

Tiré à part de la

Publication **CEDIDAC** 38

BIEBER, CHABLOZ, CHERPILLOD, CORNU, DUTOIT,
ENGEL, GAUTIER, GRAZ, GUIBAN, JACCARD, KILLIAS,
KNOEPFLER, MUSTAKI, PERRET, RAPP, REYMOND, RIEBEN,
RODONDI, ROMY, SCHLOSSER, STOFFEL, THÉVENAZ,
VILLA, VOYAME, WYLER

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Contributions offertes au Professeur

FRANÇOIS DESSEMONTET

à l'occasion de ses 50 ans

réunies et éditées par

IVAN CHERPILLOD
NICOLAS IYNEDJIAN
PIERRE-ALAIN KILLIAS
GUY MUSTAKI
JEAN-MARC RAPP

Centre du droit de l'entreprise
(droit industriel, droit d'auteur, droit commercial)
de l'Université de Lausanne

Lausanne 1998

PARTIE IV: RESPONSABILITÉ AU SEIN DU RÉSEAU DE DISTRIBUTION EXCLUSIVE ET SÉLECTIVE

ISABELLE ROMY* / EVE GAUTIER**^o

* Professeure associée à la Faculté de droit de Fribourg, avocate.

** Licenciée en droit.

^o Avec la collaboration d'ERIC CEROTTINI, licencié en droit, assistant pour l'enseignement du droit à l'EPFL.

I. Problématique

§ 1. Introduction

Les produits de marque, de prestige et ceux issus d'une technologie de pointe sont généralement mis sur le marché par des réseaux qui combinent distribution exclusive et sélective. Grâce à ces systèmes, les producteurs souhaitent offrir une gamme complète d'articles ainsi qu'un service après-vente, protéger et maintenir ainsi l'aura et le *goodwill* de ces articles dont la création et la diffusion sont coûteuses¹. La canalisation de la distribution par l'intermédiaire d'opérateurs sélectionnés est une condition importante pour la promotion de l'image et la réputation commerciale du produit². La protection de tels réseaux contre les importations parallèles revêt dès lors une importance essentielle. Les tentatives d'agir contre le tiers importateur parallèle sur la base de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) et la Loi fédérale sur la protection des marques (LPM) ont jusqu'à présent échoué, le Tribunal fédéral considérant dans une jurisprudence constante que la simple

exploitation, par un tiers, de la violation des obligations résultant des contrats de distribution n'est pas en soi déloyale et ne viole pas le droit des marques³. Puisque la création d'un marché gris⁴ suppose nécessairement que l'un des membres du réseau viole ses obligations contractuelles⁵, la question se pose dès lors de savoir quels sont les moyens juridiques pour protéger le réseau de l'intérieur. Cette contribution examine à quelles conditions les règles sur la responsabilité contractuelle et délictuelle peuvent être mises en oeuvre entre les différents acteurs d'un réseau de distribution et quelle est leur efficacité. Après avoir présenté les acteurs d'un réseau-type de distribution et leurs relations juridiques, nous analyserons les diverses atteintes possibles et leurs conséquences sur les autres intervenants. Sur la base de ces exemples, nous déterminerons au chapitre II quels sont les moyens à la disposition des parties au réseau lésées par la création d'un marché gris. Nous nous limiterons aux solutions du droit suisse, par hypothèse élu par les parties ou dont l'application résulte des règles de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

¹ TROLLER, Aperçu de divers problèmes juridiques au sujet de la protection des systèmes de distribution sélective notamment dans le domaine des produits de consommation de luxe, *RSPI* 1987, p. 24 s. (cité: Protection des systèmes de distribution sélective); GUYET, La distribution sélective en droit suisse, nouveaux développements, *RSPI* 1990 II p. 255; ALTENPOHL, Die Durchsetzbarkeit selektiver Vertriebsbindungssysteme gegenüber Aussenseitern nach schweizerischem Recht, *PJA* 1992, p. 190.

² L'utilité de tels réseaux pour les produits de luxe et de haut niveau de manufacture n'est pas contestée: voir par ex. DUTOIT, Les contrats de concession exclusive et de distribution sélective sous le double projecteur du droit suisse et européen des ententes, *RDS* 1993 I 377 ss. (cité: Contrats); Metro SB-Grossmärkte GmbH contre Cartier SA, Affaire C-376/92, *REJC* 1994-1, p. 15 ss, conclusions de l'avocat général, p. 21.

³ ATF 122 III 469 (Chanel); ATF 114 II 91 = *JdT* 1988 I 310 (Dior).

⁴ Il n'y a pas de définition uniforme du marché gris. Au sens large, ces termes désignent la commercialisation d'un produit par un canal autre que le système de distribution officiel mis en place par le producteur ou le fabricant. Il faut le distinguer du marché noir, qui suppose la violation de règles de droit public: voir BIERI-GUT, *Rechtsprobleme beim Absatz auf grauen Märkten: die Durchsetzbarkeit von Selektivvertriebsverträgen gegenüber Dritten*, thèse Zurich 1993, p. 1 ss.

⁵ Sauf si la marchandise écoulee sur la marché gris provient d'un stock volé: ATF 122 III 469, 472 (Chanel).

§ 2. Présentation d'un réseau-type de distribution

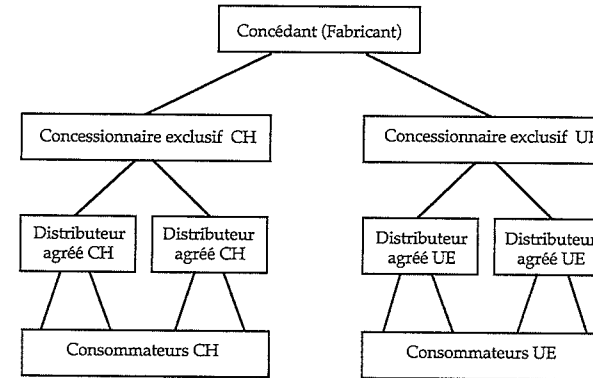
A. Les acteurs du réseau

Il existe en pratique de nombreuses sortes de réseaux de distribution, qui varient notamment selon les branches d'activités considérées. Nous nous concentrerons sur un réseau-type fréquemment utilisé pour les biens de consommation de luxe et les produits de pointe. Ce genre de réseau a souvent un caractère international; dans notre hypothèse, il sera «euro-suisse». Le fabricant-concédant est lié par des contrats de concession exclusive à des concessionnaires exclusifs en Suisse et dans d'autres pays européens. Chaque concessionnaire exclusif est lié à son tour par des contrats de distribution sélective à des distributeurs agréés, qui vendent le produit au consommateur final⁶. Les acteurs d'un tel réseau sont donc:

- le concédant, qui peut être selon les cas le fabricant-producteur des produits en cause, le grossiste ou l'importateur, titulaire de la marque,
- le concessionnaire exclusif (revendeur) en Suisse et à l'étranger, qui peut être également titulaire de la marque,
- les distributeurs agréés en Suisse et à l'étranger,
- les consommateurs finaux.

⁶ Voir par ex. ATF 122 III 469, 472 (Chanel).

Ce réseau-type se présente de la façon suivante:



B. Les relations juridiques entre les différents acteurs du réseau

Nous ne reviendrons pas en détail sur la typologie des relations contractuelles nouées entre certains acteurs de ce réseau-type, qui a été traitée ailleurs dans cet ouvrage. Il faut cependant brièvement définir les rapports juridiques qui sont pertinents pour l'analyse de la responsabilité dans le cas qui nous occupe.

1. LE CONTRAT DE CONCESSION EXCLUSIVE

Le concédant est lié aux concessionnaires exclusifs, en Suisse et à l'étranger, par un contrat de concession exclusive. Bien que la terminologie varie⁷, nous entendons sous ce terme aussi bien la

⁷ On emploie aussi les termes de concession de vente exclusive ou de représentation exclusive: GUYET, p. 253; BÉNÉDICT, *Le contrat de concession de vente exclusive*, thèse Lausanne 1975, p. 14 s.; RSPI 1996 251 (arrêt fribourgeois).

distribution exclusive que la représentation exclusive. Le concédant s'engage, dans un rayon territorial délimité ou pour une clientèle déterminée, à ne vendre les biens en question qu'au seul concessionnaire et à ne pas les commercialiser lui-même, sinon de manière limitée. Il promet de ne pas approvisionner un autre distributeur dans le rayon concédé. Il peut également s'engager à faire respecter cette exclusivité par les autres concédants-revendeurs, par une promesse de porte-fort (art. 111 CO). On parle dans un tel cas d'exclusivité absolue ou renforcée, par opposition à la clause d'exclusivité simple⁸. En contrepartie, le concessionnaire exclusif s'engage à promouvoir la vente des biens à l'intérieur du territoire concédé, éventuellement à des prix imposés ou conseillés⁹. Parfois cette obligation est assortie du devoir de commander une quantité minimale de marchandises à des termes réguliers¹⁰.

2. LE CONTRAT DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Le concessionnaire exclusif et les distributeurs agréés sont liés par un contrat de distribution sélective. Le premier s'engage à ne livrer qu'à des distributeurs satisfaisant certains critères d'agrément qualitatifs ou quantitatifs¹¹; les seconds s'interdisent de vendre ou d'acquérir les produits hors du réseau officiel. Outre l'engagement d'assurer un service après-vente ou encore de faire de la publicité, ils peuvent également avoir l'obligation de ne revendre la marchandise

⁸ BÉNÉDICT, p. 34; BIERI-GUT, p. 43 ss et 56 s.; GUYET, p. 264.

⁹ BÉNÉDICT, p. 13 s.; TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2e éd., Zurich 1995, n° 5877 ss; RIGOZZI, *L'art. 85 du traité CE devant le juge civil suisse: les contrats de distribution à l'égard de l'art. 19 LDIP et de la nouvelle loi fédérale sur les cartels*, Berne / Zurich 1996, p. 9 s.

¹⁰ Voir par ex. ATF 107 II 222 = JdT 1981 I 620; ATF 100 II 450 = JdT 1976 I 89.

¹¹ BIERI-GUT, p. 41 s.

qu'au consommateur final¹² ou à d'autres distributeurs agréés dans le réseau.

3. LE CONTRAT DE VENTE

Les distributeurs agréés concluent un contrat de vente avec les consommateurs finaux. Ceux-ci disposent, sur cette base, des actions en garantie des défauts qui leur permettent, selon les circonstances, d'obtenir une réduction du prix de vente ou de faire remplacer la chose vendue¹³. En revanche, ils n'ont pas d'action contractuelle contre le fabricant, celui-ci n'étant pas partie au contrat de vente. Cependant, les produits de luxe ou de marque sont souvent vendus avec une garantie internationale d'usine ou de fabrique, qui lie directement le producteur¹⁴.

§ 3. Les différentes atteintes

En pratique, il est souvent difficile d'identifier le membre du réseau qui viole ses obligations et alimente le marché gris. L'enlèvement des codes sur les emballages empêche en effet de remonter aisément la filière¹⁵, surtout lorsque les importations parallèles proviennent d'une autre partie du globe. En théorie, cette violation peut être commise par le concédant, les concessionnaires exclusifs ou les distributeurs agréés. Elle aura les effets suivants sur les autres acteurs du réseau:

¹² Voir par ex. ATF 114 II 91, 92 = JdT 1988 I 310 (Dior); ATF 122 III 469, 472 (Chanel).

¹³ Art. 205 ss CO.

¹⁴ HEIM, *La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail*, thèse Lausanne 1972, p. 110 s.; Metro contre Cartier, RECY 1994-1, p. 33; TERCIER, n° 535.

¹⁵ ATF 122 III 469, 470 (Chanel).

A. Effets sur le concédant

Le marché gris cause au concédant un préjudice immatériel en raison de la perte de prestige liée à la distribution en grande surface par exemple¹⁶. En outre, une partie de la clientèle, attirée par l'aspect exclusif des produits, risque de s'en détourner en cas d'atteinte au prestige causée par la commercialisation à grande échelle due au marché gris. Cette atteinte varie selon les produits concernés; elle sera plus aiguë pour les biens de luxe, bijoux et montres, que pour les parfums. Le préjudice sera alors financier. Inversement, le concédant pourra aussi réaliser des gains: il écoulera dans certains cas plus de marchandises et constituera une nouvelle clientèle, désireuse d'acquiescer ses produits à un meilleur prix, laquelle ne se recoupe pas forcément avec les clients du réseau officiel; ceux-ci resteront fidèles aux distributeurs agréés parce qu'ils attachent de l'importance aux conseils prodigués et au service après-vente.

B. Effets sur les concessionnaires et les distributeurs

Les importations parallèles, qu'elles soient le fait du concédant lui-même, d'un concessionnaire étranger ou d'un distributeur étranger, auront des effets sur les distributeurs agréés en Suisse: leur chiffre d'affaires diminuera si une partie des articles en cause sont écoulés à la même clientèle hors de leurs points de vente. Le concessionnaire exclusif subira également une atteinte à ses intérêts financiers sous la forme d'un gain manqué¹⁷.

C. Effets sur le consommateur

Le consommateur final quant à lui trouvera sur le marché gris un article de luxe ou de pointe à un prix plus bas que sur le marché

officiel; en revanche, il risque de ne pas pouvoir bénéficier du service de garantie gratuit offert par le producteur¹⁸. En outre, l'enlèvement des codes sur les produits eux-mêmes ou des conditions de stockage déficientes peuvent altérer le produit, causant ainsi un dommage au consommateur¹⁹.

¹⁶ Voir GUYET, p. 263.

¹⁷ Voir ATF 107 II 222 = JdT 1981 I 620.

¹⁸ Voir l'arrêt Metro contre Cartier cité à la note 2, dans lequel la Cour de Justice a admis que le producteur refuse sa garantie gratuite en cas de vente d'un produit hors du réseau officiel.

¹⁹ TROLLER, Protection des systèmes de distribution sélective, p. 32 s.

II. Analyse des relations juridiques

Nous examinerons ici quels sont les moyens à la disposition des membres du réseau lésés par les importations parallèles pour obtenir la réparation de leurs dommages et au besoin faire cesser les violations en cause. Il convient à cette fin de distinguer selon que le lésé est lié à l'auteur de la violation par un contrat ou non. En effet, tous les maillons du réseau ne sont pas attachés entre eux par des obligations contractuelles: ainsi, le distributeur agréé suisse n'a pas conclu de contrat avec le concessionnaire exclusif étranger ou le distributeur agréé étranger qui par hypothèse alimente le marché gris. Seules seront à sa disposition les actions délictuelles.

§ 1. Les moyens fondés sur la responsabilité contractuelle

A. Généralités

La responsabilité contractuelle est engagée lorsque la personne recherchée en responsabilité a fautivement violé une obligation contractuelle qui lui incombe et cause de ce fait un dommage à son cocontractant²⁰. Trois aspects méritent un examen. La mise en oeuvre de la responsabilité exige d'identifier l'obligation violée puis d'examiner si le contrat sur lequel elle repose est licite; il faut ensuite déterminer si elle a été correctement exécutée. Enfin, la question se pose de déterminer le défendeur à l'action dans les cas où le concédant s'engage à faire respecter une clause d'exclusivité par d'autres membres du réseau.

B. Quelques aspects de la responsabilité contractuelle

La première étape consiste donc à déterminer l'obligation prétendument violée, qui varie selon les contrats en cause, dans notre hypothèse le contrat de concession exclusive et le contrat de distribution sélective. Elle implique de soigneusement définir quels sont les engagements pris par l'auteur de la violation.

Dans le contrat de concession exclusive, le concédant s'engage généralement à ne pas approvisionner un autre concessionnaire dans le rayon concédé; il est aussi fréquent que le concédant et le concessionnaire exclusif assument l'obligation de ne pas vendre à des tiers hors du réseau, que ce soit en Suisse ou ailleurs. La violation de ces obligations permet une action en dommages-intérêts fondée sur le contrat, selon les articles 97 ss CO²¹. Le concessionnaire exclusif engage aussi sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du distributeur agréé lorsqu'il fournit des produits à un tiers qui ne remplit pas les critères de qualification posés par le contrat. Quant au distributeur agréé, il assume souvent l'obligation de ne vendre les produits en cause qu'au consommateur final. Il la viole s'il vend à d'autres revendeurs qui sont reconnaissables comme tels.

Deuxièmement, une fois identifiée l'obligation violée, il faut encore examiner si elle est licite; un contrat conclu en violation des règles impératives, destinées notamment à protéger l'ordre public, ne produit en principe pas d'effet²². Cette question présente une

²¹ Voir SJ 1965 425; BÉNÉDICT, p. 43.

²² Art. 20 CO; HUGUENIN JACOBS, Art. 19-21 OR, in: Honsell / Vogt / Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, n. 52 ss ad Art. 19-20 OR; GAUCH / SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Tomes), 6e éd., Zurich 1995, n° 681; KRAMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht VI/1/2/1/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrags, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 19-22 OR*, Berne 1990, n. 308 ss ad Art. 19-20

²⁰ Art. 97 CO.

importance particulière lorsque le lésé invoque la violation d'une clause d'exclusivité dite absolue. Ces clauses sont en principe considérées comme illicites au regard de l'article 85 alinéa 1 du Traité de l'Union européenne²³, qui s'applique aux contrats qui ont des effets sur le marché communautaire²⁴. Le défendeur pourrait-il opposer l'exception de nullité tirée de la violation du droit communautaire à l'action en dommages-intérêts intentée par un concurrent suisse, devant le juge suisse? Cette question mériterait des développements détaillés, qui sortent du cadre de cette contribution. Mentionnons seulement que l'opinion a été émise que le juge suisse pourrait prendre en considération la nullité de cette clause d'exclusivité au regard du droit communautaire dans le cadre de l'action en responsabilité intentée en Suisse²⁵, que ce soit pour contrariété aux moeurs²⁶ ou en application de l'article 19 LDIP²⁷.

OR.

²³ Voir par ex. DUTOIT, L'opposabilité des contrats de distribution sélective aux tiers en Suisse, en France et en République fédérale d'Allemagne, in: *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990 (cité: Opposabilité des contrats de distribution), p. 379 ss; RIGOZZI, p. 43 ss.

²⁴ RIGOZZI, p. 28.

²⁵ Le juge suisse n'est pas lié par la sanction de nullité prévue par la disposition communautaire; il tentera d'aboutir à une solution adéquate, en prévoyant selon les cas la nullité partielle du contrat ou le caractère non exécutoire de certaines obligations contractuelles ou encore l'extinction du contrat: DUTOIT, *Droit international privé suisse: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2e éd., Bâle 1997 (cité: *Commentaire LDIP*), n. 5 ad art. 19; RIGOZZI, p. 53 ss. Voir un exemple en droit français: *Revue de l'arbitrage* 1994, p. 164, impliquant une société suisse et une société française. Mentionnons aussi à titre comparatif que la sanction de la violation des règles impératives du droit suisse n'entraîne pas non plus automatiquement la nullité de l'acte: voir par ex. ATF 119 II 222, 224; GAUCH/SCHLUEP, n° 684; KRAMER, n. 321 ss *ad Art. 19-20 OR*.

²⁶ RIGOZZI, p. 15 ss et références citées. La violation du droit étranger peut constituer un cas de violation des bonnes moeurs au sens de l'art. 19 al. 2 CO: ATF 80 II 49, 51 = JdT 1954 I 581; HUGUENIN JACOBS, n. 42 *ad Art.*

Le troisième aspect concerne la détermination du défendeur à une action contractuelle en dommages-intérêts. Dans les cas envisagés ci-dessus, le concessionnaire exclusif en Suisse peut subir un dommage du fait des importations parallèles commises par un concessionnaire à l'étranger. Or, le lésé n'est pas lié par un accord à l'auteur du dommage et ne pourra pas agir contre lui contractuellement. Cependant, il pourra éventuellement réclamer des dommages-intérêts au concédant, voire résilier son contrat si le concédant s'est porté fort du respect, par le concessionnaire à l'étranger, de cette clause d'exclusivité²⁸.

C. *Appréciation de l'efficacité des moyens contractuels*

L'action en responsabilité fondée sur l'article 97 CO permet au lésé d'obtenir des dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi, soit la baisse de son chiffre d'affaires. Lorsque le dommage est difficile à prouver mais qu'il paraît probable, le juge déterminera son existence et son montant *ex aequo et bono* conformément à l'article 42 alinéa 2 CO²⁹. En cas d'atteintes au prestige du produit, le concédant pourrait en outre réclamer une indemnité pour tort moral, qui sera également fixée en équité³⁰.

19-20 OR.

²⁷ RIGOZZI, p. 23 ss. Cet auteur est d'avis que cette solution s'applique même si les contrats conclus par l'exportateur suisse avec ses distributeurs exclusifs sur le territoire de l'UE sont soumis au droit suisse: p. 55; voir aussi DUTOIT, *Commentaire LDIP*, n. 8 ad art. 19: une élection de droit en matière de contrats n'empêche pas en principe le recours à l'art. 19 LDIP.

²⁸ BÉNÉDICT, p. 35; GUYET, p. 264; SJ 1956 609, 617. Sur la promesse de porte-fort, voir ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997, p. 431 ss.

²⁹ ATF 122 III 219 = JdT 1997 I 246.

³⁰ Il faut cependant que la violation de l'obligation constitue une atteinte à la personnalité: ENGEL, p. 527. Mentionnons que l'art. 9 al. 3 LCD

L'indemnisation du préjudice causé par les importations parallèles n'est cependant pas toujours le remède le plus adéquat; outre le fait que l'atteinte au prestige est difficilement réparable par une somme d'argent, l'intérêt des parties consiste plutôt à obtenir l'exécution régulière des obligations. L'action en dommages-intérêts ne joue dans ce contexte qu'un rôle incitatif secondaire. En outre, même si elle est en théorie possible, elle ne sera pas intentée lorsque l'auteur de la violation est le concédant lui-même, ou le concessionnaire vis-à-vis du distributeur, en raison du déséquilibre de leurs forces économiques. Enfin, elle n'est pas possible lorsque le lésé n'est pas lié par un contrat à l'auteur de la violation, ce qui constitue la majorité des cas.

Une autre sanction, radicale, est la résiliation du contrat selon les articles 107 ss CO³¹. Elle constitue toutefois une mesure à double tranchant, le concédant se privant du même coup d'un réseau de distribution peut-être efficace et qui a été coûteux à établir. Il rechignera pour cette raison à mettre fin aux relations contractuelles avec l'auteur de la violation.

§ 2. Les moyens fondés sur la responsabilité délictuelle

A. Généralités

La responsabilité délictuelle entre en considération dans les cas où le marché gris cause des atteintes à un membre du réseau qui n'est

ouvre l'action en réparation du tort moral selon les règles du CO lorsque l'agissement qui cause cette atteinte constitue un acte de concurrence déloyale. Voir à cet égard par exemple: ATF 90 II 51 = JdT 1964 I 627; RSPI 1985 49 (arrêt Killy) (décisions rendues en application de l'ancienne LCD).

³¹ En cas d'observation des clauses du contrat de concession exclusive, l'art. 418r CO sur la résiliation pour justes motifs dans le contrat d'agence peut s'appliquer: ATF 89 II 30 = JdT 1963 I 591; BÉNÉDICT, p. 59 ss.

pas lié à l'auteur par un contrat ainsi que pour les actions contre l'importateur parallèle lui-même. Il en va ainsi par exemple de la violation commise par le concédant qui cause un dommage aux distributeurs agréés, ou du concessionnaire exclusif étranger au concessionnaire suisse et aux distributeurs agréés en Suisse.

Les conditions de la responsabilité civile sont censées connues³². Nous nous attarderons cependant sur l'illicéité parce qu'elle pose plusieurs problèmes. Dans les hypothèses que nous avons mentionnées, le lésé subit un dommage purement économique, en dehors d'un éventuel tort moral. Pour en obtenir réparation, il doit donc identifier une norme juridique quelconque qui protège précisément les intérêts atteints³³. Dans le domaine qui nous occupe, les règles qui entrent en considération sont notamment celles posées par la Loi fédérale contre la concurrence déloyale et par le principe de la bonne foi, consacré par l'article 2 CC³⁴. La jurisprudence et la doctrine se sont attachées à examiner sous l'angle de ces règles l'illicéité de l'activité de l'importateur parallèle. Il convient d'y revenir brièvement avant d'aborder la responsabilité délictuelle à l'intérieur du réseau.

³² Voir par ex. BREHM, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht VI/1/3/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Kommentar zu Art. 41-44 OR*, Berne 1990, ad Art. 41 OR; ENGEL, p. 440 ss; SCHNYDER, Art. 41-59 OR, in: Honsell / Vogt / Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, ad Art. 41 OR.

³³ Il s'agit de la conception objective de l'illicéité, retenue par le Tribunal fédéral: ATF 122 III 176, 192; ATF 119 II 127. Voir aussi WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS 1997 I 343 ss, p. 362 sur les différentes conceptions de l'illicéité; ENGEL, p. 449; SCHNYDER, n. 31 ad Art. 41 OR.

³⁴ Nous laissons donc de côté les moyens tirés de la protection de la personnalité (art. 28 CC) et du droit des marques.

B. Les actions en responsabilité contre l'importateur parallèle

Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a refusé de qualifier d'acte de concurrence déloyale et d'acte illicite la violation par des tiers importateurs parallèles des droits découlant d'un contrat de distribution exclusive ou sélective³⁵. Il n'en irait autrement que dans des circonstances particulières qui feraient apparaître cette violation comme contraire aux règles de la bonne foi. Le récent arrêt Chanel³⁶ revient plus en détail sur ces circonstances particulières examinées sous le projecteur de la LCD. Le Tribunal fédéral y conteste le caractère parasitaire des importations parallèles de même que le caractère trompeur de la publicité ou de la vente de produits dont les emballages mentionnent qu'ils ne peuvent être vendus que par un distributeur agréé. Il nie aussi le caractère déloyal de l'altération de l'emballage et de la suppression des codes de production sur les produits. Il considère enfin que la clause générale de l'article 2 LCD ne s'applique pas. Procédant à une appréciation générale qualifiée de «fonctionnelle» du droit de la concurrence déloyale, le Tribunal fédéral estime que du point de vue de la politique du marché, il n'est pas souhaitable d'avoir un système de distribution sélective étanche³⁷.

³⁵ Voir par ex. ATF 114 II 91 = JdT 1988 I 310, 312 et références citées. Le principe posé par le Tribunal fédéral selon lequel la violation des droits découlant d'un contrat n'est pas illicite en soi est critiqué par une partie de la doctrine: TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels* (2 Tomes), 2e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, p. 911 s. (cité: Manuel); BIERI-GUT, p. 75 ss.

³⁶ ATF 122 III 469.

³⁷ ATF 122 III 469, 486 s.: «Il est douteux dès lors qu'un système de distribution sélective étanche soit souhaitable dans le domaine de la parfumerie du point de vue de la politique du marché (...). En conclusion, la coexistence des détaillants agréés et des revendeurs parallèles apparaît comme la solution qui sauvegarde au mieux les résultats positifs qui peuvent être attendus de la libre concurrence, au bénéfice des concurrents, des acheteurs et de la collectivité en général.»

La jurisprudence du Tribunal fédéral, confirmée par l'arrêt Chanel, est critiquée par plusieurs auteurs³⁸. Nous ne reviendrons pas sur l'interprétation, discutable, faite par le Tribunal fédéral des dispositions spéciales de la LCD, mais nous arrêterons sur la définition qu'il donne de la déloyauté selon la clause générale de l'article 2 LCD. Pour apprécier si cette disposition s'applique, le Tribunal fédéral examine quels sont les effets négatifs des importations parallèles sur la concurrence; à cette fin, il procède à une pesée des intérêts des fabricants et de ceux des consommateurs. Ces derniers l'emportent, au motif notamment qu'ils bénéficient grâce au marché gris du meilleur prix possible dans le plus grand nombre de points de vente; «grâce aux importations parallèles, les parfums de luxe sont accessibles plus facilement à un plus grand nombre de consommateurs.»³⁹

Cette prépondérance donnée aux intérêts des consommateurs n'est pas posée par la LCD et ne convainc pas. Remarquons tout d'abord qu'il n'existe pas un intérêt uniforme et indivisible des consommateurs qui serait opposé à celui des fabricants. Les acheteurs entre eux ont des intérêts qui peuvent être conflictuels. Une partie de la clientèle apprécie précisément le caractère exclusif des produits de luxe et de pointe et voit d'un mauvais oeil qu'ils soient accessibles à un public plus large. Ensuite, une concurrence loyale et qui n'est pas faussée selon les termes de l'article 1 LCD ne signifie pas qu'il faille favoriser une catégorie de consommateurs et les traiter comme des participants privilégiés du marché. Au contraire, cette disposition stipule de prendre en compte l'intérêt de toutes les parties concernées. Or les fabricants de produits de luxe ou de pointe ont un intérêt également légitime à contrôler la distribution et la renommée de leurs produits, pour lesquels ils investissent des montants

³⁸ Voir par ex. DUTOIT, *Contrats*, p. 387 ss et *Opposabilité des contrats de distribution*, p. 409 ss; TROLLER, *Protection des systèmes de distribution sélective*, p. 31; GUYET, p. 264 ss.

³⁹ ATF 122 III 469, 486.

importants. Les arguments du Tribunal fédéral relèvent davantage du droit des ententes que de ceux de la concurrence loyale⁴⁰. Enfin, le raisonnement tenu dans l'arrêt Chanel aboutit au résultat que seule la dégradation de la qualité des produits permettrait d'invoquer la protection de la concurrence déloyale. Cette conséquence n'est toutefois pas compatible avec le système de la LCD, qui protège aussi la renommée et l'image de marque d'un produit⁴¹. Il n'est toutefois pas le lieu de critiquer plus en détail cette jurisprudence. La question qui retient notre attention est celle de savoir si cette jurisprudence s'applique aussi et dans la même mesure à une action délictuelle à l'intérieur du réseau de distribution.

C. Les actions en responsabilité à l'intérieur du réseau

A priori, l'approche fonctionnelle adoptée par le Tribunal fédéral et son souci d'éviter la création de réseaux de distribution sélective étanches dans certains domaines ne devrait pas fondamentalement se modifier en fonction de la personne du défendeur, puisqu'elle n'en dépend pas. Il s'ensuit que l'article 2 LCD ne serait pas applicable aux actions intentées contre l'un des membres du réseau par un autre auquel il ne serait pas lié par un contrat. Toutefois, cette solution heurte le sentiment de l'équité. La LCD enjoint et punit les comportements déloyaux. Or, la déloyauté peut s'apprécier différemment selon les circonstances de fait. Le membre d'un réseau de distribution qui fournit un importateur parallèle est par la force des choses de mauvaise foi. Il sait que le système de distribution ne fonctionne que si tous les membres respectent leurs obligations et il

⁴⁰ Or la validité de ces réseaux est admise en droit suisse du point de vue du droit des cartels, sauf exception: DUTOIT, *Contrats*, 377 ss; RIGOZZI, p. 46 s.

⁴¹ La LCD réprime en particulier la publicité parasitaire, le dénigrement ou encore la création d'un risque de confusion, qui peuvent porter atteinte à l'image d'un produit et à sa renommée. Voir notamment TROLLER, *Manuel*, p. 926 ss.

sait qu'il cause un préjudice à certains d'entre eux. A notre avis, son comportement est déloyal au sens de la LCD et illicite au regard de l'article 41 alinéa 1 CO⁴².

On peut aussi se demander si le caractère délictuel du comportement de l'auteur de la violation est fondé sur une violation de l'article 2 CC, qui consacre le principe de la bonne foi⁴³. Le Tribunal fédéral a certes refusé de considérer en général l'article 2 CC comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité fondée sur l'article 41 CO; il a néanmoins admis qu'elle peut l'être dans certains cas spéciaux. Il en est ainsi notamment lorsqu'il existe un rapport particulier de confiance entre le lésé et le responsable⁴⁴. On peut soutenir que tel est bien le cas entre les membres du réseau: ils sont liés entre eux par des rapports de confiance et de fidélité qui découlent de la chaîne de contrats constituant l'ensemble du réseau; sans ces liens, le système ne saurait fonctionner. L'auteur qui alimente le marché gris sait qu'il ruine ainsi l'efficacité du réseau et qu'il porte atteinte aux intérêts de ses membres.

⁴² Il existe un débat sur la question de savoir si la déloyauté précède l'illicéité ou si l'inverse est vrai: voir à ce sujet BIERI-GUT, p. 81 ss et références citées. Nous partageons l'opinion soutenue notamment par TROLLER, *Manuel*, p. 914, et BIERI-GUT, p. 85, selon laquelle l'illicéité résulte de la déloyauté, définie comme un comportement objectivement contraire aux règles de la bonne foi.

⁴³ La question est discutée de savoir si la violation de l'art. 2 CC est un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO ou un acte contraire aux bonnes mœurs selon l'art. 41 al. 2 CO: SCHNYDER, n. 36 et 41 *ad Art. 41 OR*. Voir en particulier WERRO, p. 363 s., pour un examen détaillé des conditions d'application de l'art. 2 CC pour fonder une obligation de réparer un dommage. Il n'est pas nécessaire de trancher cette controverse ici, le rattachement à l'al. 1 ou 2 de l'art. 41 CO ne modifiant pas l'analyse qui suit.

⁴⁴ ATF 121 III 350, 354 ss = JdT 1996 I 187 (rés.).

III. Conclusion

La protection des réseaux de distribution par le droit contractuel n'est pas satisfaisante. La première difficulté, de fait, est d'identifier l'auteur de la « fuite ». On peut y remédier, pour certains produits, par des techniques de traçages, qui sont cependant très coûteuses et difficiles à mettre sur pied dans des réseaux très étendus. A supposer que cet obstacle soit surmonté, les moyens contractuels ne sont applicables qu'aux membres du réseau directement liés par un accord. Or, comme les exemples précités l'ont montré, dans les réseaux complexes, l'auteur de la violation n'est pas forcément lié par un contrat aux membres du réseau qui subissent un dommage du fait des importations parallèles. Dans l'hypothèse où il l'est, les sanctions du droit des contrats risquent de ne pas être utilisées pour des motifs commerciaux. Le concédant rechignera à mettre fin à une relation qui a peut-être été coûteuse à établir et qui romprait son réseau de distribution; le distributeur agréé n'est pas en position de force vis-à-vis du concédant ou du concessionnaire exclusif pour exiger des dommages-intérêts ou le respect des obligations contractuelles. En bref, les solutions qui consisteraient à renforcer les contrats par des clauses de porte-fort et des clauses pénales, par exemple, ne paraissent pas d'une grande utilité parce que les moyens juridiques céderont souvent le pas aux intérêts économiques.

Ces difficultés expliquent sans doute les tentatives faites jusqu'à présent d'agir contre l'importateur parallèle. Il est en effet plus facilement identifiable que l'auteur de la violation au sein du réseau et les réticences précitées qui découlent des relations commerciales n'existent pas. Cependant, en l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ces essais paraissent voués à l'échec.

La voie devrait encore être explorée d'invoquer l'application de l'article 41 CO ou de la LCD à l'intérieur du réseau. La déloyauté et la violation des règles de la bonne foi devraient être plus faciles à établir

lorsque seuls sont concernés les maillons d'une même chaîne. Le recours à la LCD ou à l'article 41 CO au sein du réseau lui-même ne résoudrait certes pas toutes les difficultés; en particulier, celles qui sont liées à l'existence d'un rapport économique déséquilibré entre les parties se poseront dans les mêmes termes. Mais il pourrait présenter un intérêt dans les rapports horizontaux, entre distributeurs agréés par exemple, ainsi qu'entre distributeurs agréés et concessionnaires exclusifs étrangers.

En définitive, si l'on admet que les réseaux de distribution exclusive et sélective des produits de luxe et de pointe sont utiles du point de vue du marché et qu'ils sont licites au regard du droit suisse, il faut également que l'ordre juridique les protège efficacement. A nos yeux, les actions de la LCD sont des instruments adéquats à cette fin et permettraient de lutter contre les importations parallèles aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du réseau, de manière conforme au but et à la lettre de cette loi.