. 1er civ. 29 nov. 1994, *Alcatel*, *JCP G* 1995, II, 22371, n. J. Ghestin ; *D.* 1995, jurispr. p. 122, n. L. Aynès ; *Bull. civ.* I, n° 348 ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. Mestre.
- Cass. 1re civ. 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 246.
- Cass. 1re civ. 13 octobre 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ.* I, n° 300.
- Cass. 1re civ. 16 mai 2006, n° 03-10.328, *LPA* 12 juill. 2006, p. 18, n. C. Boismain.
- Cass. 1re civ. 2 mars 1999, pourvoi n° 96-18.549, inédit.
- Cass. 1re civ. 7 oct. 1965, *JCP* 1966, II, 14535, *Bull. civ.* I, n° 520, p. 393.
- Cass. 1re civ. 9 avril 1975, *RTD civ.* 1976, p. 781, obs. G. Durry.
- Cass. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *JDI* 2011, n°3, n. S. Sana-Chaillé de Néré.
- Cass. 1re civ. 4 oct. 2005, RC 2006, p. 413, n. M. Audit ; *JDI* 2006, p. 169, n. J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 1501, n. F. Jault-Seseke
- Cass. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 07-17788 : *D.* 2010, p. 1869, obs. X. Delpech ; *D.* 2010, p. 2333, obs. L. d'Avout ; *Procédures*, oct. 2010, comm. 336, obs. R. Perrot ; *RDCO* 2011/1, p. 223, n. J.-B. Racine.
- Cass. 1re civ., 18 juin 1958, *RCDIP* 1958, p. 754, n. E. Mezger ;

- Cass. 1re civ. 22 octobre 2008, *JCP G*, n° 47, 19 nov. 2008, II, 10187, n. L. d'Avout ; *D.* 2009, Jur. 200, n. F. Jault-Seseke ; *D.* 2009, n. A. Huet, p. 684, *D.* 2008. AJ. 2790, obs. I. Gallmeister ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2009, n° 2, 598, n. M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train ; *RLDA* 2009, n° 36, n. G. Chabot, p. 63 ; *RCDIP* 2009, n. H. Muir-Watt et D. Bureau, p. 25 et 27 ; *CCC.* 2008, comm. 270, n. M. Malaurie-Vignal ; *RDCO*, 2009, p. 197, obs. M. Béhar-Touchais
- Cass. 1re civ. 20 févr. 2007, *Cornelissen*, *Bull. civ.* I, n° 68 ; *D.* 2007. Jur. 1115, n. L. d'Avout et S. Bollée, *Chron. C. cass.* 891, obs. P. Chauvin, et Pan. 1751 ; *RCDIP*, 2007, p. 420, n. B. Ancel et H. Muir Watt ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 123, *chron.* M.-L. Niboyet ; *JDI* 2007, p. 195, n. F.-X. Train.
- Cass. 1re civ. 6 mars 2007, n° 06-10.946.
- Cass. 1re civ. 9 janv. 2007, n° 05-17.741.
- Cass. 1re civ. 17 févr. 2010, *D.* 2010, AJ 588, obs. Delpech ; *RTD com.*, 2010, p. 460, obs. Delebecque.
- Cass. 1re civ. 4 juillet 1972, *Hecht*, *JDI*, 1972, p. 843, n. B. Opettit ; *RCDIP*, 1974, p. 82, n. P. Level ; *Rev. arb.* 1974, p. 89.
- Cass. 1re civ. 26 janv. 2011, n° 09-10.198 (n° 71 FS-P+B+I).
- Cass. 1re civ. 25 oct. 2005, *D.* 2005, Pan. 2005, p. 3052, n. Thomas Clay ; *D.* 2006, p. 199, avis J. Sainte-Rose ; *Rev. arb.*, 2006, p. 103, n. J.-B. Racine ; *JDI*, 2006, p. 996, n. F.-X. Train.
- Cass. 1re civ. 5 janv. 1999, *Zanzi*, *Rev. Arb.*, 1999, p. 206, n. P. Fouchard ; *RCDIP*, 1999, p. 548, n. Bureau ; *JDI*, 1999, p. 784, n. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin).
- Cass. 1re civ. 7 juin 2006, *JurisData* n° 2006-033852 ; *JDI* 2006, p. 1384, n. A. Mourre ; *JCP E* 2006, 2784, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, n. E. Gaillard,
- Cass. 1re civ. 11 juill. 2006, *JurisData* n° 2006-034549 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 981 ; *JCP G* 2006, II, 10182, n. P. Caillé;
- Cass. 1re civ. 21 nov. 2006, *JurisData* n° 2006-036024 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 1086
- Cass. 1re civ. 6 oct. 2010, n° 09-68.731, *Sté Blonde d'Aquitaine*, *JurisData* n° 2010-017795 ; *JCP E*, 2010, 1983.
- Cass. 1re civ. 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Copropriété maritime Jules Verne*, *JCP G* 2006, I, 187, n° 7 et s., obs. Ch. Seraglini.
- Cass. 1re civ. 22 oct. 2008, *Sté Monster Cable Productions c. Sté française Audio Marketing Services*, pourvoi n° 07-15823.
- Cass. 1re civ. 3 juin 1997, *Prodexport*, *RCDIP* 1999, p. 92, n. P. Mayer.
- Cass. 1re civ. 28 mai 2002, n° 99-10471 et 00-12144, *RCDIP*, 2002/4, p. 759, n. Coipel-Cordonnier.
- Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard ; *JDI* 1994, p. 690, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, n. H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1994, p. 663, n. P. Mayer.

- Civ. 1re civ. 8 juill. 2010, n° 09-67.013, Jurisdata n° 2010-012390, *JCP E* 2010, act. 406 ; *JCP G* 2010, p. 1286, n. J. Bégin ; *Rev. arb.* 2010, p. 513, n. R. Dupeyré ; *D.* 2010. 2884, obs. X. Delpech, n. M. Audit et O. Cuperlier ; *ibidem.* 2933, obs. T. Clay ; *RCDIP* 2010, p. 743, n. D. Bureau et H. Muir-Watt.
- Cass. 1re civ. 26 juin 2001, *Rev. arb.* 2001. 529, n. E. Gaillard ;
- Cass. 1re civ. 16 oct. 2001, n° 99-19.319, *D.* 2001. 3247 ; *RCDIP.* 2002, p. 555, n. F. Jault-Seseke, *Rev. arb.* 2002. 919, n. D. Cohen.
- Cass. 1re civ. 16 novembre 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 680.
- Cass. 1er civ. 19 nov. 1985, *Société Gognac and Brandies, Grands arrêts*, n° 71.
- Cass. 1re civ. 23 mai 2006, *Bull. civ. I*, 254, *D.* 2006, p. 1561, obs. I. Gaulmeister, *RCDIP* 2006, p. 170, n. H. Gaudemet-Tallon, B. AUDIT, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle: retour à la lettre de l'art. 15 du Code civil », *D.* 2006, p. 1846.
- Cass. 1re civ. 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 2548, n. B. Audit, *JCP G*, 2007, act., n° 258, obs. C. Chabert.
- Cass. 1re civ. 19 oct. 1959, *Pelassa*, *D.* 1960, p. 37, n. D. Holleaux, *RCDIP* 1960, p. 215, n. Y. Lequette.
- Cass. 1re civ. 30 oct. 1962, *Scheffel*, *RCDIP* 1963, p. 387, n. Franceskakis, *D.* 1963, p. 109, n. D. Holleaux, *Grands arrêts*, n° 37.
- Cass. 1re civ. 8 fév. 2000, *D.* 2000, IR p. 72.
- Cass. 1re civ., 3 oct. 2006, *RDCO* 2007/2, p. 474, obs. P. Deumier ; *LPA*, 18 juin 2007, n° 121, p. 20, n. G. Toulouse.
- Cass. 1re civ. 23 janv. 2007, n° 05-12.166, *D.* 2007. AJ. 511, obs. E. Chevrier, Jur. 1575, n. H. Kenfack, et Pan. 2562, obs. L. Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2007. 588, obs. B. Bouloc, et 630, obs. P. Delebecque ; *JCP* 2007. II. 10074, n. T. Azzi ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 123, p. 24, obs. M.-L. Niboyet ; *RDCO*, 2007, p. 887, 2e esp., n. P. Deumier.
- Cass. 1re civ, 5 mars 2008, *Docteur Wolman GmbH c. Société Cecil*, n° 06-21.949, *D.* 2008. AJ. 858, obs. X. Delpech, et Jur. 1729, n. H. Kenfack ; *RTD com.* 2008. 455, obs. P. Delebecque, et 838, obs. B. Bouloc ; *JDI* 2008, p. 521, n. J.-M. Jacquet.
- Cass. 1re civ. 26 sep. 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304.
- Cass. 1re civ. 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134.
- Cass. 1re civ, 9 juil. 2008, *Société Invicta c. Société Gabo*, *RTD com.* 2009, p. 646, obs. P. Delebecque ; *D.* 2008. AJ 2154 ; *CCC.* 2008. comm. p. 227, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RCDIP* 2008, p. 863, n. David Sindres.
- Cass. 1re civ. 16 avril 2008, *Fascom Internationale c. Ionan SA Papastratos Group*, n° 07-14.697
- Cass. 1re civ, 23 mars 2011, n° 10-30.210.
- Cass. 1re civ. 4 juill. 2006, n° 05-10006, *RCDIP.* 2007, p. 618 et s., spéc. p. 622, n. M.-É. Ancel.
- Cass. 1re civ. 22 oct. 1991, *Bull.* 1991 I N° 275 p. 182, *Rev. arb.* 1992, p. 457, n. P. Lagarde ; *JDI* 1992, p. 177, n. B. Goldman.
- Cass. 1re civ. 22 juill. 1986, *RCDIP* 1988, p. 56, n. H. Battifol.

- Cass. 1re civ. 15 mars 1988, *Bull. civ. I*, n° 83, p. 54.
- Cass. 1re civ. 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *RCDIP* 2002. 86, n. P. Lagarde ; *D.* 2002. 198, n. C. Diloy, p. 1397, obs. B. Audit ; *RTD com.* 2001. 966, obs. B. Bouloc ; *JDI* 2001. 1121, note A. Huet ; *JCP G* 2001, n° 10634, p. 2208, n. J. Raynard ; *LPA* 30 mai 2002. 15, n. H. Chanteloup ; *RLDA* 2002, n° 46, p. 5, obs. H. Kenfack.
- Cass. 1re civ. 25 nov. 2003, *Cah. dr. entr.* 2004, n° 3, p. 28, obs. D. Mainguy ; *RCDIP* 2004, p. 102, n. P. Lagarde ; *D.* 2004. 494, n. H. Kenfack ; *RTD com.* 2004, p. 396, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2004, p. 1179 ; *JCP G* 2004, n° 10046, n. J. Raynard ; *Dr. et patr.* 2004, n° 125, p. 126, obs. D. Mainguy, P. Mousseron ; *RDCO* 2004, p. 770, obs. D. Bureau.
- Cass. 1re civ. 15 mars 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 83, p. 54
- Cass. 1re civ. 12 janv. 1994, *JDI* 1995, p. 154, N. S. Dion-Loye.
- Cass. 1re civ. 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *RCDIP* 1959, p. 708, n. H. Battifol ; *Grands arrêts*, n. 35.
- Cass. 1re civ. 25 mars 1980, *Mercator Press*, *RCDIP* 1980, p. 576.
- Cass. 1re civ. 15 mai 2001, *JCP G* 2001, II, 10634, n. J. Raynard ; *RCDIP* 2002, p. 86, n. P. Lagarde ; *RLDA* févr. 2002, n° 28989, n. H. Kenfack ; *D.* 2002, p. 198, n. C. Diloy.
- Cass. 1re civ. 26 septembre 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304 ; *RDCO* 2008, p. 515, obs. P. Deumier.
- Cass. 1re civ. 23 janvier 2007, n° 05-12.166, *Bull. civ. I*, n° 30 ; *D.* 2007. 511, obs. E. Chevrier, p. 1575, n. H. Kenfack, p. 2562, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2007. 588, obs. B. Bouloc, p. 630, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2008, p. 521, n. J.-M. Jacquet (1re esp.) ; *JCP G* 2007, n° 10074, n. T. Azzi ; *CCC* mai 2007. comm. 119, n. M. Malaurie-Vignal ; *RDC* 2007. 842, obs. M. Behar-Touchais, p. 887, obs. P. Deumier ; *RLDA* 2007, n° 1194, obs. G. Cavalier ; *Dr. et patr.* déc. 2007. 81 et les obs. *Adde D.* 2008. 1514, obs. F. Jault-Seseke.
- Cass. 1re civ. 28 juin 2005, n° 03-14.444, non publié au *Bull.*
- Cass. 1re civ. 20 sep. 2006, n° 97-10.679, non publié au *Bull.*
- Cass. 1re civ. 5 mars 2008, n° 06-21.949, *JDI* 2008. 521, n. J.-M. Jacquet (4e esp.) ; *Procédures* mai 2008. comm. 143, n. C. Nourissat ; *D.* 2008. 858, obs. E. Chevrier, p. 1514, obs. F. Jault-Seseke, p. 1729 (2e esp.), n. H. Kenfack
- Cass. civ. 2e, 14 juin 2006, pourvoi n° 04-18.250, inédit
- Cass. civ. 2e, 6 oct. 2005, *Bull. civ. II*, n° 236, *D.* 2005, AJ, p. 2677, obs. E. Chevrier, *CCC* 2006, n° 34, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP*, 2006, I, n° 111, § 16, obs. Ph. Stoffel-Munck
- Cass. civ. 3e, 3 juin 1998, pourvoi n° 96-22.518, inédit.
- Cass. Ass. plén. 1er déc. 1995, 4 arrêts, *Bull.* n°s 7, 8, et 9 ; *D.* 96, 17, concl. M. Jéol et n. L. Aynes ; *JCP* 1996, II, 22565, n. J. Ghestin ; *PA* 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, n. D. Bureau et N. Molféssis ; *RTD civ.* 1996, n° 9, p. 153, obs. J. Mestre.
- Cass. Ass. Plén., du 12 juillet 1991, *arrêt Besse*, n° 90-13.602, *D.* 1991, 549, n. J. Ghestin ; *JCP* 1991, II, 21743, n. G. Viney ; *RTD civ.* 1991, 750, obs. Jourdain ; *Defrenois* 1991, 1301, n. J.-L. Aubert.
- Cass. com. 29 janv. 1968, *D.* 1968, p. 341, rapp. Dallant.
- Cass. com. 27 avr. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 107, p. 99 ; *D.* 1972 p. 353, n. J. Ghestin ; *JCP* 1972, II, 16975, n. J. Bore.

- Cass. com. 11 oct. 1978, *JCP G* 1979, II, 19034, n. Y. Loussouarn, *D.* 1979, p. 135, n. R. Houin, *Rev. jur. com.* 1979, p. 378, n. Ph. Le Tourneau.
- Cass. com. 9 nov. 1987: *JCP G* 1989, II, 21186, n. G. Virassamy ; *Bull. civ.* IV, n° 237 ; *RTD civ.* 1988, p. 527, obs. J. Mestre ; *D.* 1989, jurispr. p. 35, n. Ph. Malaurie.
- Cass. com. 22 janv. 1991, *JCP G* 1991, II, 21679, n. G. Virassamy ; *JCP E* 1991, II, 201, n. L. Leveneur ; *D.* 1991, somm. p. 249, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac.
- Cass. com. 21 janv. 1997, *Barrach*, *D.* 1997, jurispr. p. 414, n. C. Jamin ; *D.* 1997, p. 312.
- Cass. com. 4 fév. 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 1, p. 1 ; *D.* 1987, somm., p. 451, obs. L. Aynes.
- Cass. com. 9 fév. 1976, *JCP* 1976, II, 18598, n. JH, CA Paris, 11 févr. 1987, inf. rap. p. 64.
- Cass. com. 9 mars 1970 et CA Paris, 9 février 1988, *D.* 1988, inf. rap. p. 67.
- Cass. com. 19 déc. 1989 ; *D.* 1990, som. 368, n. D. Ferrier.
- Cass. com. 14 oct. 1997, *D.* 1998. Somm. 333, obs. D. Ferrier.
- Cass. com. 8 fév. 2005, *D.* 2005, p. 640, *RDCO* 2005, p. 771, obs. M. Behar- Touchais.
- Cass. com. 7 avril 1992, *Pepsi-Cola*, *Bull. civ.*, IV, n° 154 ; *CCC.* 1992, n° 177, n. L. Leveneur, cassant Paris, 20 oct. 1990, *D.* 1991, p. 165, n. Ph. Malaurie.
- Cass. com. 1^{er} déc. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 423, p. 337 ;
- Cass. com. 10 fév. 1998, *D.* 1998, somm. p. 335, obs. D. Ferrier.
- Cass. com. 10 fév. 1998, n° 95-21.906, *Bull. Joly* 1998, p. 767, n. J.-J. Daigre.
- Cass. com. 19 fév. 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 136.
- Cass. com. 27 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n°42.
- Cass. com. 19 janv. 2010, n° 09-10.980, *JCP E* 2010, n° 15, obs. Friedel E. et Toulouse G.
- Cass. com. 9 oct. 2007, n° 05-14.118.
- Cass. com. 28 janv. 1980, *JCP* 1981, II, 19533, n. J. Azéma.
- Cass. com. 9 mars 1993, *D.* 1995, somm. p. 78, obs. D. Ferrier ; CA Versailles, 4 nov. 1999, *Lettre distrib.* 1999-12.
- Cass. com. 19 nov. 2002, *D.* 2003. Somm. 2427.
- Cass. com. 10 février 1998, *CCC.* 1998, n° 55, obs. 4545.
- Cass. com. 11 mars 1981, n° 79-12.532, *Bull. civ.* IV, n° 135.
- Cass. com. 28 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n°234; *D.* 2007.13, n. E. Chevrier
- Cass. com. 5 avril 1994, *D.* 1995, p. 355.
- Cass. com. 6 janv. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n 7.
- Cass. com. 30 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n 392.
- Cass. com. 26 janv. 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, n. 34.
- Cass. com. 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm. p. 323.
- Cass. com. 10 juin 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n 123.
- Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-30.679, F-D, *Sté Racer c/ Sté Decathlon*, *JurisData* n° 2011-018092, *JCP E*, n° 47, 24 novembre 2011, p. 1835, obs. N. Mathey.

- Cass. com. 15 sept. 2009, JurisData n° 2009-049448 ; CCC. n. N. Mathey ; D. 2009, p. 2277, n. E. Chevrier.
- Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-20.242, *SARL M.A.D. éditions c/ SARL Michelet*, Jurisdata n° 2009-050893.
- Cass. com. 20 janv. 2009, pourvoi n° 07-17.556.
- Cass. com. 25 avr. 2001, D. 2001, somm. 3227, n. D. Mazeaud.
- Cass. com. 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 13.
- Cass. com. 23 avr. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 128.
- Cass. com. 30 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 392.
- Cass. com. 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201.
- Cass. com. 4 janv. 1994, n° 91-18.170, *Bull. civ.* IV, n° 13, D. 1994, p. 37.
- Cass. com. 23 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 973, *RTD civ.* 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com. 25 avr. 2001, D. 2001, somm. 3227, n. D. Mazeaud.
- Cass. com. 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201.
- Cass. com. 29 janv. 2008, pouvoir n° 06-13.462, Juris-data n° 042529.
- Cass. com. 3 juill. 2001, *Sonauto*, *RJDA*, 2001.
- Cass. com. 24 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 273;
- Cass. com. 25 mars 1991, CCC 1991, n° 162, obs. L. Leveneur.
- Cass. com. 23 mai 2000, n° 97-10.553, *Roset c/ Rehitim*.
- Cass. com. 21 janv. 2003, n° 01-10.441, *Moto-Ouest c/ MBK*.
- Cass. com. 20 mai 2003, n° 00-15.063, *Vivre Aujourd'hui c/ Pronovias*.
- Cass. com. 28 nov. 2006, JurisData n° 036487.
- Cass. com. 5 avr. 1994, D. 1995, p. 355.
- Cass. com. 6 janv. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n 7.
- Cass. com. 30 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n 392.
- Cass. com. 26 janv. 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, n 34.
- Cass. com. 25 avr. 2001, D. 2001, somm. p. 323
- Cass. com. 10 juin 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n 123.
- Cass. com. 6 sept. 2011, n° 10-30.679, F-D, *Sté Racer c/ Sté Decathlon*, JurisData n° 2011-018092, *JCP E*, n° 47, 24 novembre 2011, p. 1835, obs. N. Mathey.
- Cass. com. 15 sept. 2009, JurisData n° 2009-049448 ; CCC. n. N. Mathey ; D. 2009, p. 2277, n. E. Chevrier.
- Cass. com. 20 janv. 2009, pourvoi n° 07-17.556.
- Cass. com. 23 avr. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 128.
- Cass. com. 30 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 392.
- Cass. com. 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201.

- Cass. com. 4 janv. 1994, n° 91-18.170, *Bull. civ. IV*, n° 13, *D.* 1994, I.R., p. 37.
- Cass. com. 23 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 973, *RTD civ.* 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. com. 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm. 3227, n. D. Mazeaud.
- Cass. com. 6 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 1201.
- Cass. com. 29 janv. 2008, pouvoir n° 06-13.462, *Juris-data* n° 042529.
- Cass. com. 3 juill. 2001, *Sonauto*, *RJDA*, 2001.
- Cass. com. 24 juin 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 273.
- Cass. com. 25 mars 1991, *CCC.* 1991, n° 162, obs. L. Leveneur.
- Cass. com. 23 mai 2000, n° 97-10.553, *Roset c/ Rehitim*.
- Cass. com. 21 janv. 2003, n° 01-10.441, *Moto-Ouest c/ MBK*.
- Cass. com. 20 mai 2003, n° 00-15.063, *Vivre Aujourd'hui c/ Pronovias*.
- Cass. com. 28 nov. 2006, *JurisData* n° 036487.
- Cass. com. 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.118, *JurisData* n° 040801.
- Cass. com. 6 mai 2002, *SA Fiat auto France c/ SA Sofisud*, *Bull. civ.* 2002, IV, n 81, p.87 ; *JCP G* 2002, II, 10146, n. P. Stoffel-Munck ; *CCC.* 2002, comm. 134, n. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. Mestre et B. Fages).
- Cass. com. 6 mars 2007, n° 05-18.121.
- Cass. com. 25 avr. 2006, *RDCO* 2006. p. 1033, obs. J. Rochefeld.
- Cass. com. 8 avr. 1986 : *Bull. civ.* 1986, IV, n 58, p. 50.
- Cass. com. 7 janv. 2004 ; pourvoi n° 02-12.437, *Lettre distrib.*, avril 2004.
- Cass. com. 12 mai 2004, *Bull. civ.* IV, 2004, n° 86, p.90 ; *JCP G* 2004, II, 10184, n. A. Sonet.
- Cass. com. 9 avr. 2002, n. 99-15532, *SA Cray Valley c/ Sté Gazechi*.
- Cass. com. 23 avr. 2003, n° 01-11.664.
- Cass. com. 25 sept. 2012, pourvoi n° 11-20711 ; pourvoi n° 11-20712 ; pourvoi n° 11-21604 ; pourvoi n° 11-30518 ; pourvoi n° 11-20713.
- Cass. com. 9 nov. 1993, *L'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP) c. Bomar Oil*, *Rev. arb.* 1994, p. 258, n. C. Kessedjian; *JDI* 1994, p. 690, n. E. Loquin.
- Cass. com. 31 janv. 2006, *Lamy c/ Yamaha Motors France et MBK*, *Jurisdata* n° 2006-032101.
- Cass. com. 6 mars 2007, *JCP E* 2007.2303, n° 14, obs. G. Decocq.
- Cass. com. 11 mai 1999, *RJDA* 8-9/1999, n° 918.
- Cass. com. 8 juin 1999, *RJDA* 8-9/1999, n° 917.
- Cass. com. 5 déc. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 332.
- Cass. com. 7 juill. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 288.
- Cass. com. 3 déc. 2002, n° 00-16.818, *Sté Seda c/ Sté Philippe Geny*.

- Cass. com. 5 oct. 1993.
- Cass. com. 5 avr. 1994, CCC. 1994, comm. n°159, n. L. Leveneur; *D.* 1995, jurispr. p. 355, 2e esp., n. G. Virassamy.
- Cass. com. 3 mars 2004, inédit.
- Cass. com. 6 déc. 2005, *Champagnes Lanson c/ SOMAS*, inédit.
- Cass. com. 7 oct. 1997, *Sté Maine c/ Sté Volvo Automobiles France*, *D.* 1998, p. 413, n. C. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10085, obs. J.-P. Chazal ; CCC. 1997, n° 20, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 1998, p. 370, obs. J. Mestre.
- Cass. com. 5 avr. 2005, *D.* comm. 146, n. Leveneur .
- Cass. com. 25 juin 2002, *Bull. civ.* IV, n° 109, *D.* 2002. 2467, n E. Chevrier, CCC. 2002, comm. 152, obs. L. Leveneur, *RTD com.* 2003. 158, obs. B. Bouloc.
- Cass. com. 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.118, JurisData n° 040801.
- Cass. com. 16 mai 2006, pourvoi n° 05-15.794, JurisData n° 033807.
- Cass. com. 18 déc. 2001, pourvoi n° 99-11.787, *Bull. civ.* IV, n° 201.
- Cass. com. 5 juil. 1994, pourvoi n° 92-17.918, JurisData n° 002223.
- Cass. com. 5 avr. 1994, *D.* 1995, p. 355, n. Virassamy.
- Cass. com. 05 avril 1994, *D.* 1995, somm. p. 70, obs. D. Ferrier ; *JCP* 1994, I, 3803, n° 7, obs. C. Jamin ; *D.* 1995, jur., 355, n. G. Virassamy, *D.* 1995., p. 90, obs. D. Mazeaud.
- Cass. com. 5 oct. 1993, *JCP E* 1994, II, 557; *JCP G* 1994, II, 22224.
- Cass. com. 4 janv. 1994 ; *JCP G* 1994, IV, 588; *JCP G* 1994, I, 3757, n° 10.
- Cass. com. 3 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP G* 1993.II.22164, n. G.-J. Virassamy ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, n° 7, obs. J. Mestre ; JurisData n° 1992-002431.
- Cass. com. 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; *Défrenois*, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1999, I, p. 143, obs Ch. Jamin ; Jurisdata n° 1998-004489.
- Cass. com. 29 janv. 2008, pourvoir n° 06-17748, l'affaire *General Motors*.
- Cass. com. 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 194 ; *JCP* 1994, I, 3803, n° 1 et s., obs. G. Virassamy.
- Cass. com. 14 nov. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 286, p. 193.
- Cass. com. 3 juin 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 171, p. 152 ; *D.* 1998, somm., p. 113, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1997, I, 4056, n° 8, obs. Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1997, p. 935, n° 11, obs. J. Mestre.
- Cass. com. 25 mars 1991, CCC. 1991, n° 162, obs. approb. L. Leveneur.
- Cass. com. 1er déc. 1992, *RTD civ.* 1993, p. 578, obs. J. Mestre.
- Cass. com. 6 fév. 2007, *JCP G* 2007, II, 10108, n. F. Marmoz ; *D.* 2007, pan. p. 1694, obs. A. Ballot-Léna ; *ibid.* AJ. 653, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008. 210, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 2007. 343, obs. Mestre et Fages ; CCC 2007, n° 91, obs. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2007, n° 785 ; *Lettre distrib.* mars 2007, p. 1, obs. P. Mousseron ; *RLC* oct.-déc. 2007. 85, obs. Chagny ; *RDCO* 2007. 731, n. Borghetti.
- Cass. com. 13 janv. 2009, *D.* 2009, p. 295, obs. E. Chevrier ; CCC. 2009, comm. 72, n. N. Mathey.

- Cass. com. 15 sept. 2009, n° 08-19.200, F-P+B, SA Comexpo Paris c/ SARL Ch.Carbonnières, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 110 ; JurisData n° 2009-049448 ; CCC. 2009, comm. 265, n. N. Mathey.
- Cass. com. 13 oct 2009, n° 08-20.411, Jurisdata n° 2009-049932.
- Cass. com. 09 mars 2010, n° 09-10.216, JurisData n° 2010-001530 ; CCC. 2010, comm. 180, n. N. Mathey.
- Cass. com. 6 sept. 2011, n° 10-30.679, F-D, *Sté Racer c/ Sté Decathlon*, JurisData n° 2011-018092, JCP E n° 47, 24 novembre 2011, 1835, n. N. Mathey.
- Cass. com. 18 janv. 2011, n° 10-11885, *D.* 2011. 366, obs. X. Delpech; *JCP A.*, n° 9, 3 mars 2011, p. 1179, comm. Diego de Lammerville et Nicolas Aynès ; CCC. 2011, comm. 64, obs N. Mathey.
- Cass. com. 20 mars 2012, n° 11-11570, CCC., 2012, n° 8, comm. 208, N. Mathey.
- Cass. com. 18 janv. 2011, CCC. 2011, comm. 64.
- Cass. com. 7 mai 1963, *Gosset*, JCP 1963, II, 13 405, n. Goldman ; *RCDIP*, 1963, n. Moltusky ; *JDI*, 1964, p. 82, n. Bredin ; *D.* 1963, jurispr. p. 545, n. J. Robert.
- Cass. com. 1re civ. 10 juill. 1990, *Cassia*, *JDI*, 1992, p. 168, n. E. Loquin.
- Cass. com., 29 novembre 1950, *RTD com.*, 1951, p. 275, obs. M. Boitard ; v. E. Loquin.
- Cass. com. 20 février 2007, *JDI* 2007, p. 1211, n. S. Hotte.
- Cass. com. 21 octobre 2008, *Sté Auramo France c. Sté Seith France*, pourvoi n° 07-12336, CCC. 2009, comm. 8, obs. N. Mathey ; *RDCO*, 2009, p. 197, obs. M.Behar-Touchais ; *Dr. et patrimoine* 2009, n° 187, obs. M.-E. Ancel.
- Cass. com. 15 septembre 2009, pouvoir n° 07-10493, CCC. 2010, p. 22-23, n. M. Mathey.
- Cass. com. 27 avr. 2011, *D.* 2011, p. 1654, n. Y.-E. Le Bos ; *RCDIP* 2011, p. 624, rapp. A. Maitrepierre, et obs. M.-E. Ancel ; *RDCO* 2011, p. 1294, obs. J.-B. Racine.
- Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, P+B, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, JurisData n° 2010-002032, *JCP G*, 10 mai 2010, n° 19, p. 530, n. D. Bureau et Louis d' Avout.
- Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-19.723, *RDCO* 2007, p. 467, n. P. Deumier et Cass. com. 9 févr. 2010, n° 08-70.371, JurisData n° 2010-051539.
- Cass. com. 20 février 2007, pourvoi n° D 04-17752, *Bull. civ.* IV, n° 52 ; *D.* 2007. 795, obs. E. Chevrier ; *JCP G* 2007, I, 172, n° 1, obs. M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto; *RTD civ.* 2007. 302, obs. P. Rémy-Corlay (2e esp.); *JDI* 2007. 1210, n. S. Hotte ; CCC mai 2007. comm. 121, n. M. Malaurie-Vignal; *RDCO* 2007/4, p. 1255, n. J.-B. Racine ; *RTD com.* 2007, p. 586, n. B. Bouloc.
- Cass. ch. soc . 11 juin 1953, *D.* 1953, p. 661 ; *Gaz. Pal.* 1953, II, p. 146.
- Cass. crim. 30 sept. 1992, *BID* 1993-3, p. 13.
- CA Paris, 26 janv. 1966, *JCP G* 1966, II, 14558; *D.* 1966, jurispr. p. 295; CA Paris, 26 janv. 1966, *D.* 1966.294, *Gaz. Pal.* 1966. II. 210, concl. Lecourtier.
- CA Paris, 19 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, p. 240, n. Ph. le Tourneau.
- CA Paris, 24 janv. 1975, *PIBD* 1975, 3, p. 323.
- CA Paris, 22 sept. 1992, *D.* 1995, somm. p. 76, obs. D. Ferrier.

- CA Paris, 5 juill. 2006, *JurisData* n° 2006-312416.
- CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 déc. 2010, *SA Admea c/ SAS Carrefour France*.
- CA Paris, 8 déc. 1978, *RJ com*, 1980, p. 180, n. Ph. le Tourneau.
- CA Paris, 20 mai 1994, *D.* 1995, somm. p. 72, n. D. Ferrier.
- CA Paris, 28 fév. 2008, *JurisData* n° 361041.
- CA Paris, 16 nov. et 8 déc. 1978, 10 janv. 1980, *RJ com*. 1980, p. 180, n. Ph. le Tourneau
- CA Paris, 25e ch., sect. B, 13 oct. 1995, *Sté Verhagen c/ Giffard*, n° 14270/93.
- CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 déc. 2010, *SA Admea c/ SAS Carrefour France*
- CA Paris, 10 janv. 1980, *RJ com*. 1980, p. 180, n. Ph. le Tourneau.
- CA Paris, 8 déc. 1978, *RJ com*, 1980, p. 180, n. Ph. le Tourneau.
- CA Paris, 20 mai 1994, *D.* 1995, somm. p. 72, n. D. Ferrier.
- CA Paris, 28 fév. 2008, *JurisData* n° 361041 ;
- CA Paris, 4 mai 2001, *Brodard Graphique c/ Imprimerie Les Mouthieux*.
- CA Paris, 25e Ch. A, 25 juin 2004.
- CA Paris, 3 décembre 1999, *BRDA* 6/00, n° 13.
- CA Paris, 4 mars 1999, *JCP E* 2000, p. 320.
- CA Paris, 8 déc. 1994, *RJDA* 1995, n° 272.
- CA Paris, 13 juillet 1990, *JurisData* n° 023627
- CA Paris, 12 janvier 2005, *JurisData* n° 277027.
- CA Paris, 5e ch., 25 janvier 2006, n° 03/07941, inédit
- CA Paris, 9 juin 1994, *JurisData* n° 023433.
- CA Paris, 30 octobre 2003, *JurisData* n° 230117.
- CA Paris, 12 janvier 2005, *JurisData* n° 277027
- CA Paris, 30 octobre 2003, *JurisData* n° 230117.
- CA Paris, 23 février 2000, *JurisData* n° 108177.
- CA Paris, 29 novembre 2007, *JurisData* n° 353808.
- CA Paris, 5e ch., 11 février 1999, *S.A. Fiat Auto c/ Société Sofisud*, *RTD. civ.* 1999, p. 390, obs. J. Mestre.
- CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 27 juin 2012, *JurisData* n° 2012-014612.
- CA Paris, 20 juin 1961, *RCDIP* 1962, p. 63, n. Y. Loussouarn.
- CA Paris, Pôle 1^{ère} ch. 1, 28 oct. 2010, *Sté Mondo Uomo c/ Sté STAFF International SPA*, *JurisData* n° 2010-021513, *CCC.*, 2011, comm. 32, N. Matthey.
- CA Paris, 24 févr. 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 210.
- CA Paris, 31 oct. 1989, *Rev. arb.* 1992, n. D. Cohen, p. 90.
- CA Paris, 20 janv. 1989, *SPD c. DPF*, *Rev. arb.* 1989, p. 280, n. L. Idot.
- CA Paris, 22 mai 1990, *Rev. Arb.* 1991, p. 129.

- CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal c. Mors et Westland Aerospace*, Rev. Arb. 1993, p. 645, n. Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1993, p. 494, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry.
- CA Paris, 14 oct. 1993, *Aplix c. Velcro*, Rev. arb. 1994, p. 164, n. Jarrosson.
- CA Paris, 13 déc. 1975, *Menicucci*, RCDIP 1976, p. 507, n. B. Oppetit ; *JDI* 1977, p. 107, n. E. Loquin ; Rev. arb. 1977, p. 147, n. Ph. Fouchard.
- CA Paris, 8 mars 1990, Rev. arb. 1990, p. 675, 2e esp., n. P. Mayer.
- CA Paris, 2 juin 2004, *SA Cineco c/ société Shure brothers INC.*, Rev. arb. 2005, p. 680 (2^e esp.), n. J.-B Racine.
- CA Paris 1^{re} Ch. suppl, 29 mars 1991, *Société Ganz et autres c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, Rev. arb. 1991, p. 478 et s. n. L. Idot.
- CA Paris, 26 sept. 1996, *D.* 1996, IR, p. 245; CA Paris, 20 avr. 2005, *RTD com.* 2005, p. 641, obs. Ph. Delebecque.
- CA Paris, 30 nov. 2001, *JCP E*, Cah. dr. entr. 2002, n° 3, p. 29, obs. J. Raynard ; *Dr. et patr.*, juin 2002, p. 111, obs. D. Mainguy.
- CA Paris, 25 oct. 2011, n°10/24023, *Lettre distrib.*, déc. 2011, p. 3; *RDCO* 2012/2, p. 563, n. J.-B. Racine.
- CA Colmar, 9 juin 1982, *Cah. dr. l'ent.* 1982, n° 5/6, p. 20, n. Mousseron.
- CA Versailles, 10 juin 1999, *JCP E* 2000, n° 29, p. 1221.
- CA Versailles, 17 juin 1999, *JCP E* 2000, Cah. dr. entr. n° 4, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud.
- CA Chambéry, 8 janv. 2008, Jurisdata n° 356713.
- CA Versailles, 18 nov. 2004, *Lettre distrib.*, févr. 2005.
- CA Lyon, 28 fév. 2008, JurisData n° 365609.
- CA Douai, 6 sep. 2007, n° 06/1777.
- CA Chambéry, 8 janv. 2008, JurisData n° 356713.
- CA Lyon, 28 fév. 2008, Juris-Data n° 365609.
- CA Douai, 6 sep. 2007, n° 06/1777.
- CA Toulouse, 2e ch., 1re sect., 23 janv. 2002, *Madison Avenue c/ CAP 3P*, n° 1998/05140.
- CA Versailles, 14 oct. 2004 ; *Lettre distrib.*, janv. 2005, JurisData n° 2004-256972.
- CA Aix en Provence, 30 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316813
- CA Amiens, 9 mai 2006 (inédit), Jurisdata n° 2006-308136.
- CA Chambéry, 18 mai 2004, *Lettre distrib.*, juin 2004, p. 467.
- CA Douai, 5 sep. 2000, *RJ com.* 2002, p. 33.
- CA Versailles, 18 mai 2006, *JCP E* 2006, n° 50, p. 2154.
- CA Versailles 20 janv. 2005, *Cap Île-de-France c/ Distribution Casino France*, inédit
- CA Douai, 5 déc. 2002, *JCP E* 2003, Cah. dr. ent., n° 3, p. 21, obs. D. Mainguy.
- CA Lyon, 15 mars 2002.

- CA Montpellier, 11 août 1999, *RJDA* 11/99, n° 1176 ; *Cah. dr. entr.* 1999, n° 5, p.19, n. D. Mainguy ; *D. affaires* 1999, act. jurispr. p. 28.
- CA Rouen, 30 mai 2002, *Jurisdata* n° 2002-184180.
- CA Reims, 23 janv. 2006.
- CA Aix-en-Provence, 30 juin 2006, *Jurisdata* n° 2006-316813.
- CA Douai, 23 avril 2003.
- CA Versailles, 26 févr. 2004, *Heineken c/ Azur Drink*, inédit.
- CA Versailles, 12 juin 2012, 12e ch., *SA BMW France v. SAS Paris Ouest Service*.
- CA de Limoges, 12 fév. 2012, Ch. civ., *SA BMW France c. SA Taurisson*.
- CA Dijon, 15 nov. 2007, *JurisData* n° 355669.
- CA Pau, 22 déc. 2008, *JurisData* n° 08/00285.
- CA Toulouse, 2e ch., 1re sect., 13 mai 2009, *JurisData* n° 2009-377663.
- CA Nancy, 2e ch. com., 10 mars 2004, *JurisData* n° 2004-246259.
- CA Orleans, 15 mai 1961, *RCDIP* 1961, p. 778, n. E. Metzger.
- CA Versailles, 14 oct. 2004, *Dr. et patrim.* juin 2005, p. 166, obs. P. Mousseron.
- CA Aix en Provence, 29 mai 2008, *Jurisdata* n° 2008-366372.
- CA Grenoble, 1e ch. civ., 14 nov. 1994, *Sté Hanomag c. Sté Payant*, *JCP G* 1995, IV, 476.
- CA Pau, 2e ch., 1re sect., 14 déc. 2009, n° 5174/09, *SARL JCB Diffusion c/ Sté Bicycle Line*, *JurisData* n° 2009-018203, CCC. n° 4, 2010, comm. 90 M. Malaurie-Vignal.
- T. com. Paris, 5 déc. 1997, *PA* 5 févr. 199, n. Y. Marot.
- T. com. Paris, 3 juil. 2006, *JurisData* n° 330083.
- T. com. Paris, 5 déc. 1997, *PA* 5 févr. 199, n. Y. Marot.
- T. Com. Roubaix-Tourcoing, 26 nov. 1998, *Lettre Distrib.* 03/1999, p. 1.
- T. com. Villeneuve-sur-Lot, 18 nov. 2005, *Euro VI c/ France Boissons*, inédit.
- T. com. Villeneuve-sur-Lot, 20 janv. 1998, *D.* 1998, jurispr. p. 413, n. C. Jamin ; *JCP* 1999, II, 10018, n. J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. Mestre.
- TGI Bobigny, 29 janv. 2008, n° 2007/F00373.
- TGI Paris, 10 juill. 1991, *RCDIP* 1993, p. 54, n. crit. H. Gaudemet-Tallon.
- Cons. conc. décision n° 99-D-49, du 6 juill. 1999, *Yves Rocher*.
- Cons. conc., décision n° 94-D-32, du 24 mai 1994, *Jean-Louis David Diffusion*.
- Cons. conc., décision n° 94-D-31, du 24 mai 1994, *Jacques Dessange*.
- Cons. conc., décision n° 04-D-67, du 1^{er} décembre 2004.

Cour de Justice de l'Union européenne

- CJCE, 28 janv. 1986, aff. n° 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Rec. CJCE*. p. 353.

- CJCE, 3 juil. 1997, aff. n° C-269/95, *Benincasa c/ Dentalkit*, *JDI* 1998, p. 581, obs. J.-M. Bensoussan.
- CJCE, 1er mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu c. Jackson*, *Rec. CJCE* I-01383 ; *D.* 2006, p. 1259, obs. C. Nourissat, P. Courbe et F. Jault-Seseke ; C. Chalas, « Champs d'application territorial de la Convention de Bruxelles », *RCDIP* 2005, p. 698.
- CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-369/96, *Arblade*, *Rec. CJCE*, p. 8453 ; *RCDIP* 2000, p. 710, n. M. Fallon.
- CJCE, 1 juin 1999, aff. n° C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, *Cah. de l'arb.*, vol. 1, 2000/2001, p. 77, n. A. Mourre.
- CJCE, 13 juil. 2000, aff. C-412/98, *Universal General Insurance c. Group Josi Reinsurance Co. SA*, *Rec. CJCE* I-5925, concl. N. Fennelly, *JDI* 2002, p. 623, n. F. Leclerc.
- CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82, *Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers vereniging*, *Rec. CJCE* 987, concl. G. F. Mancini ; *RCDIP* 1983, p. 663, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1983, p. 834, obs. A. Huet.
- CJCE, 8 mars 1988, aff. 9/87, *Arcado c. Haviland*, *Rec. CJCE*, 1539, concl. G. Slynn ; *RCDIP* 1988, p. 610, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1989, p. 453, obs. A. Huet.
- CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jacob Handte*, *Rec. CJCE* 1992, I, p. 3967.
- CJCE, 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion Européenne*, *JDI* 1999, p. 630, n. F. Leclerc.
- CJCE, 27 sep. 1998, aff. C-189/87, *Kalfelis*, *Rec. CJCE*, I, p. 5565.
- CJCE, 6 oct. 1976, aff. 12/76, *Tessili*, *JDI* 1977, p. 714, n. A. Huet.
- CJCE, 29 sept. 1999, aff. C-440/97, *RJDA*, 2000, n° 821.
- CJCE, 6 oct. 1976, aff. 14/76, *A. de Bloos SPRL c/ Sté en commandite par actions Bouyer*, *Rec. CJCE*, p. 1473, concl. Mayras et p. 1497, concl. Reischl ; *D.* 1977, jurispr. p. 616 ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 100 ; *JDI* 1977, p. 714, n. J.-M. Bischoff et p. 719, n. A. Huet ; *RCDIP* 1977, p. 751, n. P. Gothot et G. Holleaux.
- CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*.
- CJCE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Fondation Falco c/ Gisela Weller*, *D.* 2009, p. 1489 ; *D.* 2009, Pan. 2390, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Europe* 2009, comm. 263, obs. L. Idot ; *RLDA* juin 2009, p. 57, obs. G. Cavalier ; *Procédures* 2009, comm. 276, obs. C. Nourissat.
- CJUE, 11 mars 2010, aff. C-19/09, *Wood Floor Solutions*, *D.* 2010. 834, et 2323, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2010. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.* 2010, p. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *Europe* 2010. comm. 149, obs. L. Idot, « La fin de la dispersion du contentieux en matière de contrat d'agence commerciale », *RLDA*, 2010, p. 67-79, n. D. Porcheron.
- CJCE 3 mai 2007, n° C-386/05, *Color Drack*, *D.* 2007, p. 1604, 2562, obs. S. Bollée, et 2008. 40, obs. C. Nourissat.
- CJUE, 25 févr. 2010, *Car Trim*, C-381/08, *D.* 2010, n° 28, p. 1837, n. T Azzi ; *Europe*, avr. 2010, n° 148, n. L. Idot ; *Gaz. Pal.*, 28-29 avr. 2010, n. A. Mittmann ; *Procédures* 2010. Comm. 178, obs. C. Nourissat.
- CJCE, 22 mars 1983, n° 34/82, *Peters*, *RCDIP* 1983, p. 667, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1983, p. 843, n. A. Huet).

- CJUE 4e ch. 17 nov. 2011, *aff. C-412/10 : Homawoo c/ GMF Assurances SA*, *JDI* 2012, p. 12, comm. C. Brière.

2 – JURISPRUDENCE DE LANGUE ÉTRANGÈRE

(notes, chroniques, observations)

Brésil

Cour suprême fédérale (STF)

- STF, REExt. n° 78.051, 27.08.1974, *RTJ* 72, p. 881-891.
- STF, REExt. n° 88.716, *Supermercados Pao de Açúcar S.A c. Distribuidora de Comestíveis « Disco » S.A.*, Min. Moreira Alves, j. 14.12.1979, *RTJ*, v. 92, p. 250 et s.
- STF, REExt. n° 30.636/DF, j. 24.01.1957, Rel. Min. Cândido Motta Filho.

Tribunal supérieur de justice (STJ)

- STJ, REsp. n° 251438- RJ, j. 08.08.2000, DJ : 02.10.2000, p. 173.
- STJ, REsp. n° 860277-GO, (2006/0087509-3), Min. Luiz Felipe Salomao, j. 03.09.2010.
- STJ, REsp. n° 3.836, j. 18.12.1990, *RT* 668/174.
- STJ, REsp. n° 86.571, j. 19.11.1998.
- STJ, REsp. 195659 / SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ : 12.06.2000.
- STJ, REsp. n° 221577/MG, 1999/0058967-0, Min. Rel. Garcia Vieira, j. 23.11.1999, DJ : 03.04.2000, p. 117, *JSTJ* vol. 19, p. 117.
- STJ, REsp. n° 189225/RJ, 1998/0069895-7, Min. Rel. Francisco Peçanha Martins, j. 04/09/2001, DJ 03.06.2002, p. 169, *RSTJ* vol. 158, p. 167.
- STJ, REsp. n° 534.105/MT, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.19.12.2003.
- STJ, Agravo Regimental dans l'Ag In. n° 988.736 – SP (2007/0281820-4), Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.09.2008, DJ : 03.11.2008.
- STJ, Agravo Regimental no Ag 43329/SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.1994, DJ : 16.05.1994, p. 11766.
- STJ, REsp. n° 789.708-RS (2005/0174058-9), Min. Nancy Andrichi, j. 25.09.2006, DJ : 11.12.2006.
- STJ, REsp. n° 766.012, 2005/0114738-6, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.
- STJ, Agravo Regimental dans l'Ag In. n° 988.736 – SP (2007/0281820-4), Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.09.2008, DJ : 03.11.2008.
- STJ, Agravo Regimental no Ag 43329/SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.1994, DJ : 16.05.1994, p. 11766.
- STJ, REsp. n° 789.708-RS (2005/0174058-9), Min. Nancy Andrichi, j. 25.09.2006, DJ : 11.12.2006.
- STJ, REsp. n° 493159, 2003/0001468-3, j. 19.10.2006, Rel. Min. Castro Filho, DJ : 13.11.2006, p. 241.
- STJ, Agravo Regimental no AgIn. n° 988.736/SP (2007/0281820-4), Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.09.2008, DJ : 03.11.2008.
- STJ, REsp. n° 25.838-1, Rel. Sr. Ministro Claudio Santos, j. 23.03.93, DJ : 19.04.1993.

- STJ, REsp. n° 401.704 – PR (2001/0182757-1), Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 25/08/09, DJ : 02.09.2009.
- STJ, REsp. n° 780764/GO (2005/0151965-3), Rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.09.2007, DJ : 26.11.2007, p. 197.
- STJ, REsp. n° 104180/RJ (1996/0051534-4), Rel. Min. Bueno de Souza, j. 18.04.2000, DJ : 06.11.2000, p. 206.
- STJ, REsp n° 966163/RS (2007/0155661-8), Rel. Min. Luiz Felipe Salomao, j. 26.10.2010, DJ : 04.11.2010, *RT* vol. 905 p. 235.
- STJ, REsp. n° 534.105/MT (2003/0068612-3), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.09.2003, DJ : 19.12.2003.
- STJ, REsp. 25838/RJ (1992/0019811-2), Rel. Min. Claudio Santos, j. 23.03.1993, DJ : 19.04.1993 p. 6681, *LEXSTJ* vol. 48, p. 220.
- STJ, REsp. n° 10.391/PR (1991/0007776-3), Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. 03.08.1993, DJ 20.09.1993, p. 19178, *LEXSTJ* vol. 53 p. 139, *REVJMG* vol. 125 p. 332.
- STJ, REsp. n° 79.636, j. 27.02.1996, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar.
- STJ, REsp. n° 704.384-MG (2004/0127292-4), Rel. Min. Ari PARGENDLER, j. 18.12.2007, DJ: 01.04.2008.
- STJ, AgRg n° 988.736 –SP (2007/0281820-4), *Comvesa Veiculos e Peças Ltda c. General Motors do Brasil Ltda*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.07.2008, DJ : 03.11.2008.
- STJ, REsp. n° 534.105–MT (2003/0068612-3), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.07.2003, DJ : 19.12.2003.
- STJ, REsp. n° 401.704 - PR (2001/0182757-1), Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJ : 02.09.2009, p. 5-24.
- STJ, REsp. n° 1255315/SP, n° 2011/0113496-4, Min. Nancy Andrighi, j. 13.09.2011, DJ : 27.09.2011.
- STJ, REsp n° 1127905/RJ, n° 2009/0033265-7, Min. Raul Araujo, j. 01.12.2011, DJ : 30.03.2012.
- STJ, REsp. n° 242.383, j. 03.02.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.
- STJ, REsp. n° 1.177.915, j. 13.04.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina.
- STJ, REsp. n° 804.306, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 19.08.2008, j. 03.09.2008, *LEXSTJ*, vol. 230, p. 230.
- STJ, REsp. n° 242.383, 21.03.2005, Min. Rel. Umberto Gomes de Barros et Min. Carlos Alberto Direito (vote), j. 03.02.2005, DJ : 21.03.2005, p. 360.
- STJ, REsp. n° 616-RJ, Rel. Min. Gueiros Leite, j. 24.04.1990, DJ 13.8.90, *RSTJ*, n° 37, p. 263-290.
- STJ, REsp. n° 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2005, DJ : 05.09.2005, p. 407.
- STJ, REsp. n° 083.125-4/2, Rel. Min. Enio Santarelli Zuliani, j. 1. 12.1998, DJ : 02.02.1999
- STJ, Ag Regimental na SE n° 5.206-7 – Espagne, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ : 30.04.2004.

- STJ, REsp. n° 1231554 /RJ, 2011/0006426-8, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 24.05.11, DJ: 01.06.2011.
- STJ, REsp. n° 2170/SP (199000012996) 4713, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 07.08.1990, DJ: 03.09.1990.
- STJ, REsp. n° 93.131/MG, RTJ 101/1.149, j. 17.12.1981, 1982, v. 101, p. 1149 et s.
- STJ, Agravo Regimental no AgIn n° 43.329-3 – SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.03.94.
- STJ, REsp. n° 93.131-MG, *Banco do Brasil c. Champalimaud*, RTJ 1982, v.101, p. 1149.
- STJ, REsp. n° 97099, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ : 15.06.1998, p. 00114.

Tribunaux de l'Etat de Rio Grande do Sul

- TJRS, Ap. civ. n° 70000956383, Rel. Des. José Conrado de Souza Junior, j. 14.03.01.
- TJRS, Ap. civ. n° 70003442670, j. 29.12.2004.
- TJRS, Ap. civ. n° 70024608077/2008, Rel. Des. Ergio Roque Menine, j. 11.12.2008.
- TJRS, AgIn. n° 2007.002.02431, Décima Quinta Câmara Cível, j. 27.03.2007.
- TJRS, Ap. civ. n° 70024230096/2008, *Cassio Andre Schuler c. Agip do Brasil S.A.*, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 17.12.2008.
- TJRS, Ap. civ. n° 700206939958/2007, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 13.03.2008.
- TJRS, AgIn n° 70023968704, *CMA CGM do Brasil Agência Marítima LTDA c/ Big Dutchman Brasil LTDA*, Des. Rel. Judith dos Santos Mottecy, j. 05.06.2010.
- TJRS, AgIn n° 70002330983, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 22.08.2001.
- TJRS, Ap. civ. n° 70023007396, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 12.09.2008.
- TJRS, Ap. civ. n° 28.020/2002, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j. 12.03.2003.
- TJRS, Ap. civ. n° 70040929911, *Newtec Assessoria Técnica em Seguros Ltda. c. Unibanco AIG Saúde S.A.*, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. 30.06.2011, *RBAr*, p. 107.
- TJRS, AgIn. n° 70019214139, Décima sétima Câmara Cível, Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 14.06.2007.

Tribunaux de l'État de Rio de Janeiro

- Tribunal de Justiça da Guanabara, Ap. civ. n° 79.863, j.10.10.1972.
- TJRJ, Ap. civ. n° 1999.001.20111, Quarta Câmara Cível, Des. Maria Augusta Vaz, j. 29.02.2000.
- TJRJ, Ap. civ. n° 3.529/93, Quinta Câmara Civil, Des. Marcus Faver.
- TJRJ, AgIn n° 587/2006, Décima Câmara Cível, Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 18.04.2006.
- TJRJ, AgIn n° 52. Rel. Des. Newton Doreste, J. 08.10.1991.

Tribunaux de l'État de São Paulo

- TJSP, Ap. civ. n° 57.522-1, Rel. Des. Rangel Dinamarco, j. 30.04.1985.
- TJSP, Ap. civ. n° 273.509-1, j. 6.2.1997.
- TJSP, AgIn. n° 96.551-4, j. 11.11.1998, JUIS Saraiva 19.
- TJSP, Mandato de Segurança n° 230.313-1, Oitava Câmara Civil, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 13.02.95.
- TJSP, Ap. civ. n° 104.281-4, Rel. Des. Aldo Magalhaes, j. 24/10/02, *J. S. Rio Alimentos Distribuição Ltda.c/ Kraft Suchard Brasil S/A, Lex/236*, p. 93-98.
- TJSP, Mandado de Segurança n° 230.313-1, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 13.02.1995.
- TJSP, Embargos infringentes na Ap. civ. n° 14.412, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 22.06.1982, *Lex 79/251*.
- TJSP, AgIn n° 124.217.4/0, 5 Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j.16.09.1999.
- TJSP, AgIn. n° 172.860-1, Des. Rel. Antonio Marson, j. 29.04.1992.
- TJSP, Ap. civ. n° 1.124.858-1, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, j. 02/09/2009.
- TJSP, Ap. civ. n° 7.030.387-6, j. 18/11/2007.
- Deuxième TA civ. de l'Etat de São Paulo , AgIn n° 673.800-00/3, j. 14.02.2001.
- Premier TA civ. de l'Etat de São Paulo SP, AgIn. n° 0803632-0, Terceira Câmara, Rel. Carvalho Viana, j. 11/08/1998.
- Deuxième TA civ. de São Paulo, AgIn. n° 1.247.070, Décima Segunda Câmara, j. 18/12/2003.

Tribunaux de l'Etat de Minas Gerais

- TAMG, Ap. civ. n° 327097-3, j. 22.3.2001.

Tribunaux de l'Etat de Santa Catarina

- TJSC, AgIn. n° 20006.016479-7/0000-00, j. 25.09.2006, DJ: 26.05.06.

Tribunal du Distrito Fédéral

- TJDF, Ap. civ. n° 1.23311-9/98, Des. Nivio Gonçalves, j. 23.08.1999.
- TJDF, Ap. civ. n° 45.987/97, j. 1.12.1997.
- TJDF, AgIn n° 1999.00.2.001609-5, Rel. Des. Vera Andrighi, j. 25.10.1999

Tribunaux de l'État de Paraná

- TJPR, Ap. civ., n° 218/880-Curitiba.
- TJPR, AgIn. n° 142.683-1, rel. Des. Leonardo Lustosa, j. 28.06.2003, *RDBMCA*, v. 21, 2003, p. 421-422.
- TJPR, Ap. civ. n° 157.238-9, 4 Vara Cível, *Euroinsta Brasil Ltda c. Siemens Ltda*, j. 01/01/2004.

Tribunal d'Instance de São Paulo

- 16 Vara Cível Central da Capital do Estado de São Paulo, Demande d'annulation de l'efficacité de la clause d'arbitrage, j. 03.06.2002, *Cadernos Jurídicos*, v. 14, 2003, p. 53-57.

Etats-Unis :

- Cour suprême des États-Unis: arrêt *Standart Oil Company of New et Jersey et al. vs. United States*, 221 U.S 1 (1911).
- *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 (1967), cité par F. MOROSINI, « A Arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos », *RT/95*, 2006, v. 851, p. 63-85.
- *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 624-28 (1985), cité par J. ROBERT, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi/Soler », *Rev. arb.* 1988, p. 174 ; S. JARVIN, « Arbitrability of Anti-Trust Disputes : The Mitsubishi v. Soler Case », *Journal of International Arbitration*, vol. 2, n° 3, 1985, p. 69.

Italie :

- Cour Suprême de l'Italie: Cass. 17 sept. 1990, n° 11960, *Società Ford italiana c. Fallimento Automarengo*, in *Giur Civ. Mass.*, 1991, I, 1, 773.
- Cass. 28 août 1995, n° 9035, *Soc. Ford it. c. Fall. Soc. Garbin*, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 1543.

Suisse :

- Arrêt du 23 juin 1992, *Fincantieri*, ATF 118, II, p. 356 ; *Bull. ASA*, 1993, p. 58 ; *Rev. arb.* 1993, p. 691, n. F. Knoepfler.

Royaume-Uni :

- *Bonython contre Commonwealth of Australia*, 1951, A.C. 201, p. 219.
 - *Tomkinson contre First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, 1961, A.C. 1007, p. 1068, 1081 et 1082.
 - *James Miller and Partners Ltd contre Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd*, 1970, A.C. 583, p. 603, 605 et 606, et 601 à 611.
 - *Compagnie d'armement maritime SA contre Compagnie tunisienne de navigation SA*, 1971, A.C. 572, p. 583, 587, 603.
- Coast Lines Ltd contre Hudig en Veder Chartering NV*, 1972, 2 Q.B. 34, p. 44, 46 et 50.
- *Court of Appeal of England and Wales Print Concept GmbH c/ GRW (EC) Ltd*, 2001 EWCA Civ.352).

RÉSUMÉ EN PORTUGAIS
O CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO
NO DIREITO FRANCÊS E BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

Os contratos de concessão comercial e de franquia empresarial são técnicas modernas de distribuição de mercadorias e serviços, amplamente utilizados no comércio interno e internacional. São, também, denominados de forma genérica de “contratos de distribuição”¹³⁸⁸, pois é através da atividade do distribuidor ou intermediário que o produto ou serviço é colocado no mercado. Estes contratos resultam do aperfeiçoamento e da sofisticação do comércio sempre em busca de novas estratégias comerciais que permitam ao distribuidor formar sua clientela. Este último é, portanto, um “agente econômico”¹³⁸⁹ que exerce um papel fundamental no comércio contemporâneo.

A relação contratual entre distribuidor e fabricante é caracterizada por uma forte e intensa colaboração entre eles. Assim, cabe ao fabricante concentrar seus esforços na fabricação de um produto ou na criação de um conceito de negócios, enquanto que ao distribuidor cabe revender tais produtos diretamente aos consumidores. Este poderá investir todos seus esforços na captação da clientela.

Neste contexto, é necessária uma grande integração entre fabricante e distribuidor que permita o trabalho em conjunto de empresas juridicamente independentes, que desempenham funções diferentes e complementares.

O contrato de concessão comercial foi objeto de estudo na França na década de setenta. O eminente professor Claude Champaud definiu tal contrato

“como uma convenção pela qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente, para assegurar, exclusivamente, sobre um território determinado, durante um período limitado e sob a fiscalização do

¹³⁸⁸ Na sua manifestação mais simples, a distribuição se exterioriza como «*contrato de fornecimento*»: o produtor obriga a fornecer certo volume de determinado produto e o revendedor obriga a adquiri-lo, periodicamente.

¹³⁸⁹ F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2002, p. 10.

concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido”¹³⁹⁰.

No Brasil, o professor Rubens Requião inspirado no direito francês, referiu-se ao contrato de concessão comercial com exclusividade *como uma nova técnica de comercialização, de organização do mercado distribuidor de produtos industrializados ou de alta tecnicidade*¹³⁹¹, através do qual a

“empresa produtora, (...), descentraliza sua atuação, deferindo a outra empresa estranha a distribuição e colocação dos seus produtos no mercado consumidor. Dessa forma, a empresa produtora, organizando e disciplinando a rede de concessionários, não se preocupa com o escoamento de sua produção, descentralizando o setor comercial que é complementar da atividade produtiva”¹³⁹².

Percebe-se através das duas definições que o concedente tem o controle da relação contratual, pois ele organiza a cadeia de concessionários, instaurando uma política de revenda uniforme com vistas a estabelecer o mesmo padrão de qualidade tanto nos serviços quanto nas vendas. A rede de distribuição ganha uma imagem de marca própria e unitária que deverá ser difundida pelo concessionário através de marketing e outros meios para atrair os consumidores. Tem-se, assim, que o concessionário é um empresário autônomo juridicamente do produtor, porém fica submetido às instruções dadas pelo concedente no tocante à forma de execução da distribuição.

Paralelamente, tem-se ainda o contrato de franquia - outro tipo de contrato de distribuição - que apresenta algumas características da concessão comercial. Vale dizer que a relação jurídica entre franqueador e franqueado também é caracterizada pela intensa colaboração e integração entre eles, cabendo ao franqueador impor as regras de comercialização para todos os franqueados da rede, com o intuito de uniformizar o modo de revenda de bens e serviços ao cliente.

No entanto, a franquia diferencia-se da concessão comercial através de duas características específicas, a saber: a obrigação de transmissão do “savoir-faire” e da licença de utilização de marca. Nas palavras do professor francês Didier Ferrier, a franquia é

¹³⁹⁰ Cl. CHAMPAUD, « La concession commerciale », *Revue trimestrielle de droit commerciale*, 1963, p. 451.

¹³⁹¹ R. REQUIÃO, « O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial) », *Revista de direito mercantil*, vol. 7, p. 19.

¹³⁹² *Ibidem*.

“um método de colaboração entre o franqueador, que desenvolveu uma atividade de distribuição de sucesso, e seus franqueados que desejam reiterar o negócio, dando àquele em contra partida uma remuneração [...]”¹³⁹³.

Tais características demonstram que a franquia não se confunde com o contrato de concessão comercial.

Nos últimos anos, observou-se na França e no Brasil o aumento significativo do número de franquias nacionais e internacionais, principalmente nos setores de vestuário, alimentação e hotelaria. Na França, alguns setores bem específicos têm grande destaque, tais como decoração de interiores e salões de cabeleireiro. Enquanto que no Brasil, franquias de curso de capacitação em diferentes áreas e de línguas estrangeiras têm crescido exponencialmente no mercado. Quanto à concessão comercial, tal técnica é principalmente utilizada na distribuição de bebidas, na revenda de veículos automotores e no setor de vestuário, acessórios de luxo e cosméticos nos dois países.

Outro aspecto importante dos contratos de concessão comercial e de franquia, refere-se à própria relação econômica entre fabricante e distribuidor. Não é a toa que a doutrina francesa denomina-os de «contratos de dependência»¹³⁹⁴, pois o concessionário e o franqueado devem submeter-se à política de venda imposta pelo promotor da cadeia de distribuição. Estes continuarão negociando os produtos por conta própria e em nome próprio, pois a empresa distribuidora é uma pessoa jurídica independente da empresa fabricante. Entretanto, o mesmo não se passa na organização econômica da revenda, porque este impõe regras de comercialização ao distribuidor produzindo, assim, uma forma de subordinação econômica em prol da atividade global de distribuição.

Acrescenta-se à relação de forte dependência do distribuidor em relação ao fabricante, que a concessão comercial e a franquia são contratos atípicos no direito francês. Já no direito brasileiro, o legislador regulamentou a concessão comercial de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729, 26 dezembro de 1979), também conhecida na prática como «Lei Ferrari» e o contrato de franquia empresarial (Lei nº 8.955, 15 de dezembro de 1994). Exceto esses contratos tipificados legislativamente, qualquer outro tipo de contrato de concessão é um contrato atípico no direito brasileiro¹³⁹⁵.

¹³⁹³ D. FERRIER, *Le droit de la distribution*, 4 ed., Litec, 2006, p. 276.

¹³⁹⁴ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986, p. 81.

¹³⁹⁵ Quanto aos contratos de distribuição no Código Civil Brasileiro, é importante esclarecer que não houve tipificação do contrato de concessão em geral nos artigos 710 e seguintes. O dispositivo cuidou exclusivamente do “contrato de agência”, como negócio que anteriormente se denominava “contrato de representação

Por outro lado, a ausência de uma regulamentação específica permite ao fabricante uma grande liberdade contratual, principalmente no tocante aos contratos de concessão comercial. Por outro lado, o distribuidor tende a aceitar as condições de execução do contrato impostas pelo fabricante, além de realizar investimentos financeiros para adequar-se às exigências do fabricante.

Como o contrato de concessão comercial em geral é atípico no direito francês e brasileiro, os tribunais destes países enfrentam às vezes dificuldades para qualificá-los e julgar litígios relativos à rescisão unilateral do contrato. No direito francês, o termo “ruptura do contrato” indica o término da relação contratual por vontade de uma das partes.

Assim, a ruptura do contrato de distribuição pode ocorrer nos contratos por tempo determinado ou indeterminado. Isto porque ninguém pode obrigar outrem a prorrogar uma convenção sistematicamente ou continuar o vínculo contratual eternamente. Sendo assim, a ruptura do contrato de distribuição é uma fatalidade, muitas vezes de difícil aceitação para o distribuidor porque vê seus investimentos prejudicados, embora seja uma prática muito frequente no comércio internacional.

É por esta razão que estudaremos a estrutura dos contratos de concessão comercial e de franquia no direito francês e brasileiro. As peculiaridades características destas duas técnicas contratuais continuam a seduzir os operadores do comércio, pois são formas contratuais flexíveis que se adaptam facilmente às necessidades do mercado. Contudo, suas estruturas complexas formadas por inúmeras obrigações típicas de outros contratos podem apresentar problemas ligados à sua natureza jurídica, que serão ressaltados mais claramente nos casos de ruptura abusiva do contrato interno e internacional de distribuição.

Nesta perspectiva, procederemos ao estudo da tipologia dos contratos de concessão comercial e de franquia com o objetivo de compreender melhor as estruturas jurídicas da relação que unem fabricante e distribuidor. A partir daí, será possível verificarmos o regime

comercia”. A distribuição de que cogita o artigo 710 é aquela que, eventualmente, pode ser autorizada ao agente mas nunca como revenda, e sempre como simples ato complementar do agenciamento. Na realidade, no contrato de agência, as mercadorias de propriedade do comitente são postas à disposição do agente-distribuidor para entrega aos compradores, mas tudo se faz em nome e por conta do representado. Segundo o Enunciado nº 31 adotado na Primeira Jornada de Direito Comercial, “contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco”, (*cf.*, Primeira Jornada de Direito Comercial, le 23 et 24 octobre 2012, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013).

jurídico destes contratos no direito francês e brasileiro, que são repetidamente colocados à prova quando se trata da ruptura do contrato (**Primeira Parte**).

A análise dos elementos fornecidos no direito interno francês e brasileiro possibilitará o desenvolvimento de questões ligadas aos contratos internacionais de distribuição. A determinação da competência judiciária internacional e do direito aplicável são suscetíveis a dificuldades relacionadas à qualificação da convenção no caso do direito internacional privado francês. Quanto ao direito brasileiro, verificaremos que a análise comparativa da ruptura do contrato internacional viabilizará uma reflexão sobre o conteúdo das regras de direito internacional privado em vigor, à luz de novas tendências no contexto internacional (**Segunda Parte**).

PRIMEIRA PARTE: O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO INTERNO FRANCÊS E BRASILEIRO

O estudo sobre os contratos de concessão comercial e de franquia no direito interno francês e brasileiro é vislumbrado em dois momentos distintos.

Em primeiro lugar, através da análise da natureza jurídica dos contratos, das suas principais características e obrigações entre as partes, demonstraremos as diferenças existentes entre os contratos de concessão comercial e de franquia. Além disso, observaremos que a noção de contrato de concessão comercial e de franquia é divergente nos dois sistemas jurídicos (**Título Primeiro**).

Em segundo lugar, trataremos das condições de ruptura do vínculo contratual por vontade das partes nos contratos por prazo determinado e indeterminado, assim como suas consequências no âmbito da responsabilidade civil no direito francês e brasileiro (**Título Segundo**).

TÍTULO PRIMEIRO: A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

A natureza jurídica do contrato de concessão comercial e de franquia no direito francês e brasileiro é distinta, apesar de inúmeras convergências quanto às suas características primordiais e as obrigações das partes nos dois institutos.

No direito francês, os contratos de concessão comercial e de franquia são classificados de “contrato-quadro”, que prevê a celebração de sucessivos contratos de venda denominados de “contrato de aplicação”. A principal função do contrato-quadro de distribuição é organizar toda a relação jurídica entre o fabricante e o distribuidor, através da estipulação de cláusulas que determinam as principais obrigações das partes durante toda a vida do contrato. Trata-se de um contrato atípico cujo regime jurídico é regido por regras do direito das obrigações e da concorrência. Enquanto isso, o contrato de aplicação nada mais é que um contrato de compra e venda com regime jurídico próprio. Assim, estes dois contratos formam tão somente uma unidade econômica, exercendo assim uma função econômica no mercado. São, portanto, juridicamente independentes.

Já no direito brasileiro, os contratos de concessão comercial e de franquia têm natureza jurídica de contratos mistos, ou seja, são contratos formados por diversas obrigações características de outros contratos. São geralmente contratos atípicos, apresentando duas exceções, a saber: a distribuição de veículos automotores e a franquia empresarial que possuem regulamentação própria. Surge, assim, a figura contratual formada pelo contrato misto de distribuição que tem um caráter jurídico e econômico unitário, mesmo resultando da justaposição de obrigações típicas de outros contratos.

Nesse sentido, vale notar que a aplicação analógica da lei sobre a concessão de veículos automotores ou a lei sobre a franquia aos contratos atípicos de concessão comercial não é acolhida pela maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira. Desse modo, o regime jurídico da concessão comercial em geral é submetido às regras do direito das obrigações contidas no Código Civil brasileiro e a algumas regras da Lei Antitruste nº 12.529, publicada em 30 de novembro de 2011, sobre cláusulas abusivas e de exclusividade.

Aliás, no contrato de concessão comercial, a cláusula de exclusividade territorial e a de fornecimento de mercadorias é a principal característica da convenção no direito francês e brasileiro, contrariamente ao contrato de franquia que pode ou não conter a previsão de exclusividade de distribuição. Na verdade, as cláusulas essenciais à franquia são aquelas que estipulam a transferência de *know how* e de licença de utilização de marca ou patente. Outra característica que diferencia a franquia da concessão comercial é a estipulação de uma cláusula de pagamento de *royalties*, de forma direta ou indireta, a cargo do franqueado que

obteve direito ao uso de tecnologia de implantação e administração do negócio ou sistema operacional desenvolvido e detido pelo franqueador.

Tendo em vista a estrutura jurídica da relação criada entre concedente e concessionário e, entre franqueador e franqueado, o contrato de concessão comercial e de franquia podem gerar efeitos anti-concorrenciais no direito francês e europeu, devido ao abuso de posição dominante do fabricante em relação ao distribuidor. Para minimizar tais efeitos, o direito francês obriga o fabricante a passar todas as informações necessárias sobre o negócio ao futuro distribuidor para que este aceite ou não a parceria ciente de todos os riscos inerentes à atividade. Esta obrigação pré-contratual de informação é exigida quando o contrato prevê a inclusão de uma cláusula de exclusividade ou de semi-exclusividade. Nestes mesmos termos, uma regra semelhante é imposta ao franqueador no direito brasileiro, quando este envia ao fraqueado a circular de oferta de franquia.

Enfim, o estudo das principais obrigações contratuais do contrato de concessão comercial e de franquia demonstra que tais contratos apresentam características bem diferentes e, por isso, não se confundem. Porém, ambos têm a mesma natureza jurídica no direito francês, ou seja, são contratos-quadro e de aplicação, enquanto que no direito brasileiro são classificados de contratos mistos.

Título Segundo: A ruptura do contrato de distribuição

É princípio do direito francês e brasileiro dos contratos a proibição de relações contratuais perpétuas nos contratos de longa duração.

Sendo o contrato celebrado por tempo determinado ficam as partes obrigadas a executá-lo até o termo final. Ao fim do contrato, não existe direito à renovação compulsória da convenção. Neste caso, os tribunais franceses e brasileiros verificam se não houve abuso por parte do fabricante que demonstra interesse em renovar o contrato ou dá indícios ao distribuidor de que irá fazê-lo. Neste contexto, se este último investe ainda no negócio, na esperança de prolongação da convenção, poderá experimentar um prejuízo pecuniário.

No caso dos contratos firmados por tempo indeterminado, a denúncia unilateral do contrato é lícita. Contudo, os tribunais controlam a existência de abuso de direito, ou seja, verificam se o fabricante deixou transcorrer um prazo razoável para encerrar a atividade. A

ruptura inesperada e brutal causa geralmente prejuízo ao distribuidor que depende de mercadorias para honrar pedidos realizados pelos clientes antes da notificação de ruptura. É por isso que os tribunais franceses e brasileiros verificam a “razoabilidade” do aviso prévio, levando em conta a duração da relação contratual, a natureza do negócio e o vulto dos investimentos realizados pelo distribuidor.

Desse modo, a ausência ou insuficiência de aviso prévio razoável é interpretada pelos tribunais como contrária ao princípio da boa-fé. Isto porque, tal princípio é uma norma de comportamento que impõe às partes o dever de lealdade, confiança, respeito e consideração mútuos. O distribuidor lesado pela ruptura brutal alega que houve abuso de direito da parte do fabricante e, por isso, requer em juízo perdas e danos decorrentes da falta de aviso prévio.

No direito francês, há previsão legal específica que sanciona a ruptura brutal de qualquer relação comercial existente, total ou parcial, por falta de aviso prévio nos termos do artigo L. 442-6, I-5º do Código de Comércio francês. A responsabilidade do autor da ruptura brutal é extracontratual, pois a infração cometida ao artigo mencionado é considerada um delito contra uma regra de direito da concorrência.

Por sua vez, o direito brasileiro também condena a ruptura brutal do contrato de distribuição, pois considera como violação ao princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil) a denúncia imediata ou em curto prazo de tempo, causando prejuízo ao distribuidor. Ademais, prevê o artigo 473 do Código Civil que nenhuma relação contratual pode ser rompida sem que a outra parte possa amortizar os investimentos realizados. Já nos contratos de concessão de veículos automotores, a Lei Ferrari permite a ruptura do contrato por tempo indeterminado e determinado, mediante um aviso prévio legal. Caso a lei não seja respeitada, o próprio estatuto especial prevê as sanções cabíveis.

No entanto, a responsabilidade do autor da ruptura do contrato de distribuição no direito brasileiro é contratual e objetiva. Isto porque, o aviso prévio é uma obrigação contratual oriunda de certos deveres anexos ou acessórios às obrigações estipuladas no contrato escrito ou oral e que estão subentendidas no princípio da boa-fé objetiva. Este princípio é uma cláusula geral que indica um *standart* de comportamento dos contratantes durante a formação, execução e extinção do contrato que deve ser interpretada através da confiança mútua.

Paralelamente, a jurisprudência francesa adota a mesma posição dos tribunais brasileiros, quanto ao dever de agir de boa-fé na extinção do vínculo contratual. Porém, o

princípio da boa-fé no direito francês é uma norma de conduta que está além das relações contratuais. É considerado como uma norma ética que está acima da esfera contratual, abrangendo o comportamento dos indivíduos independentemente da existência de uma relação jurídica.

Em suma, é importante lembrar que toda esta análise feita a partir do estudo de diversos casos levados aos tribunais franceses e brasileiros, refere-se à ruptura do contrato interno de distribuição. O estudo sob a ótica comparativa dos contratos internacionais de distribuição requer um exame específico, tendo em vista outros aspectos ligados à determinação da competência judiciária internacional e às regras de direito aplicáveis. Todas essas questões específicas aos contratos internacionais serão abordadas à luz da jurisprudência sobre a ruptura abusiva do contrato de distribuição.

SEGUNDA PARTE : O CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO FRANCÊS E BRASILEIRO

O contencioso ligado aos litígios envolvendo a ruptura abusiva do contrato internacional de distribuição apresenta dificuldades específicas relativas à designação da jurisdição internacional competente (**Título Primeiro**) e à determinação das regras de direito aplicáveis aos contratos de concessão comercial e franquia internacional (**Título Segundo**).

TÍTULO PRIMEIRO : A DETERMINAÇÃO DA JURISDIÇÃO COMPETENTE NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Nos contratos internacionais do comércio, tais como o contrato de concessão comercial e de franquia, é muito comum que as partes estipulem a jurisdição competente através da inserção de uma cláusula de foro ou cláusula compromissória. Entretanto, a ausência de escolha prévia do tribunal competente obriga o juiz francês e brasileiro decidir da sua própria competência ou incompetência para julgar um litígio. Para isso, o juiz aplicará as regras de direito internacional privado em matéria de conflitos de jurisdição.

No tocante às ações de ruptura brutal do contrato internacional de distribuição, tem-se visto que a validade da cláusula de eleição do foro é debatida quando o concessionário ou o franqueador sofrem prejuízo em razão do fim do contrato.

No direito francês, o distribuidor lesado pela ruptura brutal geralmente introduz a ação indenizatória no foro de sua residência com base no artigo L. 442-6-I-5º do Código de Comércio francês, na tentativa de evitar a instauração do processo em um país estrangeiro de acordo com a cláusula de eleição de foro. Entretanto, a Corte Suprema Francesa interpretou vários casos de maneira negativa e afirmou que a cláusula de eleição de foro é válida ainda que uma regra de aplicação imediata pudesse ser aplicada pelo juiz francês. Isto significa que tal regra não tem o condão de afastar a competência de um tribunal estrangeiro. Tal solução se coaduna com a jurisprudência francesa em matéria de validade da cláusula compromissória nos contratos de distribuição.

Quanto ao direito brasileiro, a dificuldade existente refere-se à competência concorrente dos tribunais brasileiros se o contrato é executado no Brasil (artigo 88 do Código de Processo Civil) e a validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro. Neste caso, a posição da jurisprudência brasileira é divergente quanto à validade do foro estrangeiro escolhido pelas partes. Alguns tribunais são sensíveis ao argumento dos distribuidores que não desejam recorrer a um tribunal estrangeiro e alegam que foram obrigados a aceitar o contrato de adesão imposto pelo fornecedor. *Mutatis mutandis*, esse argumento é utilizado também quando há uma cláusula compromissória no contrato, mesmo se os tribunais não têm competência para julgar a validade e eficácia de tal cláusula (efeito negativo do princípio competência-competência).

Outra situação frequente no âmbito dos contratos internacionais do comércio é a falta de estipulação da jurisdição internacional competente pelas partes.

No direito francês, é importante lembrar que o Regulamento Bruxelas I que dispõe sobre a competência internacional pode ser aplicado para a determinação da competência internacional se o réu for domiciliado em um dos Estados-membros da União Europeia. Tal regulamento não prevê regras específicas de conflito de jurisdição para o contrato de concessão comercial e de franquia, mas tão somente regras de conflito de jurisdição em matéria contratual (artigo 5.1) e extracontratual (artigo 5.3). O juiz deve assim determinar a regra aplicável para declarar o tribunal competente de acordo com uma dessas categorias. Vale ainda ressaltar que a regra de competência internacional em matéria contratual

subdivide-se em duas outras, ou seja, uma regra específica para o contrato de compra e venda (artigo 5.1.a) e outra para o contrato de prestação de serviço (artigo 5.1.b).

Apesar de inúmeras decisões francesas utilizarem o critério da localização da prestação característica do contrato de distribuição, sendo esta no contrato de concessão comercial exclusiva a obrigação do concedente de fornecer mercadorias ao concessionário, é possível também encontrarmos outras decisões nas quais os tribunais consideram que a responsabilidade do autor da ruptura brutal do contrato é extracontratual.

Finalmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve a oportunidade de analisar um reenvio prejudicial¹³⁹⁶ feito por um tribunal belga em um processo de ruptura do contrato de concessão verbal firmado entre uma empresa francesa (concedente) e belga (concessionário) no qual ela qualifica a relação das partes como característica dos contratos de prestação de serviço¹³⁹⁷.

Por último e em relação ao direito brasileiro, é importante lembrar que se o contrato internacional não dispor sobre o tribunal competente em caso de litígio futuro, o juiz brasileiro deverá declarar sua competência com base no artigo 88 do Código de Processo Civil¹³⁹⁸. Lembrando ainda que no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires dispõe sobre a competência internacional em matéria civil e comercial, prevendo regras gerais para a determinação da competência, bem como regras sobre a escolha de foro.

TITULO SEGUNDO : A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

O direito internacional privado francês e brasileiro adotam regras distintas em matéria de direito internacional privado.

¹³⁹⁶ O reenvio prejudicial é um processo exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este processo permite a uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu (artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

¹³⁹⁷ CJUE, affaire C-9/12 du 19 décembre 2013, *Corman-Collins SA contra La Maison du Whisky SA*.

¹³⁹⁸ “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.”

É importante ressaltar que o direito internacional privado francês é constituído pelas regras do Regulamento Roma I sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e Roma II sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais. Estes dois instrumentos de origem comunitária adotam o sistema dualista no qual é permitido às partes escolherem a legislação aplicável ao contrato internacional e, na ausência de escolha, os dois instrumentos indicam critérios de determinação do direito aplicável para alguns contratos especiais através de critérios de conexão objetivos.

Assim, o Regulamento Roma I prevê em seu artigo 4. 1. “e” e 4. 1. “f” regras especiais de conexão para o contrato de franquia e de distribuição respectivamente. Em ambos os casos, tais contratos serão regulados pela lei do país em que o franqueado ou o distribuidor tiver sua residência habitual, se as partes não indicaram previamente a lei aplicável ao contrato. Estas regras foram introduzidas no Regulamento Roma I, pois houve muita divergência dos tribunais europeus nos últimos quando à determinação da lei aplicável aos contratos de distribuição. Na verdade, o sistema da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais vigentes até a aplicação do Regulamento Roma I, adotou como critério principal para a determinação da legislação aplicável o *princípio de proximidade* no qual o juiz deve verificar se o conjunto das circunstâncias do caso apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país para que a lei deste país seja aplicada.

O princípio de proximidade inspirou vários juristas americanos nos trabalhos realizados que culminaram com a elaboração da Convenção do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais de 1994, no âmbito da Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, que também consagrou o sistema dualista da Convenção de Roma. A Convenção do México foi assinada pelo Brasil, mas não foi ainda ratificada. A adesão do Brasil permitiria que o princípio da autonomia da vontade pudesse ser novamente reintegrado ao sistema de regras de direito internacional privado brasileiro.

Atualmente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (a antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942) não contempla o princípio da autonomia das partes nos contratos internacionais que são submetidos ao juiz de direito. A única possibilidade existente no direito brasileiro refere-se aos contratos submetidos ao processo arbitral. No mais, a única regra de conflito de leis existente no direito internacional privado brasileiro admite que os contratos internacionais sejam submetidos a *lex loci contractus* ou *lex*

loci celebrationis (artigo 9)¹³⁹⁹. Sendo assim, não há regra específica para o contrato de concessão comercial ou de franquia como no direito comunitário.

A prática do comércio internacional tem demonstrado que o contrato de distribuição é redigido de acordo com a legislação que será aplicada ao contrato em caso de litígio e tal menção é expressa no contrato. Sendo o contrato proposto pelo fabricante ao distribuidor, geralmente o regime jurídico é aquele do país no qual o fabricante tem sua residência habitual. Além disso, é do interesse do fabricante que todos os contratos da cadeia de distribuição possam ser regidos pela mesma legislação.

É por isso que acreditamos que o direito aplicável aos contratos de distribuição deve ser aquele do país de residência do fabricante, na ausência de estipulação explícita no contrato, tanto no direito francês como brasileiro.

CONCLUSÃO GERAL

Ao término deste estudo de direito comparado, é possível tecer algumas considerações relativas ao contrato de concessão comercial e de franquia no direito francês e brasileiro. O escopo da nossa pesquisa é expor as principais semelhanças e diferenças entre o regime jurídico destes contratos, graças à análise de uma vasta jurisprudência relativa à ruptura abusiva dos contratos internos e internacionais.

1- A natureza jurídica do contrato de concessão comercial e de franquia no direito francês e brasileiro: duas concepções divergentes

No direito francês, o contrato-quadro e o contrato de aplicação formam uma operação contratual unitária, ainda que cada contrato conserve sua autonomia jurídica.

Desse modo, o contrato-quadro de concessão comercial e de franquia tem como objetivo a organização da atividade de distribuição através da estipulação de diversas obrigações gerais e específicas a cada tipo de contrato, tais como: a previsão de exclusividade de fornecimento e/ou territorial, a transmissão do *savoir-faire* e a obtenção de uma licença de

¹³⁹⁹ “Art. 9º : Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

marca etc.

Já no direito brasileiro, o contrato de distribuição é classificado como contrato misto, pois reúne as características de contratos atípicos e típicos formando um novo contrato único e complexo. Esta mesma classificação é também utilizada para os contratos de concessão de veículos automotores e de franquia empresarial, ainda que tenham se tornado contratos típicos por força de lei. Tem-se, assim, que o contrato de distribuição é o resultado de uma operação jurídica e econômica única que se concretiza na figura de um único contrato que estabelecerá todas as obrigações das partes.

Vale dizer ainda que, de maneira geral, as principais obrigações das partes nos contratos de concessão comercial e de franquia são semelhantes no direito francês e brasileiro.

2. O contrato de concessão comercial e de franquia na ordem internacional: a aplicação da teoria do contrato-quadro de distribuição no direito internacional privado francês

As diferentes concepções do contrato de distribuição não acarretam dificuldades particulares quando o litígio é puramente interno no direito francês e brasileiro.

Verifica-se, entretanto, que a teoria do contrato-quadro de distribuição no direito internacional privado francês pode apresentar algumas dificuldades práticas, relacionadas à determinação da jurisdição competente e das regras de direito aplicáveis que podem ser diversas para cada contrato, devido à autonomia jurídica que gozam o contrato-quadro e o contrato de aplicação.

De fato, como tais contratos são independentes juridicamente, é importante atentar para a especificidade da teoria do contrato-quadro nos contratos internacionais de concessão comercial e de franquia consagradas no direito francês. Principalmente, para evitar uma omissão ou contradição quanto à cláusula de eleição de foro ou a submissão do litígio ao tribunal arbitral. Aconselha-se, por exemplo, que os dois contratos estipulem a mesma jurisdição para dirimir eventuais litígios.

Da mesma forma, deve-se atentar para essa questão em relação às regras de direito aplicáveis ao contrato-quadro e ao contrato de aplicação. Sabe-se que o princípio da autonomia das partes no direito internacional privado permite designar a lei ou às regras de direito aplicáveis ao todo ou a uma parte do contrato internacional de distribuição. Esta é uma

faculdade ofertada aos contratantes através da técnica do fracionamento (*dépeçage*). Porém, se as partes não escolheram o direito aplicável de forma clara e incontroversa nos dois contratos, tem-se que as regras de conflito de leis diferentes sejam aplicadas para cada um deles. Isto porque, o contrato de aplicação tem a natureza jurídica de um contrato de compra e venda de trato sucessivo, enquanto que o contrato-quadro é somente um arcabouço jurídico que organiza a política de vendas e as obrigações das partes.

Verifica-se, então, que no âmbito do direito internacional privado francês a teoria do contrato-quadro e dos contratos de aplicação pode apresentar situações complexas para os operadores do comércio internacional. Uma solução viável para evitar eventuais dificuldades futuras é a determinação prévia no contrato-quadro de uma cláusula que indique a jurisdição competente e a lei aplicável ao conjunto de contratos em caso de litígio.

3. O contrato de concessão comercial e de franquia na ordem internacional : necessidade de modernização contínua do direito internacional privado brasileiro

No direito brasileiro, a teoria do contrato misto de distribuição revela que as inúmeras prestações que compõem a convenção formam uma operação econômica indivisível, evitando, assim, as dificuldades mencionadas em relação ao contrato-quadro no direito internacional privado francês.

No entanto, outras dificuldades - não menos relevantes - são observadas relativamente ao sistema de regras de direito internacional privado brasileiro, quando da análise da jurisprudência referente à ruptura do contrato de distribuição.

Em primeiro lugar, observou-se que a validade da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais de distribuição pode ser questionada pela autoridade judiciária brasileira, principalmente se a parte brasileira alegar que se trata de um contrato de adesão no qual a eleição do foro estrangeiro foi imposta pelo outro contratante.

Desse modo, entendemos que tal situação precisa de enquadramento jurídico mais rigoroso para dar mais segurança jurídica aos contratos internacionais. Uma solução viável para remediar a situação é a adoção de dispositivos legais na reforma do Código de Processo Civil brasileiro, que possam impedir que a competência concorrente da justiça brasileira anule a cláusula de eleição de foro estrangeiro. Outra solução recomendável é a ratificação da Convenção de Haya sobre os acordos de eleição de foro de 2005 no âmbito internacional.

Em segundo lugar, constatou-se que o princípio da autonomia das partes não é mais consagrado no direito internacional privado brasileiro, exceto quanto o contrato prevê a instauração da arbitragem para dirimir eventuais litígios. Esta posição do direito brasileiro revela-se contrária à prática dos contratos internacionais do comércio em vários sistemas jurídicos, como o direito francês, que permitem a livre escolha da lei aplicável ao contrato de concessão comercial e de franquia sujeitos também à jurisdição estatal.

A prerrogativa conferida aos contratantes quanto à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais de distribuição permite aos contratantes a aplicação de uma regra que corresponde melhor às obrigações estipuladas na convenção. É por este motivo que consideremos de suma importância a readmissão do princípio da autonomia das partes no direito brasileiro. Um primeiro passo, neste sentido, seria a ratificação da Convenção do México sobre o direito aplicável ao contrato internacional pelo Brasil no âmbito inter-regional.

No âmbito internacional, assume relevância significativa o princípio da autonomia das partes através de estudos específicos relativos aos contratos internacionais que visam melhorar a coordenação internacional dos diversos sistemas jurídicos e, sobretudo, reforçar a previsibilidade jurídica de soluções através da aplicação deste princípio. É o caso, por exemplo, do projeto sobre os Princípios de Haia sobre o direito aplicável aos contratos internacionais desenvolvidos pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Por último, ressalta-se também o guia sobre os Acordos Internacionais de Franquia Principal publicado pelo Unidroit.

4. A ruptura abusiva do contrato de distribuição: por uma proteção efetiva do distribuidor

A jurisprudência francesa e brasileira relativa ao contencioso decorrente da ruptura ou denúncia do contrato de concessão comercial e de franquia demonstrou que o direito francês e brasileiro condenam o abuso de direito no momento da extinção do contrato.

Não há dúvidas de que os contratos por tempo determinado, uma vez que o prazo de vigência escoou, não obrigam nenhuma das partes a renová-los. No caso de contratos por tempo indeterminado, o princípio de não perpetuidade das relações contratuais, indica que a convenção pode ser denunciada sem a apresentação de um motivo. O abuso recorrente nestes casos é a quebra do vínculo contratual de forma brusca, prejudicando os investimentos do

distribuidor, que não teria tempo suficiente para amortizar os custos.

Nesses termos, o abuso de direito ocorre durante o exercício de um direito do fabricante, que consiste a não dar continuidade à relação contratual, através do seu comportamento desleal e contrário ao princípio da boa-fé no direito francês e brasileiro.

Ademais, o direito francês e brasileiro adotaram um dispositivo legal específico para estigmatizar os casos de denúncia unilateral do contrato por falta ou insuficiência de aviso prévio. No caso dos contratos de distribuição, ambas as jurisprudências têm adotado como critério comum para o cálculo do aviso prévio razoável a duração do contrato, além de outros fatores como a natureza do negócio e os investimentos realizados pelo distribuidor. Lembrando que a lei específica sobre a concessão de veículos automotores prevê de antemão regras especiais quanto à duração do aviso prévio no caso de ruptura do contrato por tempo determinado e indeterminado.

Os tribunais franceses e brasileiros tendem a condenar o autor da ruptura abusiva através da imposição do pagamento de perdas e danos. Nós entendemos que o distribuidor deveria ainda obter uma garantia contra certas arbitrariedades cometidas por muitos fabricantes na França e no Brasil. Assim, uma solução plausível é conceder uma indenização de fim de contrato, nos moldes daquela existente para os representantes comerciais no direito francês e brasileiro. O objetivo de tal indenização é compensar o concessionário e o franqueado pelos esforços na prospecção da clientela no interesse comum da colaboração com o fabricante.

5. A responsabilidade decorrente da ruptura abusiva do contrato de distribuição

Durante o desenvolvimento da presente pesquisa, fizemos alusão à questão da determinação do tipo de responsabilidade quando há abuso por parte do fabricante que denuncia o contrato de distribuição. Verificou-se que a natureza da responsabilidade é divergente no direito francês e brasileiro. Enquanto o primeiro é regido pela responsabilidade extracontratual, o segundo é regido pelo regime contratual.

Sob a ótica do direito interno brasileiro, o regime da responsabilidade contratual não acarreta a aplicação de regras processuais específicas à ação reparatória proposta pelo distribuidor em função da ruptura brutal. No âmbito internacional, não há regras de direito internacional privado brasileiro específicas para o regime da responsabilidade contratual ou até mesmo extracontratual.

Entretanto, no direito francês a responsabilidade do autor da ruptura abusiva do contrato de distribuição é extracontratual, sendo o contrato interno ou internacional. Havendo ainda a possibilidade de excluir o regime extracontratual, se as partes estipularam uma cláusula de eleição de foro na qual todos os litígios oriundos do contrato serão submetidos ao tribunal escolhido. Neste caso, a matéria relativa à ruptura abusiva do contrato, ainda que seja uma forma de delito no direito francês, encontra-se na esfera de aplicação da cláusula de eleição de foro, pois está localizada no âmbito da responsabilidade contratual.

6. A *lex contractus* do contrato internacional de distribuição

A análise comparativa dos contratos de concessão comercial e de franquia no direito francês e brasileiro permitiu destacar inúmeras dificuldades nas quais os operadores do direito são confrontados na prática do comércio internacional, com ênfase na questão relativa ao conteúdo do direito aplicável nas ações de indenização pela ruptura abusiva do contrato movida pelo distribuidor contra o fabricante. Neste momento, ambas as partes têm interesse em aplicar o direito que poderá lhes conferir uma proteção mais vantajosa.

Quando o contrato de distribuição é celebrado segundo o direito francês, as partes podem escolher o direito aplicável ao contrato. Como freqüentemente a convenção é proposta pelo fabricante responsável pela rede de distribuição, a cláusula de determinação do direito aplicável é imposta ao distribuidor. A tendência, neste caso, é que a legislação escolhida seja a da residência habitual do fabricante, ou seja, do contratante que organiza e planeja todos os contratos de distribuição. É uma questão de segurança e previsibilidade para o fabricante que verá aplicado ao contrato as mesmas regras de direito cujo conteúdo é conhecido previamente. Além do mais, a lei do domicílio do fabricante geralmente será aplicada pelo juiz do mesmo foro.

Porém, se o contrato não comporta uma estipulação sobre o direito aplicável, são as regras de conflito de leis emanadas do direito europeu que serão aplicadas ao caso concreto. O legislador europeu optou pela adoção de um critério de conexão objetivo e fixo para o contrato de distribuição e de franquia no intuito de preservar a segurança jurídica dos contratantes, tendo em vista uma grande divergência de pontos de vista sobre o assunto na doutrina e jurisprudência europeias. Optou-se, então, pela lei do país da residência habitual do distribuidor e do franqueado. Essa solução aparenta favorecer o concessionário e o franqueado, pois presume-se que estes conheçam o próprio sistema jurídico, favorecendo a

aplicação do juiz do foro. Na realidade, entretanto, o conteúdo do direito pode ser menos benéfico que aquele disposto na lei do país da residência do fabricante.

Quanto ao direito brasileiro, o critério de conexão adotado para os contratos internacionais determina que a lei aplicável é aquela onde as obrigações são constituídas. Não é possível que as partes escolham livremente o direito aplicado à convenção.

Entendemos que os contratantes possam designar o direito ou ainda regras de *soft law* para reger as obrigações contratuais nos contratos de distribuição. Na ausência de determinação do regime jurídico, a lei do país de residência do fabricante pode ser aplicada ao contrato.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	9
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
INTRODUCTION	17
PREMIÈRE PARTIE : LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN DROITS INTERNES FRANÇAIS ET BRÉSILIEN	41
<i>Titre premier : La notion de contrat de distribution</i>	43
Chapitre I – La concession commerciale.....	44
Section 1 – Le régime juridique du contrat de concession commerciale.....	44
§ 1- La théorie du contrat-cadre en France.....	45
A- La théorie du contrat-cadre consacrée par la jurisprudence française.....	46
B- Le contrat-cadre de concession commerciale : une double opération.....	49
§ 2- La théorie du contrat mixte au Brésil.....	52
A- La consécration de la théorie du contrat mixte par la jurisprudence brésilienne.....	53
B- Les spécificités du contrat mixte de concession commerciale.....	56
1- Le contrat de concession : un contrat à exécution successive.....	56
2- Le contrat de concession : un contrat d'adhésion.....	57
Section 2 - La portée de la clause d'exclusivité au regard du contrat de concession.....	60
§ 1- Les principaux types d'exclusivité.....	61
A- L'exclusivité territoriale.....	61
1- La détermination de l'exclusivité territoriale dans le contrat de concession innommé.....	61
2- L'exclusivité territoriale dans le contrat de concession de véhicules automobiles.....	63
a- Au regard du droit européen de la concurrence.....	63
b- Au regard du droit interne brésilien.....	64
B- L'exclusivité d'approvisionnement.....	66
§ 2- Les limites imposées à la clause d'exclusivité.....	68
A- Les restrictions quant à la durée de l'exclusivité en droit français.....	68
B- Les restrictions imposées par le droit de la concurrence.....	69
Section 3 - Les principales obligations des parties.....	71
§ 1. Les obligations du concédant.....	72
A- Le devoir précontractuel d'informer le débiteur de l'existence d'une clause d'exclusivité.....	72
B- Les obligations de fourniture et d'assistance.....	73
C- La mise en place de la politique de revente.....	74
§ 2- Les obligations du concessionnaire.....	75
A- Les clauses de rendement.....	75
B- Le respect des règles de revente de produits.....	76
1- Le prix de revente.....	76
2- Le service après-vente.....	77
Chapitre II- La franchise.....	79
Section 1- Le régime juridique du contrat de franchise.....	79
§ 1- La consécration de la franchise dans l'arrêt Pronuptia.....	80
§ 2- La structure du contrat de franchise.....	82
A- L'avant-contrat de franchise.....	83
B- Le contrat de franchise.....	84
Section 2- Les caractéristiques essentielles du contrat de franchise.....	86
§ 1- La licence d'utilisation de marque.....	87
§ 2- La transmission d'un savoir-faire.....	89
A- La notion de savoir-faire.....	89
B- La portée du savoir-faire.....	92
Section 3- Les principales obligations des parties.....	93
§ 1- Les obligations du franchiseur.....	93
A- L'obligation précontractuelle d'information.....	94
1- En droit français.....	94
2- En droit brésilien.....	95

B- L'obligation d'assistance.....	96
C- L'obligation de respecter une clause d'exclusivité territoriale.....	98
§ 2- Les obligations du franchisé.....	99
A- Le droit d'entrée et les redevances périodiques dans le contrat de franchise.....	100
B- L'approvisionnement au bénéfice du franchiseur.....	100
1- En droit français.....	100
2- En droit brésilien.....	102
Conclusion Titre Premier.....	104
Titre deuxième : La rupture du contrat de distribution.....	105
Chapitre I- Les conditions de rupture du contrat de distribution.....	106
Section 1- La liberté de rupture du contrat de distribution.....	107
§ 1- La rupture du contrat à durée indéterminée.....	108
A- La prévisibilité de la rupture du contrat à durée indéterminée.....	109
B- Les fondements de la résiliation unilatérale.....	111
1- En droit français.....	113
2- En droit brésilien.....	115
§ 2- La rupture du contrat à durée déterminée.....	117
A- L'absence du droit au renouvellement du contrat à durée déterminée.....	119
B- La rupture du contrat avant l'arrivée du terme final.....	122
Section 2- L'obligation de respecter un délai de préavis de rupture.....	125
§ 1- La résiliation unilatérale du contrat avec respect d'un préavis de rupture.....	125
A- La nature du délai de préavis.....	126
1- Le délai de préavis de nature légale.....	126
a- La délicate détermination d'un délai de préavis suffisant.....	127
b- Le délai de préavis institué pour le secteur automobile.....	131
2- Le délai de préavis de nature contractuelle.....	134
B- L'exception à l'obligation de préavis.....	135
§ 2- Les conséquences résultant du non respect d'un préavis.....	137
A- La réparation résultante du caractère brutal de la rupture.....	137
1- Les règles de réparation de droit positif.....	139
2- La réparation prévue dans les contrats du secteur automobile.....	143
B- La possibilité d'octroyer une indemnité au distributeur en fin de contrat.....	146
Chapitre II - Le fondement de la responsabilité découlant de la rupture du contrat.....	152
Section 1- Le caractère abusif de la rupture brutale du contrat.....	152
§ 1- L'existence de l'abus de droit lors de la rupture du contrat.....	153
A- La théorie de l'abus de droit en droit français.....	154
B- La détermination de l'abus de droit en droit brésilien.....	158
§ 2- Le contrôle exercé par le principe de la bonne foi lors de la rupture.....	161
A- La consécration du principe de la bonne foi objective en droit brésilien.....	165
1- L'application du principe de la bonne foi par les tribunaux brésiliens dans les litiges relatifs à la rupture du contrat de distribution.....	165
2- La consécration du principe de la bonne foi objective dans le Code civil de 2002.....	169
B- Le principe de la bonne foi : une norme de comportement en droit français.....	173
Section 2 – La nature de la responsabilité engendrée lors de la rupture du contrat.....	177
§ 1- La responsabilité délictuelle en droit français.....	182
A- Les fondements théoriques du rattachement de la rupture abusive à la responsabilité délictuelle.....	183
B- La consécration jurisprudentielle de la qualification délictuelle du litige résultant de la rupture abusive.....	186
§ 2- La responsabilité contractuelle en droit brésilien.....	188
A- L'existence d'une relation juridique liant le fournisseur au distributeur.....	190
2- L'inexécution de l'obligation contractuelle de terminer le contrat en bonne foi.....	194
Conclusion Titre Deuxième.....	198
DEUXIÈME PARTIE : LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE DISTRIBUTION EN DROITS FRANÇAIS ET BRÉSILIEN.....	201
Titre Premier : La détermination de la juridiction compétente au contrat de distribution.....	203
Chapitre I – Le choix de la juridiction par les parties.....	204
Section 1 – La compétence internationale désignée par la clause d'élection de for.....	205
§ 1- La réglementation applicable à la clause d'élection de for.....	206

A- Les règles de droit français	206
B- Les règles de droit brésilien	210
§ 2- Les limites à la clause d'élection de for	212
A- L'interférence des règles impératives en matière de conflit de juridictions en droit français	212
1- L'applicabilité des règles impératives au regard de la clause d'élection de for	213
2- Le domaine de la clause d'élection de for au regard de la qualification de la responsabilité	216
B- Des perturbations à la validité de la clause d'élection de for en raison de la compétence concurrente du juge brésilien	219
Section 2 - Le règlement du litige par voie arbitrale.....	222
§ 1- La compétence du tribunal arbitral pour trancher les litiges relatifs à la rupture abusive du contrat international de distribution	227
A- Au regard de la convention d'arbitrage.....	230
1- Dans le contrat-cadre de distribution en droit français.....	232
2- Dans le contrat d'adhésion en droit brésilien	234
B- Au regard de l'arbitrabilité du litige.....	237
1- L'arbitrabilité en droit français	238
2- L'arbitrabilité en droit brésilien	242
§ 2- Des limites à la compétence du tribunal arbitral pour trancher des litiges relatifs à la rupture abusive du contrat de distribution	244
A- L'applicabilité des lois de police par l'arbitre.....	245
B- L'indépendance de la clause compromissoire à l'égard de la nature de la responsabilité engagée.....	249
Chapitre II – Le tribunal compétent en l'absence de choix des parties	253
Section 1 - Les règles de droit international privé de source interne	254
§ 1- Les règles spécifiques de compétence internationale en droit français.....	254
A- Les règles spéciales en raison de la nature de l'action en responsabilité	255
B- Les règles de compétence exceptionnelle en matière de pratiques anticoncurrentielles	257
§2- Les règles de compétence internationale en droit brésilien.....	258
Section 2- Les règles de droit international privé de source interrégionale	261
§ 1- Les règles de conflit de juridictions applicables dans le cadre de l'Union européenne	262
A- Du règlement Bruxelles I au règlement Bruxelles I-bis : l'absence d'une règle de compétence internationale spécifique au contrat de distribution.....	262
B- Les règles spéciales applicables au contrat international de distribution	266
1- Les règles de compétence en matière contractuelle.....	267
a- L'évolution de la notion de matière contractuelle	267
b- La qualification du contrat de distribution au regard de l'art. 5-1 du règlement Bruxelles I	269
i- La notion de vente de marchandise	271
ii- La notion de prestation de service	273
c- La détermination du for de compétence à travers l'obligation litigieuse dans la jurisprudence de la Cour de cassation.....	277
2- La règle de compétence en matière délictuelle.....	280
a- L'extension de la qualification délictuelle aux relations commerciales établies	281
b- La qualification du rapport de droit est indifférente au fait de la rupture abusive du contrat	283
§ 2- Les règles de conflit de juridictions applicables dans le cadre du Mercosur	285
Conclusion Titre Premier	289
Titre Deuxième : La détermination du droit applicable au contrat de distribution	291
Chapitre I – La place du principe de l'autonomie de la volonté en droits français et brésilien	292
Section 1 - La mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté	293
§ 1- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé français	293
A- Le mécanisme de désignation du droit applicable au contrat.....	294
1- Les traits communs entre la Convention de Rome et le règlement Rome I : la consécration de l'autonomie de la volonté	294
2- Les traits divergents entre la Convention de Rome et le règlement Rome I : le droit pouvant être choisi par les parties	296
B- La portée du choix du droit applicable au regard du contrat-cadre de distribution et des contrats d'application.....	298

1- L'extension de la clause d' <i>electio juris</i> stipulée dans le contrat-cadre aux contrats d'application.....	299
2- L'extension de la clause d' <i>electio juris</i> stipulée dans les contrats d'application au contrat-cadre.....	303
§ 2- Vers l'admission du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé brésilien.....	304
A- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté par la jurisprudence brésilienne.....	307
B- Dans le cadre de l'harmonisation du droit international privé latino-américain.....	309
1- Des Traités de Montevideo au Code de Bustamante.....	309
2- La Convention de Mexico.....	311
a- L'admission du principe de l'autonomie de la volonté.....	312
b- Le contenu du choix du droit applicable.....	314
Section 2 - Les limites au principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de distribution.....	316
§ 1- Le recours au mécanisme des lois de police du for comme moyen de protection du distributeur en droits français et brésilien.....	317
A- L'obligation d'information précontractuelle.....	318
B- Les dispositions de protection contre l'abus de position économique.....	320
§ 2 - Les recours au mécanisme des lois de police dans l'ordre communautaire.....	322
Chapitre II – La désignation de la loi applicable en dehors du principe de l'autonomie de la volonté.....	327
Section 1- La recherche de la <i>lex contractus</i> du contrat de distribution à partir de critères approximatifs.....	328
§ 1- Le contenu de la présomption générale du « lien plus étroit ».....	328
A- La règle du « lien plus étroit » dans les instruments communautaires sur la loi applicable au contrat international.....	329
B- La consécration de la règle du « lien plus étroit » dans l'instrument interaméricain sur le droit applicable au contrat international.....	330
§ 2- La présomption spécifique fondée sur la « prestation caractéristique » du contrat dans le droit international privé européen.....	331
A- La localisation de la prestation caractéristique.....	333
1- Au regard du contrat de concession.....	334
2- Au regard du contrat de franchise.....	336
B- La mise en œuvre d'un mécanisme dérogatoire : la clause d'exception.....	338
Section 2 - La tendance à l'adoption de critères de rattachement objectifs.....	339
§ 1- Les règles de conflits de lois applicables au contrat de distribution en droit international privé européen.....	340
A- La prise en compte des règles de conflit de lois en matière contractuelle : une solution cohérente au regard des contrats de distribution.....	341
1- La teneur des modifications apportées par le règlement Rome I au contrat de distribution.....	342
2- Les difficultés de coordination entre le règlement Rome I et Bruxelles I.....	345
B- L'éventuelle prise en compte de la règle de conflit en matière délictuelle : la particularité de la rupture abusive du contrat de distribution.....	346
1- De l'opportunité de la qualification de la rupture abusive du contrat de distribution en matière délictuelle.....	347
2- Une possible coordination entre les règlements Rome I et Rome II.....	349
§ 2- La règle de conflit de lois applicable au contrat de distribution en droit international privé brésilien.....	351
A- Le critère de rattachement du « lieu de la conclusion » du contrat.....	351
B- De l'opportunité d'adopter une règle de conflit de lois au contrat de concession et franchise.....	353
Conclusion Titre Deuxième.....	356
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	359
ANNEXE I.....	365
ANNEXE II.....	384
BIBLIOGRAPHIE.....	389
RÉSUMÉ EN PORTUGAIS O CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO FRANCÊS E BRASILEIRO.....	471
TABLE DES MATIÈRES.....	491

Le contrat international de distribution en droits français et brésilien

Résumé

En France et au Brésil, les contrats de concession commerciale et de franchise sont généralement innommés, à l'exception de la concession commerciale de véhicules automobiles terrestres et de la franchise en droit brésilien. L'internationalité du litige met en évidence des difficultés spécifiques relatives à la détermination de la juridiction étatique compétente et du droit applicable au contrat de distribution. Il existe un désaccord au sein des tribunaux français quant à la nature de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture abusive du contrat. Ces difficultés sont mises en évidence dès lors que des règles en matière de compétence internationale de source communautaire sont applicables au litige, à la différence du litige soumis à l'arbitrage. Concernant le droit brésilien, l'étude dévoile une problématique relative à la place du principe de l'autonomie de la volonté des parties, lesquelles ne peuvent pas choisir le droit applicable à leur convention si le litige est soumis au juge étatique. En revanche, lorsque ce même contrat est soumis à l'arbitrage, les parties peuvent déterminer le droit applicable.

Mots-clés : France, Brésil, droit comparé, contrat de distribution, international, concession commerciale, franchise, rupture abusive, concurrence, responsabilité, arbitrage, droit international privé, juridiction, qualification, principe de l'autonomie de la volonté, droit applicable.

Résumé en anglais

Distribution and franchising agreements are generally innominate commercial contracts under French and Brazilian law, with the exception of exclusive distribution agreements on land motor vehicles and the franchising under Brazilian law. The internationality of the dispute highlights specific difficulties relating to the determining the competent court and the applicable law. There is disagreement between French courts as to the nature of the liability by the person held responsible for the abusive breach of contract. These difficulties arise in cases where EU law-based rules of international jurisdiction are applicable to the dispute, contrary to the disputes which are subject to arbitration. In Brazilian law, the study exposes a problem concerning the place of the principle of party autonomy. The parties may not choose the law applicable to the contract if the dispute is submitted to a Brazilian judge. On the contrary, in case the contract is subject to arbitration, the parties may determine the applicable law.

Keywords: France, Brazil, comparative law, distribution agreements, international, contract, franchising, abusive breach, arbitration, competition, contractual obligation, non-contractual obligation, international private law, jurisdiction, qualification, principle of party autonomy, law applicable.