

Chronique droit de la distribution

N°106 - juillet 2009

En partenariat avec

DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

Le point sur...

SE DÉVELOPPER À L'EXPORT : PARTENARIAT CONTRACTUEL OU CAPITALISTIQUE ?

Frédérique Chaput, Avocat Associé

RACINE



Frédérique Chaput

Extrait du magazine
Décideurs N°106 :
juillet 2009



SE DÉVELOPPER À L'EXPORT : partenariat contractuel ou capitalistique ?

Une distribution efficace de ses produits et services à l'étranger repose généralement sur la mise en place d'un partenariat solide avec un opérateur local.

Partenariat contractuel ou capitalistique ? Chacun a ses forces et ses faiblesses : si le premier préserve l'indépendance des parties et facilite la sortie, le second permet de mieux partager les fruits du succès et d'inscrire la relation dans la durée.

Le partenariat contractuel possède indéniablement bien des avantages. Il est facile et peu coûteux à mettre en œuvre. Il est très souple et adaptable aux besoins des parties, y compris dans sa durée, qui sera courte et éventuellement renouvelable si l'on souhaite instaurer une période de test, ou longue, si, à l'inverse, on souhaite stabiliser la relation.

Le partenariat contractuel préserve l'indépendance et la sortie des parties

En fixant de manière détaillée les droits et obligations de chacun, il permet à chaque partenaire d'anticiper ses conditions d'exécution et de sanctionner les manquements par des pénalités ou par une rupture anticipée.

Le contrat permet de gérer et de maîtriser en amont les risques et la charge des investissements. Généralement, les investissements locaux seront supportés par le distributeur :

Du point de vue du distributeur, la cessation du contrat signifie tout d'abord la perte de ses investissements, sans contrepartie. La multiplication actuelle des actions en rupture brutale de relations commerciales établies est une traduction de cet état de fait. Il est en effet fréquent que le distributeur, spécialement lorsqu'il pénètre un marché géographique nouveau, mette plusieurs années avant de fidéliser une clientèle et de bénéficier d'un retour sur investissement.

Or c'est souvent au terme du contrat initial que le fournisseur décide de mettre fin au contrat, soit pour reprendre en direct une distribution désormais rentable, soit pour la confier à un autre partenaire contractuel qui, n'ayant pas à supporter et à rentabiliser les coûts de pénétration du marché assumés par son prédécesseur, pourra offrir de meilleures conditions financières.

Du point de vue du fournisseur, la rupture du contrat de distribution imposée par le distributeur n'est pas non plus sans graves inconvénients, spécialement dans l'hypothèse de produits vendus dans des boutiques à l'enseigne qui disparaîtront à la cessation du contrat.

Au surplus, le fournisseur n'a aucun droit sur la clientèle de son distributeur. Dans beaucoup d'hypothèses, le nom, la localisation et l'historique du carnet de commandes des clients du distributeur sont des informations auxquelles le fournisseur n'a pas accès. La fin du contrat se traduit dans de telles hypothèses par une perte irrémédiable de débouchés.

Cocontractant ou associé : choisir le bon partenaire

le contrat est donc un moyen de se développer à moindre frais, ce qui explique le succès des réseaux de franchise et de concession, qui permettent aux marques d'élargir leur réseau sans supporter les coûts d'implantation et de fonctionnement d'une filiale.

Le partenariat contractuel fixe la rémunération des parties et peut prévoir son évolution par le jeu de clauses d'indexation, d'objectifs et / ou d'intéressements.

Enfin, et si l'on excepte les hypothèses de rupture brutale et / ou abusive, ainsi que les contrats règlementés (tels que le contrat d'agent), dont la rupture générera dommages intérêts ou indemnités, le contrat est supposé prendre fin à son terme, sans indemnité ni de part ni d'autre, chaque partie se retrouvant alors plus ou moins dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant de contracter.

Mais cette facilité à rompre, avantage indéniable lorsqu'elle permet de dénouer un partenariat décevant, est également une faiblesse pour celui qui n'est pas à l'initiative de la rupture.

Comment réduire les risques liés à la rupture ?

Certes, il existe divers mécanismes contractuels qui peuvent permettre de réduire ces risques. Une obligation d'information mise à la charge du distributeur peut contraindre ce dernier à communiquer régulièrement la liste de ses clients. Eventuellement doublée d'une clause de non rétablissement, cette clause peut permettre au fournisseur de conserver une partie des acquis de la période contractuelle écoulée.

Dans un autre registre, la mise en place d'un droit au renouvellement automatique du contrat, conféré au seul fournisseur, offrira à ce dernier le choix de rompre ou de poursuivre le contrat à l'arrivée du terme initial. Mais ce mécanisme ne peut que retarder l'échéance et non empêcher le distributeur de sortir du contrat à terme : d'une part, parce que le droit français interdit le contrat perpétuel et d'autre part, parce qu'il limite la durée de certaines clauses, dont la clause d'exclu-



Frédérique Chaput,
Avocat Associée

sivité – souvent limitée à cinq ans (1) – sur laquelle repose un grand nombre de partenariats.

Enfin, la mise en place de mécanismes de promesses et de préemptions peut conférer au fournisseur la possibilité de racheter ou de faire racheter par un tiers, au terme du contrat, certains points de vente exploités par le distributeur, afin d'assurer le maintien de la présence de la marque. Une autre grande faiblesse du contrat découle du fait que sur le terrain, le distributeur est seul maître à bord. Si, notamment par le biais de clauses d'agrément préalable, le fournisseur peut se réserver de valider en amont les actions de développement et de marketing que son distributeur se propose d'engager, le distributeur, partenaire contractuel, est un commerçant indépendant qui doit rester maître de la conduite de ses affaires et dans la gestion duquel le fournisseur ne peut s'immiscer. Il ne peut, notamment, pas contrôler les conditions de vente de son produit.

Une solution de longue durée : le partenariat capitalistique

Ce principe de non immixtion, qui est de l'essence du contrat de distribution, est probablement le plus fort point de contraste entre partenariat contractuel et partenariat capitalistique. Le partenariat capitalistique, en effet, est celui par lequel les deux partenaires vont s'associer au sein d'une société commune pour développer, ensemble, la commercialisation d'un produit ou d'un service. Ce concept du « développer ensemble » a de multiples conséquences que ne produit pas le partenariat contractuel. Associés dans une société, les partenaires auront vocation à être tous deux associés aux profits comme

aux pertes, même si divers aménagements permettent de pondérer le principe. Ils auront, de même, vocation à prendre toutes les décisions stratégiques en commun. Le fournisseur a donc la possibilité, dans un partenariat capitalistique, de participer activement à la gestion de la société commune et d'exercer, si cela a été prévu dans les contrats fondateurs, un droit de veto sur les sujets les plus importants.

Le partenariat capitalistique est donc un partenariat fort, étroit, qui s'inscrit naturellement dans la durée. De ce fait, il est un partenariat beaucoup plus lourd à mettre en place, reposant sur une série de contrats qui devront être minutieusement préparés – statuts de la société, pacte d'actionnaires, licence de marque et contrat de partenariat – et, comme tout contrat exécuté hors de France, validés au regard du droit local, cette vérification étant d'autant plus nécessaire que ce type de montage peut, au cas par cas, rencontrer des obstacles inattendus, notamment au regard des problématiques d'investissements étrangers sur le territoire cible.

Supérieur au simple contrat dans sa mise en œuvre, le partenariat capitalistique peut toutefois poser une difficulté majeure : celle de son dénouement en cas de mésentente entre les partenaires devenus associés.

Il est évident que le risque de mésentente est directement proportionnel à l'étroitesse du partenariat mis en place : plus les hypothèses de nécessaires concertations seront nombreuses, et plus les risques de mésentente seront importants. Lorsque le distributeur ne détient qu'une participation minoritaire, le fournisseur conserve généralement la maîtrise de la gestion et la mésentente n'est pas

automatiquement bloquante. Au pire, la relation peut se dénouer assez facilement, généralement par le rachat des parts du minoritaire, rachat qui aura été prévu dès l'origine par la mise en place, dans le pacte d'actionnaires, d'un mécanisme de cession forcée. Mais souvent, ce type de partenariat est construit sur des bases égalitaires ou quasi égalitaires, parce que l'implication du partenaire local est grande : le partenaire qui, par définition, aura été choisi pour ses compétences et sa connaissance du marché cible, sera généralement en charge de la gestion quotidienne de la société ; il lui sera le plus souvent demandé de mettre ses ressources au service du projet commun et d'assumer une part importante des coûts et des financements de la structure commune.

Blocage en cas de mésentente

Dans de tels types de partenariat, où les droits de chacun sont à peu près égaux, la mésentente se traduit vite par des situations de blocage dont il faut impérativement sortir rapidement si l'on veut préserver la structure et son exploitation.

Or de tels blocages ne peuvent que se dénouer par la sortie de l'un ou de l'autre des associés, ce qui implique que l'un des deux soit en mesure de racheter l'autre et au surplus, de faire fonctionner la structure seul, ou avec un nouvel associé, postérieurement à la sortie du partenaire évincé.

On comprend bien que de telles situations ne peuvent pas être gérées « à chaud » et qu'il est fondamental de les avoir anticipées ab initio, au moment de la conclusion du partenariat, dans un pacte d'actionnaires.

Partenariat contractuel ou partenariat capitalistique : dans les deux cas, c'est un pari sur l'avenir qui se prépare en amont, avec soin. Rien ne vaut, avant de parier, d'avoir de bonnes cartes en main.

LES POINTS CLÉS

- La signature d'un contrat de distribution permet un développement rapide et à coûts maîtrisés de la distribution à l'export
- La mise en place d'une joint venture à l'étranger permet d'intégrer durablement et de contrôler étroitement le développement de l'activité de l'entreprise à l'export
- Dans tous les cas, le partenariat doit s'adosser à des contrats maîtrisés et mûrement réfléchis, prenant en considération les contraintes légales locales.

SUR L'AUTEUR

Aujourd'hui associée au sein du cabinet Racine, Frédérique Chaput anime le département concurrence distribution avec Valérie Ledoux.

Elle accompagne depuis plus de 20 ans ses clients dans leurs projets de développement et a mis en place de nombreux réseaux de distribution, en France et à l'étranger dans divers secteurs d'activité. Elle est Membre de la Commission concurrence du Comité Français de la CCI.